



Brasília | ano 50 | nº 197
janeiro/março – 2013

Crimigração

A criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos

MÁRCIO ADRIANO ANSELMO

Sumário

1. Introdução – o tratamento penal do estrangeiro no Brasil. 2. O tratamento jurídico do estrangeiro. 3. A expulsão no Direito brasileiro. 4. O crime de reingresso do estrangeiro expulso. 4.1. A situação no âmbito da polícia judiciária e administrativa. 5. A visão do Superior Tribunal de Justiça. 6. A visão do Supremo Tribunal Federal. 7. A questão da unificação do grupo familiar na Corte Europeia de Direitos Humanos. 8. Conclusão.

1. Introdução – O tratamento penal do estrangeiro no Brasil

Márcio Adriano Anselmo é doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília. Pesquisador do Centro Interdisciplinar em Justiça Criminal, vinculado ao projeto Tráfico de Seres Humanos. Delegado de Polícia Federal. Professor convidado do Núcleo de Pesquisa em Segurança Pública e Privada /UTP/PR e da UCB/DF.

O tratamento penal do estrangeiro é o objetivo do presente trabalho, abordando a questão específica do crime do reingresso do estrangeiro expulso no Brasil, disciplinado pelo artigo 338 do Código Penal, à luz do tratamento constitucional e sob a ótica dos direitos humanos.

O tipo penal do artigo 338 – reingresso de estrangeiro expulso – é assim descrito no Código Penal:

“Art. 338 – Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

É importante destacar que o Código Penal brasileiro tipifica como crime próprio do estrangeiro, além do previsto no artigo 338, o crime previsto no artigo 309 (Fraude de lei sobre estrangeiro):

“Art. 309 – Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.”

Além da previsão de dois tipos penais no Código, o Estatuto do Estrangeiro, no artigo 125, ao tratar das infrações e penalidades, prescreve:

“Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

[...]

XI – infringir o disposto no artigo 106¹ ou 107²:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e expulsão.

XII – introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

XIII – fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para

¹ Art. 106. É vedado ao estrangeiro: 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.

² Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: I – organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem; II – exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país; III – organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

a obtenção de passaporte para estrangeiro, *laissez-passer*, ou, quando exigido, visto de saída:

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.”

Nesse sentido, merece igual destaque a previsão dos artigos 106 e 107, uma vez que sua infringência acarreta expulsão e, como efeito, a vedação do reingresso, tipificada como o crime objeto deste estudo.

O conteúdo desses artigos, que tratam das vedações ao estrangeiro, parece agredir frontalmente a nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988. Ramos (2010, p. 293), ao comentar o tema, menciona que:

“discute-se se as condutas proibidas dos artigos 106 e 107 teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional, que, como vimos, estabeleceu a igualdade entre brasileiros e estrangeiros com poucas exceções de tratamento diferenciado.

A dúvida ventilada é: todo tratamento diferenciado previsto em lei (como as proibições dos artigos 106 e 107) que não possuir fundamento constitucional foi recepcionada pela Constituição de 1988?

De fato, para parte da doutrina e jurisprudência, a vedação do artigo 106, VI não foi recepcionada pela Constituição, que assegurou ao estrangeiro a liberdade de associação sindical. O art. 107, III também colidiria com a liberdade de reunião constitucional.”

E ainda, segundo Lima (2012, p. 270), o Estatuto do Estrangeiro “não se demonstra compatível com o rol de direitos civis, econômicos e sociais” previstos no texto constitucional brasileiro. Podemos citar, por exemplo, as previsões constitucionais da liberdade de comunicação (art. 5º, IX), da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão – desde que haja atendimento às qualificações profissionais legais (XIII) –, da liberdade de reunião (XVI) e de associação (XVII), entre outros.

Desse modo, aplicando-se as disposições dos artigos 106 e 107, a condenação gera a expulsão do estrangeiro e, conseqüentemente, a vedação de seu reingresso, o que pode bani-lo eternamente do País.

Para a análise jurisprudencial do tema, foram selecionados mediante pesquisa, os documentos encontrados na pesquisa jurisprudencial nas bases do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A partir dos resultados buscou-se traçar historicamente a interpretação jurisprudencial do tema.

Foi realizada ainda pesquisa a partir de banco de dados do Departamento de Polícia Federal, a fim de identificar a quantidade de inquéritos policiais instaurados para apurar a prática do crime em estudo.

2. O tratamento jurídico do estrangeiro

O conceito tradicional de estrangeiro aponta para aquele que não é nacional do Estado³. Historicamente, conforme aponta Ramos (2008, p. 721-723), era visto como inimigo⁴, intruso e, portanto desprovido de direitos⁵.

O século XX marcou um aumento no fluxo das migrações, em razão de diversos fatores tecnológicos e histórico-sociais, gerando um intenso fluxo migratório, sobretudo em direção aos Estados Unidos e à América do Sul. Na época surgiram também as primeiras leis restritivas à imigração, bem como um grande número de apátridas em razão das nefastas consequências da Segunda Guerra Mundial.

Ainda de acordo com Ramos (2008, p. 725), na análise da situação brasileira, há três vertentes no tratamento do estrangeiro: a visão tradicional como elemento estranho; a visão como imigrante; e a visão contemporânea, que vê o estrangeiro como cidadão. Nesta última

3 Segundo Guido Soares (2004, p. 170), o termo estrangeiro designa “o indivíduo ou indivíduos que, embora estejam domiciliados ou residentes num determinado Estado, não pertencem ao círculo daquelas pessoas que possuem a nacionalidade desse Estado. Trata-se, portanto, de um referencial negativo: qualidade ou *status* de um indivíduo que não tem os mesmos direitos nem os mesmos deveres daqueles outros indivíduos, os quais a ordem jurídica considera como seus nacionais”.

4 Dolinger cita trecho interessante do voto em que Ministro do STF, Viveiros de Castro, no HC nº 6.082 (julho de 1920), declarou: “porquanto não reconhece ao estrangeiro, embora residente, o direito de fazer o anarquismo. Os indivíduos nessas condições são elementos altamente perniciosos que o Estado, no exercício do direito de soberania, deve expulsar, num movimento muito lícito e muito louvável de repulsa, de legítima defesa, *como lhe é lícito fazer ao inimigo*, certo como é que o anarquista é um inimigo em luta aberta e constante contra a ordem e as instituições, contra a vida do país” (DOLLINGER, 2001, p. 252, grifo nosso).

5 Ainda, o segundo o mesmo autor: “O estrangeiro é visto com receio em todas as partes. Em países desenvolvidos, quando há desemprego, o estrangeiro é a ameaça aos empregos dos nacionais, ou, em época de terrorismo, é tido como um possível suspeito. Nos países subdesenvolvidos, é visto como aquele que vem roubar as riquezas locais e explorar os nacionais” (RAMOS, 2010, p. 287).

perspectiva, a Constituição de 1988, sob o pilar da proteção à dignidade humana, garantiu direitos aos estrangeiros, em que pese tenha estabelecido algumas restrições de direitos para eles, as quais foram sendo abrandadas por emendas subsequentes.

É necessário destacar que a remissão aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil pela Constituição Federal permite a interpretação pela igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, uma vez que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos reconhece o homem como sujeito de direitos fundamentais, sem qualquer referência ao atributo da nacionalidade⁶.

Emerge assim o fenômeno da cidadania pós-nacional (REIS, 2004, p. 157-161), correspondendo ao fenômeno recente de distanciamento entre os conceitos de cidadania e nacionalidade, impulsionados pelos movimentos de proteção aos direitos humanos, em face dos quais os Estados tem sua soberania enfraquecida. Os direitos passam a ser atribuídos em razão da dignidade humana e não mais dos laços de cidadania/nacionalidade, nos quais os direitos atribuíveis aos cidadãos se encontram em esfera cada vez mais reduzida em relação aos direitos universais.

6 Conforme observa Holliefield (2004, p. 901-902): “*At the same time, developments in international human rights law have helped to solidify the position of individuals vis-a-vis the nation-state, to the point that individuals (and certain groups) have acquired a sort of international legal personality, leading some analysts to speculate that we are entering a post-national era, characterized by ‘universal personhood’ (Soysal, 1994), the expansion of ‘rights across borders’ (Jacobson, 1995), and even ‘transnational citizenship’ (Baubock, 1994). Others have argued that migrants have become transnational, because so many no longer reside exclusively within the territory of one state (Glick-Schiller, 1999; Levitt, 2001), opting to shuttle between a place of origin and destination. [...]*”

BUT regulating international migration requires liberal states to be attentive to the (human or civil) rights of the individual. If rights are ignored or trampled upon, then the liberal state risks undermining its own legitimacy and raison d’être (Holliefield, 1999a)”.

Dal Ri Junior (2003, p. 79), após traçar uma longa análise dos fundamentos da cidadania, aponta que “urge criar uma ordem ‘cosmopolita’ fundamentada na instituição de uma ‘cidadania cosmopolita’, fruto de uma globalização cultural e humana”. No mesmo sentido, Oliveira (2003, p. 533-535) refere-se ao tema da cidadania mundial.

Por outro lado, segundo aponta Souza (2007, p. 205-207), analisando a questão brasileira, qualquer estrangeiro com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória tem contra si acarretado automaticamente o processo de expulsão, passando a ser etiquetado como irregular. E aqui surge o tema central do presente trabalho, qual seja: a análise do tratamento penal dado ao estrangeiro expulso do país.

É importante ainda destacar a política de alguns Estados de criminalizar a imigração, transformando as infrações à lei de imigração, de natureza administrativa, em infrações de natureza criminal, num movimento a que a doutrina de chamado de *crimmigration* (STUMPF, 2006, p. 367-419), que estuda as interseções entre a lei de imigração e o direito penal; ao tratar das similitudes, deve ser destacado que:

“Both criminal and immigration law are, at their core, systems of inclusion and exclusion. They are similarly designed to determine whether and how to include individuals as members of society or exclude them from it. Both create insiders and outsiders. Both are designed to create distinct categories of people—innocent versus guilty, admitted versus excluded or, as some say, ‘legal’ versus ‘illegal’. Viewed in that light, perhaps it is not surprising that these two areas of law have become entwined. When policymakers seek to raise the barriers for noncitizens to attain membership in this society, it is unremarkable that they would turn to an area of the law that similarly functions to exclude” (STUMPF, 2006, p. 367-419).

Sob essa perspectiva, as infrações à lei que trata do estatuto migratório tem tido um incremento na tipificação de infrações penais, num nítido caráter de administrativização do direito penal.

Ainda na perspectiva dos movimentos de criminalização do estrangeiro, Keller (2012) aponta o aumento exponencial dos processos por crime de entrada e reentrada ilegal nos Estados Unidos, acarretando, além dos custos ao Estado, a hipertrofia do sistema, que torna mais lento o julgamento de crimes mais graves. No artigo, o autor associa ainda o aumento na quantidade de estrangeiros presos tendo em vista que muitos são classificados como criminosos no reingresso em razão do crime anterior ser a mera violação à lei de imigração, não havendo qualquer distinção entre estes e os criminosos que efetivamente cometeram crimes.

Meliá e Gómez (2006, p. 114), por sua vez, ao analisar o direito penal espanhol diante da imigração, sob a perspectiva de política criminal,

apontam que o instituto da expulsão no direito naquele ordenamento se trata de verdadeiro direito penal do inimigo, e alertam que *no parece que tenga sentido castigar por vía penal las conductas relacionadas unicamente con la inmigración ilegal*.

No Brasil, conforme já mencionado, a situação jurídica do estrangeiro é regida pela Lei nº 6.815/80, lei federal sancionada durante o período do regime militar, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, em que este era visto como ameaça à segurança nacional. Em que pese haja projeto de lei em tramitação para nova regulação do tema⁷, poucas são as perspectivas de avanços e, como bem colocado por Ventura (2012, p. 35), “mantém em sua essência o paradigma da segurança nacional”.

3. A expulsão no Direito brasileiro

A expulsão⁸ é um tradicional instrumento de saída compulsória do estrangeiro, em vista do cometimento de crime que o torna nocivo ao Estado. O instituto da expulsão é previsto no Título VIII da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), cujos artigos 65 a 75 tratam do tema.

De acordo com o artigo 65, “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” ou, ainda, aquele que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

O Estatuto prevê diversos casos em que pode ser aplicado ao estrangeiro o instituto da expulsão, que pode ser comparado a uma pena, sob o ponto de vista criminal.

O ato de expulsão é formalizado por decreto, de competência privativa do Presidente da República, de acordo com a conveniência e oportunidade. É importante destacar ainda que a lei prevê um procedimento sumário

7 Projeto de lei nº 5.655/09, de autoria do Poder Executivo.

8 Segundo Dolinger (2001, p. 238), “é o processo pelo qual um país expela de seu território o estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país donde foi expulso”.

de expulsão, no artigo 71, que não excederá o prazo de quinze dias, sendo vedado o pedido de reconsideração de sua decisão, nos casos de:

“infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

Por fim, ainda quanto à expulsão, é importante mencionar que, conforme o artigo 75, a expulsão não se realizará quando:

I – se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;

II – quando o estrangeiro tiver:

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

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

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

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

Esses critérios têm admitido algum temperamento judicial quando da análise de casos específicos, sobretudo em casos que envolvem filhos menores, sobretudo em razão da doutrina do *best interest of the child*, de modo que nada seria mais contrário ao interesse da criança do que privá-la da proximidade de seu pai, como por exemplo no HC 43.604-DF do STJ, julgado em 10 de agosto de 2005, sob relatoria do Ministro Luiz Fux⁹.

⁹ *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 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. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula nº 01 do E. STF e da Lei nº 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,*

4. O crime de reingresso do estrangeiro expulso

O crime de reingresso de estrangeiro expulso consiste num crime próprio do estrangeiro, previsto no artigo 338 do Código Penal, já em sua redação original; e assim é descrito:

“Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338 – Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”

A ação típica, portanto, consiste no reingresso do estrangeiro no território nacional, depois da expulsão, enquanto não revogado o decreto que motivou sua expulsão, a qual, conforme já

inaugurou uma interpretação mais ampliativa 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.

visto, pode dar-se em diversas circunstâncias, sobretudo em razão de infrações administrativas ao Estatuto, o que lhe acarreta uma consequência mais grave que a mera infração administrativa.

Observa-se que, no referido tipo penal, há criminalização da conduta do estrangeiro que ingressa no País após ter sido expulso. Considerando-se que a expulsão pode ocorrer em razão de mera infração de obrigações administrativas previstas no Estatuto do Estrangeiro, o estrangeiro vê-se, por mera infração administrativa, impedido *ad eternum* de ingressar no País.

4.1 A situação no âmbito da polícia judiciária e administrativa

Com o objetivo de situar o problema do estrangeiro no Brasil, sobretudo em aspectos quantitativos, a partir de dados do Relatório Anual da Coordenação Geral de Polícia de Imigração do Departamento de Polícia Federal, podemos apontar, no ano de 2011, o seguinte panorama:

Tabela 1 – Situação do estrangeiro no Brasil, 2011	Total
Entrada de estrangeiros	5.803.710
Saída de estrangeiros	5.617.401
Impedimento de embarque	10.203
Autorização para a instauração de inquéritos policiais de expulsão	993
Inquéritos policiais de expulsão instaurados	899
Inquéritos policiais de expulsão concluídos	1.359
Expulsões efetivadas e registradas no SINPI*	139
Deportações efetivadas e registradas no SINPI*	131
Repatriações efetivadas e registradas no SINPI*	142
Número de solicitações de refúgio	3504

*SINPI: Sistema Nacional de Procurados e Impedidos. FONTE: Relatório Anual do Departamento de Polícia Federal, 2011.

A competência para o julgamento do crime previsto no artigo 338 do Código Penal é da Justiça Federal, tendo em vista o interesse da União, de modo que a investigação criminal é realizada pelo Departamento de Polícia Federal, como polícia judiciária da União.

A partir de dados obtidos junto ao Sistema de Acompanhamento Processual – SINPRO observa-se que no período de 2007 a 2011 foram instaurados os inquéritos conforme quadro seguinte:

Tabela 2: Inquéritos policiais instaurados no âmbito da Polícia Federal de 2007 a 2011

Ano	309 do CP	338 do CP	125 da L. 6815
2007	7	15	68
2008	22	19	78
2009	16	22	167
2010	23	20	96
2011	61	33	235
Total	129	109	644

FONTE: Sistema de Acompanhamento Processual (SINPRO). Polícia Federal.

Observa-se assim que, durante o ano de 2011, ingressaram no Brasil 5.803.710 estrangeiros, tendo sido instaurados 899 inquéritos de expulsão no período, concluídos 1.359 e efetivamente expulsos do País 139 estrangeiros. Por outro lado, foram instaurados 329 inquéritos policiais referentes aos crimes abordados na introdução deste estudo.

De plano, pode-se observar que, apesar do amplo catálogo previsto no Estatuto do Estrangeiro, sobretudo com relação ao artigo 125, que remete aos artigos 106 e 107, a quantidade de inquéritos instaurados não se demonstra relevante num universo de mais de 5 milhões de registros de ingressos de estrangeiros.

Entretanto, a lei brasileira, sobretudo o Estatuto do Estrangeiro, na ampla gama de vedações que estabelece, as quais podem acarretar a expulsão do território nacional, permitem uma ampla margem discricionária ao administrador para o abuso quanto à situação já fragilizada do estrangeiro, sobretudo em caso do estrangeiro irregular.

5. A visão do Superior Tribunal de Justiça

O primeiro julgado de que se tem notícia a tocar diretamente no tema é o *MS nº 3399-9 DF*, decisão publicada em 5/6/1995, em ação que Franklin Eduardo Magallanes de la Fuente impetra contra ato do Ministro de Estado da Justiça. No caso em análise, o impetrante veio para o Brasil em 1970 e, em 1982, após cumprir pena de detenção de dois anos por crime de furto, foi expulso do País.

Retornou ao Brasil, tendo contraído casamento religioso em 1983, união da qual teve um filho. Ao comparecer à Polícia Federal para a regularização de sua situação, foi preso em razão do crime previsto no artigo 338 do CP, tendo sido sua prisão relaxada. Em 1993, face à possibilidade de deportação, ingressou com solicitação ao Presidente da República para a revogação do decreto de expulsão, a qual foi indeferida pelo Ministro da Justiça.

Assim, impetrou mandado de segurança contra o ato do Ministro de Estado da Justiça, que indeferiu seu pedido, solicitou que a análise fosse feita pelo Presidente da República e garantiu-lhe o direito de permanência no País em razão da paternidade de filho no Brasil, e do casamento com brasileira.

A decisão, embora apenas tangencie o tema do reingresso, merece destaque trecho do voto do Relator, Ministro Garcia Vieira:

“E, depois, a expulsão anterior ao casamento e nascimento de William já foi efetivada em 19.11.82 (fls. 65 e 65v) e não e contra ela que se insurge o impetrante. Este mandado de segurança visa a impedir nova expulsão iminente e garantir sua permanência no Brasil, ao lado de sua mulher e filho brasileiros (fls. 10). Então, seu casamento com a brasileira Honorinda e o nascimento de seu filho brasileiro William não são fatos supervenientes a sua expulsão que ainda não foi decretada. Não se pede expulsar o impetrante porque ele é casado com brasileira e tem filho brasileiro e estes vivem sob sua dependência econômica. Afinal, a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, da CF). Expulsar o impetrante seria destruir sua família e deixar mulher e filho brasileiros ao desamparo. [...]

É verdade que o impetrante foi processado e condenado por crime de furto, mas isto já ocorreu há 16 (dezesesseis) anos e ele cumpriu integralmente a pena, saldando sua dívida para com a sociedade brasileira, e todos tem direito a uma reabilitação. Não pode

haver condenação e reprovação eternas. O fato de estar ele sendo processado pelo seu reingresso, após ser expulso (art. 338 do CP) não impede que permaneça ele em nosso País, porque ele só poderá ser considerado culpado se for condenado e a sentença transitar em julgado (art. 5º, LVII, da CF). Afinal ele voltou ao Brasil porque aqui deixou sua mulher e filho abandonados e as próprias autoridades brasileiras concederam-lhe registro provisório e permanência definitiva e o fizeram com base no artigo 75, II, 'b', da Lei nº 6.815/80, pela Lei nº 6.964/81 (doc. de fls. 21/22) que lhe garante o direito de não ser expulso ou deportado. Ora, se a ele foi concedida a permanência definitiva por ter um filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica e se ele, além do filho William, tem a mulher brasileira Honorinda sob sua dependência econômica e é trabalhador (docs. de fls. 26/27), não se justifica a sua expulsão ou deportação.”

Nesse sentido, foi concedida a segurança ao impetrante, para que tivesse seu pedido de revogação do decreto de expulsão revogado pelo Presidente da República.

No *HC 141.642-DF*, julgado em 24/3/2010, sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em que pese se discutisse o reingresso de estrangeiro expulso, o mesmo se insurgia contra novo processo de expulsão movido contra ele pela prática de novo crime, no caso de tráfico de entorpecentes, quando pretendia o reconhecimento de situação que obstasse nova expulsão, tendo sido negado o HC.

Em 9/6/2011, no *HC 218.279-DF*, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, o paciente Armando Luis Mateus Nunes insurgiu-se contra a decretação de sua expulsão, em 2009, em razão da prática de crime de tráfico de entorpecentes, alegando que vivia em união estável e possuía prole brasileira, que dele dependia economicamente. No caso, segundo o próprio relator, buscava-se um salvo-conduto para que o paciente pudesse retornar ao Bra-

sil, tendo sido denegada a ordem em virtude de o ato da expulsão não padecer de vícios, bem como do fato de a suposta família residir com o paciente em outro país.

Por fim, na última manifestação do STF acerca do tema, no julgamento do *HC 210.212-DF*, de relatoria do Ministro Humberto Martins, em 25/4/2012, a paciente Laycith Pisco Torrejon, expulsa em 19/5/2006, por tráfico de entorpecentes, retornou ao território brasileiro, tendo sido presa, novamente, pelo crime de reingresso de estrangeiro, absolvida em primeira instância. Pediu reconsideração da ordem de expulsão, em 26/6/2009; porém, isso lhe foi negado. Contra a negativa, impetrou o *HC 154.852/AC*, denegado sem apreciação no STJ pela ausência na demonstração do ato coator. Alegava que tinha direito, uma vez que havia dependência afetiva de filho nascido em 16/2/2006, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

No caso em tela, entendeu o STJ por denegar a ordem, em razão de que terem sido demonstradas as hipóteses de exclusão da incidência de expulsão, consignados na Lei nº 6.815/80, em especial porque o filho nascido no Brasil era fruto da união com outro estrangeiro (afastado o art. 75, inciso II, “a”), com nascimento posterior ao cometimento do fato que ocasionara a expulsão (determinando a aplicação do art. 75, § 1º); por fim, também, não se comprovou a existência de dependência econômica ou afetiva (afastando o art. 75, inciso II, “b”). Não se tratava da possibilidade de reingresso futuro do estrangeiro expulso, tendo se limitado às hipóteses legais de exclusão da expulsão.

Cabe citar, por fim, a divergência quanto à natureza do crime previsto no artigo 338 do CP nos julgamentos dos *CC 44.112-MS*, de 10/12/2003, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, segundo o qual “o reingresso de estrangeiro expulso é crime instantâneo, consumando-se no momento em que o estrangeiro reingressa no País”; e, também, o *CC 40.338-RS*, de 23/2/2005, sob a relatoria do Ministro Arnaldo Esteves de Lima, em cuja ementa constou: “Constitui crime permanente a conduta delituosa prevista no art. 338 do CP, de reingresso de estrangeiro expulso”.

6. A visão do Supremo Tribunal Federal

Acerca do tema, cabe citar o *HC 85.203-DF*, julgado em 6/8/2009, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, no qual Charbel Chafica Rajha, expulso por crime de tráfico após o cumprimento da pena privativa de liberdade, pleiteava o direito de reingresso no Brasil sem incorrer no crime do artigo 338 do CP, sob alegação de garantia constitucional à dignidade humana, bem como à entidade familiar, uma vez que tinha filha brasileira dele dependente afetiva e economicamente.

No julgamento, o relator alegou que o ato expulsório constitui medida político-administrativa discricionária exclusiva ao Presidente da República e que o Poder Judiciário somente é competente para apreciar a legalidade e a constitucionalidade do ato, não podendo imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade da medida, sendo pela denegação.

O Ministro Ayres Brito, por sua vez, em seu voto, questionou se essa proibição de retorno ao Brasil, prevista em lei datada de 1980, não ofenderia a Constituição Federal, podendo consistir em pena degradante ou de caráter perpétuo; e ponderou que:

“8. Muito bem! Feita esta síntese do quadro empírico do caso, avanço para anotar que a Constituição Federal qualifica a família como ‘base da sociedade’ e merecedora da ‘proteção especial do Estado’ (*caput* do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n. 226, 227 e 229.

9. Nesse panorama temático de longo espectro e que a Constituição conformou todo um centrado rol de direitos e garantias às crianças e aos adolescentes. Direitos e garantias que tem no art. 227 o seu ponto culminante, a saber:

[...]

10. Daqui se infere que tal decidida proteção não se faria senão como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (explícito fundamento da nossa República Federativa, a teor do inciso III do art. 1º do Magno texto de 1988) para alcançar: a) o modo familiar de ser dessa dignidade, sabido que em cada núcleo doméstico é que o ser humano mais tem a chance de trazer a lume as virtudes todas de uma convivência afetuosa (dentre as quais a solidariedade, o sacrifício, a renúncia, a partilha do pão e do sonho, do sim e do não); b) o modo primário dessa inata dignidade, que é a fase da ‘peculiar condição de pessoa em desen-

volvimento’ (inciso VI do § 3º do art. 227 da CF), a alcançar a infância e a adolescência. Fase em que o ser humano mais depende dos outros ou menos depende de si mesmo até para se conservar fisicamente vivo.

11. De outra parte, é certo que a mesma Constituição Federal dispensa um tratamento mais severo àqueles indivíduos que traficam drogas (conduta, relembro, protagonizada pelo paciente). E a justificativa para esse maior rigor é clara: o delito de tráfico de entorpecentes tem potencial para criar situações danosas que vão muito além da destruição da saúde físico-mental das pessoas para alcançar o destroçamento de suas próprias famílias. Delito que muitas vezes conta com a deletéria participação de agentes públicos, tráfico de armas, exploração de menores e lavagem de dinheiro, por ilustração. Tanto é assim que o próprio artigo 5º do Texto Federal disciplina que:

[...]

12. Esse tratamento constitucional mais severo não implica, todavia, a supressão da dignidade primaz da pessoa humana. Por isso que persiste, em prol dos acusados de tais crimes, uma extensa lista dos direitos processuais e materiais de natureza penal, a partir de sua matriz constitucional. O que fez, então, a Constituição? Ergueu balizas para o atuar normativo do legislador ordinário quanto a todo e qualquer delito, a exemplo dos seguintes comandos, consagradores de direitos subjetivos de índole fundamental e caráter absoluto:

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

(...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens

ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVII – não haverá penas:

(...)

b) de caráter perpétuo;’

13. E, precisamente em torno dessa proibição do caráter perpétuo da pena, associada à afirmação da intranscendência dos efeitos personativos da reprimenda penal, que se estrutura todo um movimento doutrinário-jurisprudencial de humanização do direito penal a partir da segunda metade do Século XVIII. Onde Zaffaroni e Piarangeli, contemporaneamente, anotarem que ‘o princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc), *como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. (...) a república pode ter homens submetidos a pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma capitis diminutio para toda a vida’* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 172, grifo nosso).

14. Nesse fluxo depuradamente humanista de ideias e sentimentos e que, para além de seu status constitucional, a limitação temporal dos efeitos da pena não foi esquecida pelo legislador ordinário. Tanto que o art. 64 do Código Penal fixa o prazo depurador de cinco anos para a produção dos efeitos da reincidência. Leia-se:

‘Art. 64 – Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;’

15. Tudo isso posto, penso que se está diante da contingência de calibrar valores constitucionais de primeira grandeza. E como dizer: o caso é de entrechoço de bens jurídicos de

estatura constitucional, mas em estado tal de tensionamento que já não é possível ao operador jurídico sem impor o sacrifício de um ou de algum deles. Para o que deve manejar a conhecida e necessária técnica hermenêutica da proporcionalidade em sentido estrito, critério ou parâmetro de interpretação a que se recorre como exigência de ponderação entre princípios em estado de concreto antagonismo, devendo o juiz optar por aquele que, no caso, mais confirme outros valores e interesses da constituição, ou, reversamente, menos ofenda tais valores e interesses.

16. É isso mesmo! As mais intrincadas equações jurídicas não se resolvem sem o ponderado exame de interesses e valores que se antagonizam na dura realidade da vida. E o que dizem os autos? Dizem que, durante o cumprimento da pena, no Brasil, o naturalizado francês passou a manter relacionamento amoroso com a nacional boliviana, residente no Brasil, Alejandra Suarez. Relacionamento de que resultou o nascimento da cidadã brasileira Haya Teresa Horan Rajha, hoje com 6 anos de idade.

17. Bem vistas as coisas, três pessoas – para dizer o mínimo – ainda hoje sofrem, passados mais de 8 anos da extinção da pena privativa de liberdade, os efeitos da condenação do paciente pelo delito de tráfico de entorpecentes, sem que essa tendência a perpetuidade dos efeitos de uma pena cumprida e a transcendência personativa estejam ancoradas na Constituição Federal. Pelo que, em linha de principia, tenho que o caso e de concessão da ordem.”

Em que pese tenha sido voto vencido, acompanhado apenas pelo Ministro Gilmar Mendes, a questão pela primeira vez foi levantada no STF quanto a essa perspectiva de análise.

No *HC 101.528-PA*, julgado em 9/12/2010, sob a relatoria do Ministro Dias Tóffoli, em que o paciente João Adelino Pereira Félix se insurgia contra prisão administrativa – decretada em razão de decreto de expulsão em seu favor datado de 1980, sendo que 7 anos antes teria voltado ao Brasil, onde tinha família constituída, e exercia

profissão regular de taxista –, e em que pedia não só a revogação daquela prisão, mas também a decretação da nulidade do decreto de expulsão em seu desfavor.

A decisão, embora tenha revogado a prisão administrativa, não acarretou maior discussão quanto à decretação da nulidade do decreto de expulsão, ou mesmo sua revogação, pois havia pedido administrativo do paciente junto ao Ministério da Justiça.

Em nova apreciação do tema, no julgamento do *HC 110.849-SP* em 10/4/2012, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, voltou-se à questão do reingresso do estrangeiro e posicionou-se pela impossibilidade de a revisão do ato ter sido mantida, como ato discricionário do Presidente da República.

7. A questão da unificação do grupo familiar na Corte Europeia de Direitos Humanos

A questão da unificação do grupo familiar apresenta-se como um dos pontos cruciais para a reflexão sobre a expulsão e vedação de reingresso, uma vez que o estrangeiro fica impedido de retornar ao país onde criou laços afetivos, mesmo que após a prática do ato que gerou sua expulsão, o que, conforme já visto, de acordo com o Estatuto do Estrangeiro, no Brasil, por exemplo, pode se dar por mera infração administrativa à lei.

No âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia, a questão do tratamento do não cidadão da União e a unificação do grupo familiar foi apreciada em diversas oportunidades com relação ao vínculo com nacionais, como por exemplo nos casos de Ruiz Zambrano e McCarthy, com decisões por vezes conflitantes¹⁰.

¹⁰ Peter Van Elsuwege e Dimitry Kochenov fazem profunda análise dos casos no artigo *On the Limits of Judicial In-*

Em várias ocasiões, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), confirmou-se que o direito ao respeito pela vida familiar, na acepção do artigo 8º da CEDH¹¹ está entre os direitos fundamentais que são protegidos pela legislação comunitária. Além disso, a Carta dos Direitos Fundamentais inclui inúmeras referências a respeito da vida familiar e os direitos da criança.

O tratamento baseia-se essencialmente num exercício de equilíbrio entre os interesses do Estado para controlar a entrada, a residência e a expulsão de estrangeiros, por um lado, e as circunstâncias individuais da família, por outro. Em outras palavras, o artigo 8º não inclui um direito claro ao reagrupamento familiar, mas apenas impõe um nível mínimo de proteção que deve ser respeitado pelos Estados-Membros, de forma que a violação depende do caso concreto, seja ou não uma medida nacional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) fornece uma ampla margem de apreciação para o controle de imigração por parte dos Estados-Membros. Vários fatores são levados em conta, como, por exemplo, a efetiva ruptura da vida familiar, na medida dos laços no Estado Contratante, se existem obstáculos intransponíveis no caminho da vida familiar no país de origem (de um ou mais deles) e se existem fatores de controle de imigração (por

tervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights, publicado pelo *European Journal of Immigration and Law*.

¹¹ “Artigo 8º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

exemplo, uma história de violações à lei de imigração) ou considerações de ordem pública pesando em favor da exclusão.

No caso *Darren Omoregie x Norway*, a Corte concluiu que a recusa da Noruega de conceder um direito de residência a um cidadão nigeriano que foi casado com uma nacional norueguesa e com quem teve um filho não violou artigo 8º, precisamente porque o seu relacionamento familiar era estabelecido quando o requerente ficou na Noruega ilegalmente. Entendeu que o filho do casal estava ainda em uma idade adaptável no momento em que as medidas controversas foram decididas e implementadas, e que não havia obstáculos à reconstrução da vida na Nigéria.

A Corte, por sua vez, no caso *Rodrigues da Silva and Hoogkamer x The Netherlands*, concluiu que a remoção da mãe brasileira de uma criança holandesa violou o artigo 8º, mesmo residindo ilegalmente na Holanda na época do nascimento de seu filho e não vivendo junto com seu parceiro holandês.

Já caso *Nunez x Norway*, também com relação à Noruega, a CEDH confirmou a importância dos interesses da criança na avaliação do equilíbrio entre os interesses concorrentes do indivíduo e da comunidade. No caso, uma nacional da República Dominicana ingressou na Noruega em 1996, como turista, foi deportada em razão de uma condenação por roubo, com proibição de reentrar no país por um período de dois anos. Quatro meses depois, voltou à Noruega com outro passaporte e pouco depois se casou com um cidadão norueguês. Divorciou-se e passou a relacionar-se com um imigrante também de origem dominicana na Noruega, quando tiveram duas filhas. Apesar da violação à lei de imigração da Noruega e da consciência por parte da Sra. Nunez de não ter expectativa de permanecer no país – semelhante ao caso *Darren Omoregie* – a Corte, no entanto, concluiu que era do interesse das crianças que a sua mãe ficasse na Noruega.

8. Conclusão

Em primeiro lugar, é importante destacar que a Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

O Artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz que:

“Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (grifo nosso).

O artigo 1º do Pacto de San Jose da Costa Rica, por sua vez, enuncia:

“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” (grifo nosso).

O artigo 22 do Pacto, que trata do direito de circulação e residência, declara:

“1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros” (grifo nosso).

O Estatuto do Estrangeiro, concebido em época anterior à atual Constituição de 1988, colide frontalmente com os direitos e garantias que ela estabelece.

Nesse sentido, apesar de empiricamente ter sido evidenciado no presente trabalho que o tratamento penal do estrangeiro não representa parcela significativa na seara da persecução penal, o estrangeiro é submetido a um amplo catálogo de vedações que podem acarretar sua expulsão do território nacional, o que lhe impede o retorno.

À luz dessa perspectiva, parece-nos que o instituto da expulsão carece de uma interpretação restritiva, sobretudo enquanto não produzidas alterações no tratamento legal dado ao estrangeiro, a fim de reduzir a discricionariedade do Poder Executivo.

Por outro lado, parece ainda que uma solução para o instituto da expulsão de maior conformidade com a ordem constitucional, que veda as penas de caráter perpétuo e o banimento, seria que o decreto de expulsão previsse um prazo. O estrangeiro, em evidente situação de desigualdade em relação ao nacional, além de cumprir a pena imposta, no mais das vezes ocorrendo o cumprimento integral, em razão do posicionamento dominante de não admitir a progressão de regime ou o livramento condicional, ao final tem contra si a expulsão do território nacional, ao passo que o nacional é reabilitado e não goza de maiores restrições.

Ainda nessa ótica, muitas vezes o estrangeiro acaba construindo laços familiares não abrangidos pela vedação à expulsão prevista no artigo 75 do Estatuto, o que resulta, por exemplo, na restrição do mesmo ao convívio familiar, com graves consequências, sobretudo para os filhos menores.

Portanto, em que pese o instituto da expulsão configurar um mecanismo necessário ao Estado, no sentido de afastar de seu território estrangeiros que tenham conduta nociva, sobretudo a prática de crimes graves ou violentos, há que tornar a utilização do instituto mais parcimoniosa, sempre tendo em vista nossa ordem constitucional e os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, notadamente no que tange ao respeito à dignidade humana e aos direitos humanos.

Assim, num momento em que o próprio conceito de soberania se encontra claramente em crise, o instituto da expulsão, que é uma de suas manifestações pela qual o Estado retira de seu território estrangeiro considerado nocivo,

carece de maiores reflexões, ainda mais quando o próprio conceito de nacionalidade pode igualmente estar seguindo para um conceito em transformação ou mesmo em extinção.

Referências

CANCIO MELLÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mario. El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal. *Revista CENIPEC*, v. 2, n. 25, p. 31-121, enero/dic. 2006.

DAL RI JUNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. In: _____; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ELSUWEGE, Peter Van; KOCHENOV, Dimitry. On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights. *European Journal of Migration and Law*, Dordrecht, v. 13, n. 4, p. 443-466, 2011.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Darren Omoregie and others v. Norway*. Strasbourg: HUDOC, 2008. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88012>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Case of Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*. Strasbourg: HUDOC, 2006. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72205>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

_____. *Case of Nunez v. Norway*. Strasbourg: HUDOC, 2011. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105415>>. Acesso em: 31 ago. 2012.

HOLLIEFIELD, James F. The emerging migration state. *International Migration Review*, New York, v. 38, n. 3, p. 885-912, 2004.

KELLER, Doug. Re-thinking illegal entry and re-entry. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 44, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884354>. Acesso em: 17 jun. 2012.

LIMA, Marcelo de. Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 269-282, jan./mar. 2012.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A era da globalização e a emergente cidadania mundial. In: _____; DAL RI JUNIOR, Arno. *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Direito dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O estrangeiro e o Direito Penal e o Direito Processual Penal. In: FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz. *Legislação penal especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, p. 170, abr./jun. 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: imigrants, crime and sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 367-419, 2006.

VENTURA, Deisy. Qual é a política migratória do Brasil? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 5, n. 56, p. 34-35, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.