

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPULSÃO

João Paulo de Campos Dorini \*

“De fato, por mais que o vento possa passar livremente, o mesmo não ocorre com as pessoas”. (Natsume Soseki. *Eu sou um gato*. São Paulo: Ed. Estação Liberdade, 2008, p. 296)

### 1. Introdução

A expulsão é uma das hipóteses de retirada compulsória do estrangeiro do território brasileiro. Difere da extradição e da entrega posto que estas não são sanções administrativas, mas institutos que permitem o encaminhamento de estrangeiros que estejam sob a jurisdição pátria a outro Estado (no caso de extradição) ou ao Tribunal Penal Internacional (no caso da entrega), permitindo que sejam processados, julgados e sofram a execução da pena sob a jurisdição do requerente.

A expulsão também não se confunde com a deportação. Esta é uma sanção administrativa de retirada compulsória do país em razão de o estrangeiro não possuir visto de permanência válido. Quitada a multa decorrente da infração e obtido um visto válido, é permitido o ingresso do estrangeiro no país.

Nos termos do art. 65 da Lei 6.815/80, a expulsão é a sanção administrativa imposta ao 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.

Não se olvide que o Estatuto do Estrangeiro é uma lei editada ainda sob o regime militar de exceção, e que reflete bem o pensamento político que ainda se sustentava naquela época, como as idéias de “segurança nacional”, “ordem política e social”, “nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”, termos que, por si só, nada significam, e, por isso mesmo, dão margem a uma ampla interpretação, o que, por óbvio, macula o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade não exige apenas que uma infração seja prevista em lei, mas que a conduta a qual é cominada uma sanção seja minimamente descrita, a ponto de poder-se identificar o que é proibido. Do modo como prevista a expulsão, o estrangeiro não tem como saber em quais hipóteses pode vir a ser expulso. Nem se alegue que o princípio fundamental da legalidade não se aplica à expulsão, posto que essa, como se verá, ofende um dos direitos fundamentais do homem, a sua liberdade.

\* Defensor Público da União. Titular do Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva em São Paulo. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP

No presente trabalho, abordaremos algumas questões sobre o processo de expulsão, tanto em relação aos aspectos procedimentais quanto ao direito material.

## 2. Do procedimento expulsório

O inquérito para a expulsão do estrangeiro é instaurado pela Delegacia de Polícia Federal que tenha atribuição territorial no domicílio do expulsando, por determinação do Ministro da Justiça (art. 70 do Estatuto do Estrangeiro c.c. art. 102 do Dec. 86.715/81). Como o inquérito já é o próprio procedimento expulsório, e não um procedimento prévio para obtenção de provas, como é o inquérito policial tradicional em relação à ação penal, não se discute a observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito de expulsão. Tanto é que o Dec. 86.715/81, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, prevê, em seu art. 103, § 7º, a apresentação de defesa técnica

Após a instrução do inquérito com os documentos pertinentes, sendo imprescindíveis cópias da decisão condenatória e da certidão de trânsito em julgado quando a instauração do inquérito der-se em razão do cometimento de crime, o expulsando deve ser notificado da instauração e do dia e hora fixados para o interrogatório, com antecedência mínima de dois dias úteis (art. 103, § 1º, do Dec. 86.715/81).

Caso não seja encontrado, será notificado por edital, com o prazo de 10 (dez) dias, publicado duas vezes, no Diário Oficial da União, valendo a notificação para todos os atos do inquérito (art. 103, § 2º, do Dec. 86.715/81).

Realizado o interrogatório, a defesa técnica tem 6 (seis) dias para apresentar a defesa administrativa (art. 103, § 7º, do Dec. 86.715/81), oportunidade em que devem ser alegadas as nulidades procedimentais, as teses de mérito e o requerimento das provas a serem produzidas. A defesa não deve basear-se diretamente no crime pelo qual o expulsando tenha sido condenado, como por exemplo, alegando a inexistência do delito ou a absolvição do alienígena. Deve, contudo, demonstrar que o estrangeiro não preenche os requisitos para ser expulso.

Relatado o inquérito, é remetido ao Ministério da Justiça, oportunidade em que o Ministro da Justiça decidirá sobre a expulsão do estrangeiro (art. 66 do Estatuto do Estrangeiro c.c. art. 1º do Dec. 3.447/00).

A medida expulsória ou sua revogação far-se-á por decreto (art. 66, parágrafo único, do Estatuto do Estrangeiro). Enquanto vigente o decreto de expulsão, o estrangeiro não pode reingressar no país, sob pena de cometer o crime de reingresso de estrangeiro expulso, previsto no art. 338 do Código Penal.

Da decisão que determinar a expulsão cabe pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do decreto de expulsão no Diário Oficial (art. 72 do EE c.c. Art. 107 do Dec. 86.715/81).

### 3. Da prisão para expulsão

O art. 69 do Estatuto do Estrangeiro estabelece que o Ministro da Justiça poderá, a qualquer tempo, determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo.

Em consonância com o disposto no art. 5º, LXI, da Constituição da República, que veda qualquer prisão que não seja determinada pela autoridade judiciária competente, à exceção da prisão em flagrante delito, a interpretação que se dá ao dispositivo é a possibilidade da autoridade policial representar ao Juízo Federal competente, requerendo a prisão do estrangeiro para fins de expulsão, que não pode ultrapassar o prazo de noventa dias, permitida apenas uma prorrogação.

A natureza jurídica desta prisão se assemelha às prisões preventiva e temporária, e por isso mesmo pode ser considerada uma medida cautelar ao procedimento expulsório.

Insta esclarecer que a custódia cautelar é excepcionalíssima em nosso sistema constitucional-processual.

Justamente por ser excepcional, a prisão cautelar só se justifica enquanto respeitados os prazos processuais, garantindo-se uma rápida solução da lide, como assegura o direito constitucional à celeridade processual, previsto no art. 5º, LXXVIII.

Aliás, se antes da Emenda Constitucional nº 45/04 a doutrina já proclamava o constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão, e a jurisprudência mostrava-se pacífica nesse mesmo sentido, com muito mais razão deve-se reconhecer a ilegalidade da prisão cautelar – no que se inclui a prisão administrativa para expulsão – após a constitucionalização do direito à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), que, consoante o § 1º do mesmo artigo, tem aplicação imediata.

Esse dispositivo deve ser interpretado não só como garantia de uma decisão célere, mas, e principalmente, *como garantia de que qualquer custódia cautelar só deve ser mantida caso respeitada a razoável duração do processo, inclusive o processo administrativo de expulsão*. Especialmente quando a lei determina expressamente os prazos para a realização dos atos processuais, a única solução possível quando transcorridos tais prazos sem que o ato seja realizado é a imediata soltura do custodiado cautelarmente. É a única interpretação plausível quando analisados sistematicamente os dispositivos que positivam os direitos fundamentais na Constituição Federal, em especial o art. 5º, LXXVIII, que trata da garantia da celeridade processual, o art. 5º, LXV, que garante o imediato relaxamento da prisão ilegal e o art. 5º, LXI, que assegura a excepcionalidade da prisão cautelar.

A interpretação de uma norma constitucional, notadamente daquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais, deve sempre considerar sua máxima efetividade, em consonância com outras normas constitucionais que versem sobre o mesmo tema.

“Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”, como ensina Flávia Piovesan,

“pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade da pessoa humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.<sup>1</sup>

Nesse talante, e considerando que a pedra angular do sistema constitucional brasileiro é a dignidade da pessoa humana, como preceituado no art. 1º, III, da Carta da República, e que esse princípio tem por consequência imediata a proteção da tríade vida-liberdade-propriedade (*caput* do art. 5º, CF), a interpretação do direito à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII) que mais se aproxima do princípio da dignidade da pessoa humana é aquela que garante que esses três bens essenciais – vida, liberdade e propriedade – não sejam violados ou pereçam exclusivamente em razão da morosidade do Estado, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário.

Como bem se manifestou o Procurador Regional da República Marcelo Moscolliato, no recurso em sentido estrito nº 2003.61.81.000009-1, em trecho reproduzido no acórdão que julgou este recurso, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, rel. Nelton dos Santos, j. 21.03.2006, publicado no DOU em 31.03.2006:

“(....)

6. Em casos semelhantes, há tempo, tenho sustentado que os procedimentos administrativos para a expulsão do estrangeiro que pratica o tráfico ilícito de entorpecentes devem ser adotados enquanto ele ainda está cumprindo a sua pena e sob a custódia do Estado.

7. Com efeito, a expulsão é certa, pois assim determinam a Lei de Tóxicos e o Estatuto do Estrangeiro. Entretanto, não se deve constringer a liberdade de ninguém, especialmente após o cumprimento de pena restritiva desta mesma liberdade (brasileiros e estrangeiros encontram tratamento igual no art. 5º da CF), a título de providenciar tempo necessário para que a administração pública cumpra a sua obrigação de expulsar o estrangeiro.

8. Na verdade, ao final da pena, da porta do estabelecimento prisional o estrangeiro deve ser escoltado para o Aeroporto ou para a fronteira e encaminhado ao seu país de origem ou outro que o aceite. Para tomar esta providência, neste caso concreto, a administração pública teve quase 3 anos e nada fez. Agora, pretende a prisão preventiva para, em até 90 dias, expulsar o Recorrido. A situação de fato me parece injusta”.

Em resumo, quando o expulsando cumpriu pena privativa de liberdade, a Administração teve tempo suficiente, desde a prisão do estrangeiro, para finalizar o procedimento expulsório e, em sendo o caso, providenciar a execução do decreto de expulsão.

Como bem afirma o Desembargador Nelton dos Santos, no julgamento supracitado:

<sup>1</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 59.

“De fato, não é sequer razoável que, após cumprir quase três anos de prisão, o agente deva permanecer custodiado ainda por mais tempo. A administração pública revelou inércia e incompetência, não podendo transferir ao recorrido os ônus de tal desídia, máxime à custa da liberdade deste. (...)”

Isso demonstra, claramente, que assiste inteira razão à douta Procuradoria Regional da República, no sentido de que não se deve estender o tempo de prisão para além da condenação”.

Não se trata de hipótese em que a morosidade foi causada pelo acusado ou por sua defesa. Não há, portanto, justificativa plausível para a custódia cautelar. A interpretação que traduz o verdadeiro conteúdo do art. 5º, LXXVIII, da CF, é aquela que considera ilegal qualquer prisão cautelar quando desrespeitado, sem participação da defesa, os prazos e ritos processuais estabelecidos pela lei, ainda que a lei não imponha a ilegalidade dessa prisão, já que sua nulidade origina-se de norma constitucional, de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. É o entendimento do STF:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. - O princípio da razoabilidade impõe o reconhecimento do excesso de prazo da prisão preventiva, quando a delonga no curso processual não for atribuível à defesa. II. - Habeas corpus concedido” (STF – HC 87.776/SP – 1ª T. – rel. Ricardo Lewandowski – j. 29.06.2006 – DJ 01.09.2006, p. 22).

Nesse sentido, as palavras de Flávia Piovesan:

“Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos”.<sup>2</sup>

Aliás, não é outro o conteúdo do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República conforme o entendimento que lhe tem sido dado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A Turma deferiu *habeas corpus*, impetrado contra decisões denegatórias de pedidos liminares formulados em idênticas medidas perante o STJ, para revogar prisão preventiva decretada contra denunciado pela suposta prática dos crimes de corrupção ativa (CP, art. 333) e associação para o tráfico (Lei 6.368/76, art. 14). Tendo em conta as peculiaridades do caso, afastou-se a aplicação do enunciado da Súmula 691 do STF, por se entender presente manifesto excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, em ofensa à garantia fundamental

<sup>2</sup> *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63-4.

da razoável duração do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, introduzido pela EC 45/2004).” (HC 87.164, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo 422).

“O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao poder judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário — não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu — traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (HC 85.988-MC, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 10/06/05).

Ou seja, a desídia do Estado brasileiro não pode ser imputada ao estrangeiro, que já cumpriu sua pena, quando a própria Administração não providenciou, ao longo do cumprimento da pena, a imediata execução de eventual decreto de expulsão.

Frise-se, ainda, que, nos termos do art. 103, § 8º, do Dec. 86.715/81, encerrada a instrução do inquérito, deverá este ser remetido ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, no prazo de 12 (doze) dias. Ou seja, desrespeitado esse prazo, descabe a prisão para expulsão.

No caso específico do cometimento de crime de tráfico de entorpecentes pelo estrangeiro, o decreto de expulsão será executado no dia seguinte ao último da condenação, nos termos do art. 1º, § 1º, do Dec. 98.961/90.

O art. 73 do Estatuto do Estrangeiro prevê que o estrangeiro cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada.

#### 4. Do princípio da ampla defesa e do contraditório e da analogia em relação às garantias processuais penais

Ainda que não se trate de sanção penal, a expulsão é sanção que atinge um dos bens jurídicos mais caros ao indivíduo: a liberdade. Quando em discussão um direito fundamental de tal quilate não se pode olvidar os princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, notadamente os direitos fundamentais e suas garantias como consagrados na Constituição Federal.

Já que em risco a liberdade do indivíduo, é necessário que se assegure o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, sob pena de um eventual decreto de expulsão padecer de inconstitucionalidade.

Assim, por analogia, todas as garantias processuais penais devem ser aplicadas e resguardadas também nos inquéritos policiais de expulsão, pois, assim como no processo penal, o bem jurídico fundamental que pode vir a ser violado é o mesmo.

Podemos afirmar inclusive que no procedimento expulsório, assim como no processo penal, segundo Rogério Lauria Tucci, “todos os conflitos de interesses resultantes da prática de infração a norma material, sem exceção, são *públicos*”<sup>3</sup>, já que em jogo tanto a pacificação social quanto a liberdade do expulsando.

Sem um procedimento adequado aos princípios fundamentais e consoante a Constituição Federal, o procedimento expulsório previsto no Estatuto do Estrangeiro deve reger-se pelas mesmas garantias processuais asseguradas ao indivíduo nos processos judiciais penais.

Qualquer ofensa a uma dessas garantias e direitos fundamentais causa, destarte, nulidade absoluta, posto que qualquer ofensa à Constituição Federal traz o prejuízo em si mesma. Frise-se que uma ofensa a uma garantia fundamental atinge não só o indivíduo ou as partes, mas toda a sociedade.

Olvida-se em certos momentos que o Estado não se presta à vingança ou à punição pura e simples. Todo cerceamento a um direito fundamental, e este é o caso do cerceamento à liberdade, só pode realizar-se coadunado com o Estado Democrático de Direito, se respeitado o devido processo legal e as demais garantias fundamentais.

#### 5. Das nulidades procedimentais

##### 5.1. Ausência de certidão de trânsito em julgado da decisão penal condenatória

O princípio da não-culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição da República, garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É de acordo com este dispositivo que deve ser interpretado o art. 68 do Estatuto

<sup>3</sup> *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 226.

do Estrangeiro, que impõe ao Ministério Público a remessa ao Ministro da Justiça, até trinta dias após o trânsito em julgado, de 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.

Só é possível verificar se o estrangeiro atentou contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornou nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, como dispõe o art. 65 da L. 6.815/80, com fundamento em suposto cometimento de crime, quando já houver transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Outra não é a solução quando interpretados os arts. 65 e 68 do Estatuto do Estrangeiro à luz da Constituição Federal, notadamente em relação ao art. 5º, LVII. Do contrário, haveria clara ofensa ao princípio da presunção de inocência. Ora, se a conduta do expulsando sequer foi declarada como criminosa pelo Judiciário, em decisão definitiva, com muito menos razão pode ensejar sua expulsão. Note-se que as hipóteses para instauração do inquérito policial de expulsão não abrangem todos os crimes, como, por exemplo, os crimes culposos, o que significa dizer que, ainda que a expulsão esteja desvinculada da sentença penal condenatória, dela não sendo uma conseqüência, quando um determinado fato configurar, em tese, crime, só se poderá instaurar o procedimento expulsório quando já houver transitado em julgado a decisão penal condenatória.

E, nessa perspectiva, o procedimento expulsório só poderia ser instaurado quando, além da decisão condenatória, houver a certidão de trânsito em julgado, como determina o art. 68 do Estatuto do Estrangeiro. A falta da certidão de trânsito em julgado gera a nulidade da instauração do inquérito policial de expulsão, por ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

## 5.2 Da ausência de defensor

O princípio da ampla defesa, também aplicável aos processos administrativos, dentre os quais o inquérito expulsório, e positivado em nosso ordenamento como direito fundamental pelo art. 5º, LV, da Constituição da República, pode ser analisado em duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa.

A defesa técnica abrange a assistência jurídica propiciada por profissional habilitado para tanto, advogado constituído ou defensor público. Mas não se restringe só a ela a ampla defesa, pois, ante a autodefesa, é direito daquele que tem um seu direito fundamental colocado em xeque em razão de um processo, judicial ou administrativo, ser ouvido pela autoridade responsável pelo julgamento do processo. A garantia da autodefesa é tão cara à consagração da ampla defesa em sua plenitude que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu art. 8, n. 1:



“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Por óbvio que a interpretação a ser dada ao dispositivo, como a qualquer dispositivo que garanta direitos fundamentais, é sempre a mais ampla, para que o direito alcance todo o seu conteúdo. Sendo assim, a interpretação a ser dada à Convenção Americana nesse particular é considerar como juiz, ainda que analogicamente, todo órgão julgador, mesmo que em processo administrativo.

Enfim, para garantir a ampla defesa é necessária a oitiva do expulsando, acompanhado de defensor e de intérprete que o permita conhecer e entender adequadamente as imputações que pesam contra si e as possíveis conseqüências do procedimento expulsório.

Por isso, o interrogatório, além de indispensável, só pode ser conduzido na presença do defensor, nos moldes do interrogatório tomado no processo penal, com a redação que foi dada pela L. 10.792/03 ao Código de Processo Penal.

### **5.3 Da garantia de prazo mínimo para a preparação da defesa e da ausência de intérprete**

O princípio constitucional da ampla defesa garante a qualquer indivíduo, seja em processo criminal, seja em processo administrativo, como é o inquérito policial de expulsão, não só a defesa técnica, mas também a autodefesa.

Aliás, para que a defesa seja exercida adequadamente, é preciso que autodefesa e defesa técnica coadunem-se. É nesse sentido a alteração do Código de Processo Penal, pela Lei 10.792/03, no que tange ao interrogatório, assegurando o direito de entrevista reservada entre o acusado e seu defensor, antes de ser ouvido pelo juiz, como dispõe o art. 185, § 2º, CPP. Nesse sentido, como o art. 103 do Decreto 86.715/81, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, não explicita de que modo deve ser realizado o interrogatório no inquérito de expulsão, tampouco se sobrepõem às disposições legais e constitucionais, deve-se aplicar analogicamente as disposições constantes do Código de Processo Penal e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim, para que se tenha o pleno exercício da autodefesa assegurado, corolário do princípio maior da ampla defesa, é imprescindível que o expulsando tenha ciência do que lhe é imputado, e que esta ciência seja prévia, para que possa preparar adequadamente sua defesa, ainda que se trate de processo administrativo.

Determina a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que integra o ordenamento pátrio por força do Decreto 678/92, em seu art. 8º, n. 2, que:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos integra a ordem constitucional pátria, por força do art. 5º, § 2º. Como defendem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“O art. 5º, § 2º, da CF afirma expressamente que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*’.

Assim, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”.<sup>4</sup>

Não restam dúvidas, pois, que o art. 8º, n. 2, é a explicitação constitucional do princípio da ampla defesa.

Por outro lado, têm-se o direito à informação como constituinte da ampla defesa. É a lição de Rogério Lauria Tucci:

“Igualmente, que a concepção moderna do denominado *Rechtliches Gehor* (*garantia da ampla defesa*) reclama, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, genericamente consideradas, a saber: a) o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (*contraditoriedade*); c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação de inculpaabilidade*).

Sintetizando-as, anota ALEX CAROCCA PÉREZ que o direito de ser informado do teor da acusação, como exigência da *garantia da ampla defesa*, constitui ‘requisito indispensável’ para que o imputado possa efetuar suas alegações e provas, ‘principais faculdades originadas do exercício do direito fundamental sob estudo’”.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 78.

<sup>5</sup> *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 212-3.

Marco Antonio Marques da Silva, ao explicar o direito à informação, esclarece que o acusado deve ser informado em tempo razoável para que prepare sua defesa. O que, por evidência, também deve ser aplicado aos procedimentos expulsórios.

“Porém, não é qualquer forma de informação que preencherá o conteúdo do princípio do contraditório. O acusado deve tomar conhecimento da acusação de modo explícito e efetivo para que o ato não tenha cunho meramente formal, provocando, de fato, uma situação de impossibilidade de defesa. Assim, a acusação deverá ser certa, portanto, não pode ser implícita ou presumida. Deve, ainda, ser clara, expressa e completa, ilustrada com todos os fatos históricos em que se fundamenta a acusação. Deverá conter a qualificação jurídica dos fatos, já que esta terminará de limitar o âmbito da vinculação judicial.

A comunicação da acusação deve ser realizada em um espaço de tempo que permita ao acusado promover a sua defesa. Finalmente, o acusado deve ser informado das provas das quais pretende valer-se a acusação.

O direito à informação não se esgota com o conhecimento do réu do conteúdo da acusação, devendo o mesmo ser comunicado, durante todo o processo, dos atos que possam afetar direta ou indiretamente o seu direito de defesa. Essa informação posterior deverá observar o período de tempo tal que o acusado possa alegar, tomar medidas ou realizar provas que julgue conveniente”.<sup>6</sup>

Tudo isto posto, percebe-se a flagrante nulidade em não se dar conhecimento antecipado ao expulsando em tempo hábil para preparar sua defesa antes do interrogatório. O conhecimento da imputação deve ser efetivo, o que significa dizer prévio e pormenorizado (art. 8º, n. 2, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e no idioma em que se expresse o expulsando (art. 8º, n. 2, a, da Convenção), devendo ser-lhe concedido tempo e meios adequados para que prepare sua defesa (art. 8º, n. 2, c, da Convenção).

Caso contrário, o interrogatório no inquérito expulsório seria meramente um ato *pro forma*, sem seu intrínseco conteúdo de garantir o exercício da autodefesa, sem o qual o alienígena pode vir a sofrer sanção que atinja um de seus mais basilares direitos enquanto pessoa: a liberdade, sem que lhe seja assegurado, destarte, o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

Para que se tenha o pleno exercício da autodefesa assegurado, corolário do princípio maior da ampla defesa, é imprescindível que o expulsando tenha ciência do que lhe é imputado, e que esta ciência seja prévia, para que possa preparar adequadamente sua defesa, ainda que se trate de processo administrativo.

No âmbito do procedimento de expulsão, o art. 103, § 1º, do Decreto 86.715/81 exige que a notificação da instauração do inquérito seja realizada dois dias úteis antes do interrogatório, justamente para garantir um tempo mínimo de preparação da defesa. Ob-

<sup>6</sup> Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18-9.

viamente que a ausência dessa intimação ou a intimação com menos de dois dias úteis de antecedência gera nulidade absoluta.

Outrossim, realizar interrogatório sem a presença de um intérprete habilitado é o mesmo que não realizar interrogatório algum. Ou, muito pior, é, antes de permitir a efetivação da ampla defesa, prejudicar a situação do expulsando, que pode ver-se induzido a uma resposta errônea em razão do parco ou nenhum conhecimento de nossa língua.

Como se trata de nulidade absoluta, ofensiva ao princípio constitucional da ampla defesa, que, por sua vez, é regulamentado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, não é necessária a demonstração do prejuízo, posto que de toda nulidade constitucional decorre presunção absoluta do prejuízo.

Com a nova concepção de que a ampla defesa abrange também a autodefesa e que esta se liga umbilicalmente com a defesa técnica, como abraçado pela Carta Magna, qualquer desrespeito às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos é suficiente para fulminar o ato de nulo, em evidente prejuízo ao expulsando. Tolher direitos constitucionalmente assegurados baseando-se apenas em uma lei ultrapassada, que não se coaduna, nesse particular, com a Constituição vigente, é assegurar a ineficácia das garantias fundamentais do indivíduo.

Aliás, sustentar a inviabilidade material, por falta de recursos técnicos e humanos, para o interrogatório na presença de advogado e com participação de intérprete, é dar carta branca a inúmeras outras situações em que se ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio Estado Democrático de Direito. Olvidam-se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e do devido processo legal, consagrados no art. 5º, LIV e LV, semeando um procedimento inquisitorial, no qual as garantias constitucionais são deixadas de lado pelo só fato da gravidade do delito que foi imputado ao expulsando em outro processo penal ou em razão de não se ter recursos financeiros ou materiais para assegurar a aplicação da Constituição Federal, como se fosse possível torná-la inaplicável por este singelo motivo.

## 6. Hipóteses que inviabilizam a expulsão

O art. 75 do Estatuto do Estrangeiro estabelece os impeditivos legais para a expulsão.

Em seu inciso I, prescreve que não se procederá à expulsão se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira. As hipóteses de extradição inadmitida estão previstas no art. 77 da L. 6.815/80:

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

- IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
- V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
- VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político; e
- VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Já o inciso II do art. 75 do EE proíbe a expulsão quando o estrangeiro tiver a) cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. O § 1º do citado dispositivo determina que não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que a motivar. Esses dispositivos, entretanto, não podem ser interpretados friamente, devendo ser temperados pela Constituição da República, notadamente no que tange à proteção da família e da criança.

## 6.1 Da proteção à família

A Constituição da República assegura, em seu art. 226, *caput*, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Em seu § 3º, reconhece a união estável como uma das modalidades de família, devendo, pois receber a especial proteção do Estado. No mesmo sentido o art. 1.723 do Código Civil.

A proteção constitucional à família não permite a separação de seus integrantes sem um fundado motivo. O atual direito de família privilegia não as relações patrimoniais entre os familiares, mas, principalmente, as relações morais e afetivas. Deve-se garantir, pois, a manutenção da unidade familiar, notadamente quando não há qualquer fundamento que inviabilize a convivência dos familiares. Deve-se, pois garantir ao expulsando o direito de convivência com seu esposo/convinente sem risco de sofrer qualquer restrição ao seu direito de liberdade.

Assim, a restrição legal que impede a expulsão apenas quando o estrangeiro estiver casado com brasileiro há mais de cinco anos, prevista no art. 75, II, “a”, do EE, é inócua à luz da Constituição da República. Comprovado o vínculo afetivo, seja pela celebração do casamento, seja pela declaração de união estável, deve o estrangeiro permanecer no país, junto de seu cônjuge ou companheiro.

Evidentemente que o direito não protege a fraude. Não se olvide, nesse particular, que, visando não ser expulso, o estrangeiro simule um casamento ou uma união estável. Comprovada a fraude, independentemente das sanções penais e civis cabíveis, o alienígena

não fará jus à proibição de expulsão. Contudo, havendo casamento ou união estável, há uma presunção relativa de que o estrangeiro não poderá ser expulso, cabendo à autoridade policial apresentar elementos que infirmem tal condição e/ou que comprovem eventual fraude.

Quanto à união estável, devemos lembrar que o Estatuto do Estrangeiro foi editado quando ainda não se admitia legalmente tal modalidade de família. Não resta dúvida, todavia, que, com a equiparação da união estável ao casamento, como vínculos constitutivos de uma família, essa sim protegida pelo Estado, pelo art. 226, § 3º, da Constituição da República, nenhuma diferenciação deve ser feita quanto à inviabilidade de expulsão. Nesse sentido, a Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 77/08, em seu art. 1º, c.c. Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração nº 36/99, art. 2º, IV, que reconhece o convivente de cidadão brasileiro como dependente legal para a concessão de visto permanente.

Frise-se que, diante do art. 226 da Constituição da República, qualquer ato que impeça a permanência legal de estrangeiro que convive em união estável no Brasil, sem fundamentação plausível – isto é, também constitucional – está eivado de nulidade, ofendendo o direito fundamental à reunião familiar.

## 6.2 Da proteção à criança

O art. 75, II, do Estatuto do Estrangeiro é claro ao dispor que:

“não se procederá à expulsão: (...)

II – quando o estrangeiro tiver:(...)

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

Nesse contexto, a interpretação possível do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro, em consonância com a Constituição de 1988, só pode ser aquela que protege a família, a criança e o adolescente. Assim, as limitações aos impedimentos de expulsão constantes da L. 6.815/80 não mais se justificam quando interpretados à luz dos arts. 226 e 227 da Constituição da República, que, respectivamente, consagra a família como base da sociedade e garante-lhe proteção especial por parte do Estado, e que assegura à criança e ao adolescente a absoluta prioridade e a proteção integral de seus direitos, impositivos à família, à sociedade e ao Estado.

Aliás, os princípios da prioridade absoluta, da proteção integral e do reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, assegurados pelos arts. 1º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, podem ser resumidos no princípio do melhor interesse do infante.

Assim, Estado, família e sociedade devem sempre assegurar o melhor interesse da criança, que não se limita apenas aos aspectos econômicos, mas que também engloba, com muito mais importância, os aspectos psicológicos e afetivos.

Destarte, havendo descendência brasileira, não se pode simplesmente expulsar o estrangeiro, ainda que o filho dele não dependa economicamente, pois o critério financeiro já não é o norteador das relações filiais, como era no revogado Código de Menores de 1927. A única medida que atende o interesse do infante é a manutenção de seu pai em território pátrio, ainda mais justificável quando mantêm estreitos vínculos afetivos.

Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, que firmou posicionamento resguardando os interesses da criança e do adolescente em casos de expulsão:

“HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEDER PROGRESSÃO DE REGIME.

1. A Constituição de 1988, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.

2. Deveras, entrevedo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.

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

4. Sob esse ângulo, escorrito o entendimento desta Corte de que: *“A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho.”* (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003).

5. Essa deve ser a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988.

6. Deveras, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*.

7. A pretensão relativa à progressão do regime escapa à competência *ratione materiae* desta Seção.

8. Ordem parcialmente concedida para os fins de impedir a expulsão do estrangeiro. Agravo Regimental prejudicado” (STJ – HC 32756/DF – 1ª Seção – Rel. Luiz Fux – j. 23.04.2004 – DJ 22.05.2006, p. 137).

**“HABEAS CORPUS . EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO.**

1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.
2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.
3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva.
4. Deveras, é assente na Corte que: *“A vedação a que se expulso estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho. “ (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003).*
5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exsurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988.
6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: *“Quando do julgamento do HC nº 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, inaugurou uma interpretação mais ampla ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: “A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais”. Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é*



*fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança.”*

7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*.

8. *In casu*, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão.

9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente” (STJ – HC 43.604/DF – 1ª Seção – rel. Luiz Fux – j. 10.08.2005 – DJ 29.08.2005, p. 139).

Isto é, o direito constitucional privado não privilegia mais a dependência econômica, mas a dependência sócio-afetiva.

Nesse sentido, um bom critério para definir se o alienígena que tem filho brasileiro pode ser expulso é a verificação de abandono do infante, previsto como causa permissiva para a expulsão pelo art. 75, § 2º, do EE. Assim, caso o estrangeiro perca o poder familiar, por decisão judicial transitada em julgado, não poderá deixar de ser expulso sob o fundamento da paternidade brasileira, já que, nesse caso, o melhor interesse do menor é o afastamento de seu pai de sua convivência.

## 7. Considerações acerca da nocividade

O art. 65 do EE preceitua que é passível de expulsão o estrangeiro que atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou a prática de conduta cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Como asseveramos no início, essa definição assaz ampla impede o reconhecimento efetivo por parte dos jurisdicionados de qual conduta seria passível de ser apenas com a expulsão, ferindo o princípio da legalidade.

Especificamente quanto aos atos atentatórios da segurança nacional e da ordem política ou social, a L. 7.170/83 prevê os crimes contra esses bens jurídicos, podendo-se interpretar que são essas as condutas que ensejariam a expulsão do estrangeiro.

Quanto aos atos atentatórios à tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, esse mesmo critério já não parece adequado, posto que os crimes e contra-venções penais que visam proteger esses bens jurídicos são muito menos graves que aqueles da L. 7.170/83. Nestas hipóteses, portanto, é indispensável que se comprove a nocividade do estrangeiro.

Aliás, essa nocividade deve estar sobejamente demonstrada, não bastando generalizar a conduta do expulsando, e expulsá-lo, pelo simples fato de responder a um processo criminal. A gravidade abstrata do delito sequer é fundamento para o aumento da pena acima do mínimo legal, quanto mais para ensejar a expulsão do estrangeiro.

É imprescindível, pois, que se comprove a real nocividade do expulsando. Nesse sentido, a lição de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

“Mas evidentemente que não é qualquer *procedimento* do estrangeiro que pode ser considerado ‘nocivo à conveniência e aos interesses nacionais’. Nocividade é um conceito complexo que exige uma interpretação atenta, ligada ao que dispõe o texto constitucional e as liberdades públicas, de onde se deduz que o direito de expulsar que o Estado tem não é absoluto. O Estado só pode proceder na medida se realmente ficar constatado que existem motivos sérios e suficientes que justifiquem a retirada do estrangeiro do território nacional”.<sup>7</sup>

Desse modo, inexistindo provas suficientes que demonstrem que o alienígena tenha atentado contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o tornou nocivo à conveniência e aos interesses nacionais, não se lhe pode decretar a expulsão, por analogia ao brocardo *in dubio pro reo*.

A discricionariedade para o ato administrativo de expulsão não pode ser entendida como arbitrariedade. Apenas quando comprovados os fatos ensejadores da expulsão é que a autoridade competente pode decidir sobre a conveniência e oportunidade da medida, decretando a expulsão ou arquivando o procedimento. Não havendo comprovação da nocividade do estrangeiro ou havendo dúvida razoável quanto a ofensa àqueles bens jurídicos explicitados no art. 65 do Estatuto do Estrangeiro, sequer caberá a análise acerca da conveniência e oportunidade da medida.<sup>8</sup> Outro não é o pensamento de José Francisco Rezek:

“A Lei não obriga o governo a deportar e expulsar. Permite-lhe que o faça à luz das circunstâncias, que podem variar segundo o momento político”.<sup>9</sup>

Sendo assim, na inexistência da comprovação da nocividade aos interesses nacionais e de ofensa concreta à segurança nacional, à ordem política ou social, à tranqüilidade ou moralidade pública e à economia popular, é inviável a expulsão. Esta sanção administrativa não é decorrência imediata da sentença penal condenatória. Nocividade não se confunde com cometimento de crime. Na prática, todavia, o que se vê é a decretação da expulsão de qualquer estrangeiro, a não ser que preenche estritamente os requisitos do art. 75 da EE. Tenha o indivíduo cometido um crime pouco grave, sem violência, ou tenha cometido um crime hediondo, o tratamento é sempre o mesmo, *expulsa-se sem a comprovação da nocividade*.

<sup>7</sup> *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006, p. 413-4.

<sup>8</sup> Nesse sentido, o escólio de Valerio Oliveira Mazzuoli: “Trata-se de medida administrativa *discionária* e não de ato *arbitrário* do governo, como se poderia pensar à primeira vista. A diferença é que neste último não existem condições nem limites à atuação do Executivo, enquanto naquela (na medida discionária) o governo está condicionado às hipóteses previstas em lei, sendo o seu ato irrestrito tão-somente no que tange à conveniência e oportunidade da medida. A discionariedade é permissiva da medida, não estando o governo *obrigado* a procedê-la, mesmo nos casos em que todos os requisitos necessários à sua realização se façam presentes” (*Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006, p. 412).

<sup>9</sup> *Curso elementar de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 200.

Frise-se, ademais, que cabe à autoridade policial a comprovação da nocividade. Assim como no processo penal, a dúvida, o *non liquet*, favorece o expulsando. A este cabe, exclusivamente, o ônus da prova em relação aos fatos que alegar, via de regra, a paternidade de filhos brasileiros e o casamento ou união estável.

## 8. Conclusão

O instituto da expulsão, assim como todo o Estatuto do Estrangeiro, precisa ser revisto, interpretado à luz da Constituição da República, dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, e da realidade mundial.

A legislação sobre estrangeiros – e isso não é um privilégio nacional, mas uma prática mundial – ainda está muito aquém da realidade de um mundo globalizado. Enquanto mercadorias, serviços e informações têm seus trânsitos cada vez mais desimpedidos, as barreiras para as pessoas têm-se recrudescido, fruto do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001 e da conduta xenófoba européia causada – indevidamente, diga-se – pelo crescente desemprego. Enquanto bens e produtos são livremente comercializados, impede-se o ingresso de tal ou qual indivíduo, não em razão de um seu comportamento anterior, mas pelo simples fato de ter uma determinada nacionalidade.

No Brasil, não é diferente. A atual política para estrangeiros tem origem na ditadura militar, extremamente rígida e discriminatória quanto ao ingresso e permanência dos alienígenas no país. O que espanta é, vinte anos após a edição da Constituição de 1988, permanecem as mesmas interpretações e aplicações do Estatuto do Estrangeiro, em muitas situações, como se no regime militar ainda vivêssemos. Especificamente quanto à expulsão, permite-se que um indivíduo seja expulso com base em um texto por demais abstrato, que prevê várias condutas, mas, na verdade, não descreve conduta nenhuma.

Parcela de responsabilidade deve-se ao Judiciário e aos operadores do direito. Enquanto as ilegalidades não forem levadas ao Judiciário, e enquanto este não exercer seu papel, os estrangeiros, e em especial os expulsandos, permanecerão sendo tratados como inimigos do Estado, como em um regime de exceção.

Um Estado que historicamente acolheu todos os povos que para cá imigraram e que ajudaram a construir a cultura e a identidade nacionais, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), não pode tratar os estrangeiros de maneira discriminatória como o faz.

## 9. Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini; *et alli*. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, José Francisco. *Curso elementar de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002.