

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 188
Outubro/dezembro – 2010

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Discricionariedade ou vinculação?

Um estudo dos atos administrativos de exclusão do estrangeiro admitido no território nacional

Aziz Tuffi Saliba, Clarissa Piterman Gross
e Luisa Quintão Ubaldo

Sumário

1. Introdução. 2. Compreendendo a discricionariedade. 3. Da deportação. 4. Da expulsão do estrangeiro. 5. Considerações finais.

1. Introdução

No dia 5 de setembro de 2004, Rohter Junior, jornalista americano residente no Brasil, publicou no *New York Times* um artigo intitulado “Hábito de beber de Lula se torna preocupação nacional”. O artigo afirmava haver indagações por parte de brasileiros se o manifesto apreço do presidente por bebidas não estaria afetando a sua atuação no governo. O jornalista arrolou algumas gafes de Lula e relatou episódio ocorrido nos anos 80, quando, em razão de embriaguez, Lula teria descido do elevador no andar errado do prédio no qual morava na época e tentado arrombar a porta de um apartamento que equivocadamente pensou ser o seu.

O Poder Executivo nacional reagiu à reportagem de forma bastante inesperada. O Ministro da Justiça promoveu o “cancelamento” do visto temporário do jornalista, tendo este sido notificado a deixar o País voluntariamente, sob pena de deportação.¹

Aziz Tuffi Saliba é Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela University of Arizona. Foi pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge (Reino Unido) e Notre Dame (Estados Unidos).

Clarissa Piterman Gross é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Luisa Quintão Ubaldo é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ Gabinete do Ministro. Despacho do Ministro nº 253 – Processo nº 08000.004044/2004-52. “William Lawrence Rohter Junior [...] determino o cancelamento

O caso suscita várias questões relativas aos direitos dos estrangeiros que se encontram sob a jurisdição do Brasil, notadamente aqueles que aqui fixaram sua residência. É certo que, em princípio, “todo Estado é e deve permanecer senhor de sua própria casa, e tal domínio é de especial importância em relação à admissão de estrangeiros” (OPPENHEIM, 1905, p. 370)². Nenhum Estado seria obrigado a acolher indivíduos que não aqueles de sua nacionalidade, tendo relativa autonomia para dispor acerca do tratamento a ser conferido aos estrangeiros que, em seu território, pretendam adentrar ou que nele já se encontrem.

O presente trabalho tem como objetivo empreender um estudo das medidas de natureza administrativa de exclusão dos estrangeiros cuja entrada fora admitida no território nacional, quais sejam, a expulsão e a deportação, buscando situar a questão da discricionariedade administrativa em diálogo com as garantias e direitos fundamentais estendidos também aos estrangeiros por força do art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Nesse sentido, não abordaremos o instituto do impedimento, previsto no artigo 26 da Lei nº 6.815/80, pois entendemos que constitui medida aplicável tão somente no momento da entrada do estrangeiro no território nacional, ou seja, em momento anterior à formação de qualquer vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado brasileiro. Sendo assim, seria inviável questionar a proteção dos direitos do estrangeiro sob a óptica do direito nacional quando ine-

xistente qualquer relação jurídica entre o sujeito e o Estado.

Deixaremos também de abordar a medida da extradição, uma vez que pressupõe uma “fase judicial” consistente no juízo de legalidade emitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca das circunstâncias e elementos que envolvem o pedido extradição (art. 83 da Lei nº 6.815/80 e art. 102, I, “g”, da CR/88), o que lhe retira a natureza eminentemente administrativa.

Ao final, procuramos identificar o nível de segurança jurídica que assiste aos estrangeiros, já presentes em território nacional, a partir de uma interpretação sistemática da legislação aplicável, bem como do rigor técnico na compreensão dos institutos da deportação e da expulsão.

2. *Compreendendo a discricionariedade*

O tema da discricionariedade apresenta posicionamentos contraditórios na doutrina e na jurisprudência. O termo remete comumente à ideia de liberdade de escolha do administrador para a prática de determinado ato, segundo critérios de conveniência e oportunidade. A vinculação, sua antítese, cristaliza a ideia de obrigação da prática de um ato administrativo segundo critérios objetivos expressos na lei.³

A maior parte da doutrina de Direito Internacional Privado, ao analisar o tema das medidas de exclusão do estrangeiro, entende haver faculdades supostamente discricionárias do Poder Executivo, que não poderiam ser questionadas pelo Poder

do visto temporário outorgado ao estrangeiro William Larry Rohter Junior, determinando, ainda, ao Departamento de Polícia Federal, que o cientifique pessoalmente desta decisão e de que, nos termos do art. 57 da Lei nº 6.815/80 e art. 98 do Decreto nº 86.715/81, seja notificado a deixar o território nacional no prazo de oito dias” (BRASIL, 2004a, p. 48).

² E continua o referido autor: “Obviamente, se um Estado resolvesse excluir todos os indivíduos de uma nacionalidade específica, isso constituiria um ato hostil, contra o qual a represália seria admissível; mas não se pode negar que um Estado é competente para fazê-lo” (OPPENHEIM, 1905, p. 370).

³ O conceito de vinculação elaborado pela doutrina administrativista mais tradicional considera que “vinculado, regado ou predeterminado é o ato administrativo que se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados *a priori* pela lei” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 246). No entanto, como se verá, nem sempre a lei traz esses requisitos fixados de forma tão objetiva, e muitos autores defendem que o fato de haver palavras mais “fluidas” no texto legal ensejaria a liberdade de escolha do administrador entre vários comportamentos possíveis.

Judiciário, por serem decisões “políticas” que envolveriam, tão somente, a avaliação da conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Ocorre que, conforme observamos, referido posicionamento figura desacompanhado de uma reflexão aprofundada acerca do conceito de discricionariedade, tal como construído no âmbito do direito administrativo.

Assim, faz-se oportuna uma abordagem das medidas administrativas de exclusão do estrangeiro não só por meio da exegese dos dispositivos da Lei nº 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, mas também as encarando como atos da Administração Pública, sujeitas, portanto, ao mesmo rigor conceitual dispensado aos demais atos administrativos.

As definições de “discricionariedade” e “vinculação” requerem a compreensão da estrutura do ato administrativo, o qual, pelo princípio da legalidade que rege a atividade administrativa, deflui sempre de uma norma jurídica. Essa estrutura “nos leva a cinco ‘elementos’: sujeito (autor competente para o ato); forma (exteriorização do ato); motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga a prática do ato), objeto (conteúdo do ato)⁴, e finalidade (bem jurídico a ser atingido pelo ato)” (ARAÚJO, 2005, p. 53).

Para a presente análise, consideramos que a competência dos atos administrativos seria aspecto sempre vinculado, uma vez que expressamente definida na norma jurídica que lhes autoriza a prática. Também seria vinculada a finalidade dos atos administrativos. Alguns consagrados doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles, corroboram tal posição, afirmando que “discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir” (MEIRELLES, 2007, p. 171). Isso porque a finalidade

⁴ Meirelles (2007, p. 155) entende que o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, por meio do qual a administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

“[...] será sempre objetivo de interesse público e deverá estar prevista no ordenamento jurídico, de modo expresso ou implícito, inerente a cada ato praticado.

Tendo cada ato finalidade própria, não pode o administrador buscar, por meio de um ato, finalidade que só por outro poderia ser alcançada, segundo os parâmetros legais. [...] Buscar finalidade alheia à tipologia do ato ou alheia ao interesse público são modalidades do chamado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’” (ARAÚJO, 2005, p. 56).

Nesse sentido, a forma (exteriorização do ato), o motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga à prática do ato) e o conteúdo são os únicos aspectos do ato administrativo que podem ensejar, a depender da norma que lhes sirva de referência, ora vinculação, ora discricionariedade.

Após essa breve introdução à estrutura do ato administrativo, passemos à análise mais detida do conceito de discricionariedade para se compreender em quais situações essa liberdade de escolha do administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, de fato existe.

A ideia mais disseminada associa a discricionariedade à presença de “conceitos jurídicos indeterminados” no comando normativo. Tais conceitos “vagos”, “fluidos” “imprecisos”, “indeterminados”, presentes no mandamento da norma, seriam utilizados pelo legislador em virtude da impossibilidade material e lógica de previsibilidade absoluta da conduta humana.⁵ Desse modo, é comumente entendido que, quando a norma apresenta um “campo de indeterminação”, haveria liberdade de

⁵ A impossibilidade material decorreria da enorme variedade de hipóteses no mundo fático; e a impossibilidade lógica refere-se à incapacidade de o legislador conseguir sempre expressar tal variedade por meio de conceitos objetivos, precisos e indubitáveis (ARAÚJO, 2006, p. 102).

apreciação subjetiva do administrador para decidir sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato.⁶

No entanto, tal percepção pode ser rebatida a partir dos estudos dos juristas espanhóis García de Enterría e Fernández (1991), os quais fazem nítida distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade.

Para eles, os conceitos indeterminados não ensejariam liberdade de escolha do administrador. Os conceitos indeterminados, tais como “boa-fé”, “preço justo”, “nocivo aos interesses nacionais”, ao serem aplicados ao caso concreto, assumiriam contornos mais específicos, vinculando o administrador a apenas uma única solução justa e adequada (por eles denominada “unidade de solução justa”). Afinal, na compreensão do caso concreto, “ou se dá, ou não se dá o conceito, ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou se faltou à probidade, ou não se faltou. *Tertium non datur*” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 394). Portanto, o uso dessas expressões mais fluidas no comando normativo tornaria o ato vinculado.

A discricionariedade do ato administrativo, por sua vez, só afloraria como “liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas”, por eles denominadas “indiferentes jurídicos”. Diante da indiferença entre as alternativas, ao Direito tanto faz que seja escolhida uma ou outra, pois ambas são validadas pela ordem jurídica, de tal maneira que “a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração” (Idem, p. 393).

Desse modo, em crítica ao entendimento prevalente na jurisprudência e entre a

⁶ Para Mello (2006, p. 926, grifo nosso), a discricionariedade surgiria quando “a disciplina legal faz remanescer, em proveito e a cargo do administrador, uma ‘certa esfera de liberdade’, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”.

maioria dos autores, vê-se que não se pode confundir discricionariedade com conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, a presença de conceitos jurídicos indeterminados na norma jurídica não engendra a discricionariedade do ato administrativo. *Ocorre, em verdade, um processo de interpretação, pautado no método da razoabilidade* (ARAÚJO, 2006, p. 112) e fundado em critérios jurídicos, cujo resultado, por trazer uma alternativa mais razoável do que a outra, vincula o administrador a essa opção. A decisão não se baseia, portanto, em critérios políticos de mera conveniência e oportunidade, mas sim em critérios jurídicos de razoabilidade aplicados a cada caso concreto⁷.

Portanto, ainda que envolva certa subjetividade⁸, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados vincula o intérprete a apontar de modo fundamentado, entre os vários conteúdos extraídos dessas expressões abertas, a solução mais adequada a cada caso. Destarte, diante de um conceito indeterminado, o administrador não teria discricionariedade para determinar livremente sua escolha, já que, nesses casos, sempre há uma solução mais razoável e adequada do que a outra. Desse modo, seria legítima uma intervenção judicial

⁷ Nesse sentido, conferir as propostas de “razoabilidade” em Recasens Siches, segundo o qual: “[...] a lógica da razão pura, do racional [...] não tem aplicação à matéria ou conteúdo das normas jurídicas. [...] a determinação dos conteúdos do direito, tanto nas normas gerais, como das normas individualizadas, deve reger-se pelo logos do humano e do razoável. [...] a função estimativa ou axiológica penetra e satura todos os graus na produção do Direito” (ARAÚJO, 2006, p. 119).

⁸ A razoabilidade, como método de interpretação, demonstra que o processo interpretativo também abrange a avaliação subjetiva dos conceitos jurídicos indeterminados eventualmente presentes no mandamento normativo, não se limitando a uma operação estritamente intelectual. Na visão de Araújo (2006, p. 115), “[...] a interpretação não é apenas um ato de conhecimento de algo já contido na regra, pois esse trabalho cognoscitivo pode apontar vários possíveis conteúdos extraíveis da norma. Para além dele, haverá uma outra função, que Kelsen chama de política jurídica: a fixação, por um trabalho volitivo, de qual das possibilidades de entendimento da norma prevalecerá, por ser a mais adequada, segundo a visão do intérprete”.

para avaliar a razoabilidade de um ato administrativo praticado a partir de conceitos jurídicos indeterminados presentes na norma, pois se trata de ato vinculado, e não discricionário.

É também importante frisar, na comparação entre aspectos discricionários e vinculados do ato administrativo, a questão da motivação. A motivação consiste na necessidade de fundamentação dos atos administrativos. É o seu discurso justificador, a explicitação das razões que levam o Poder Público a praticá-lo. A motivação terá o papel de demonstrar que

“a interpretação se deu segundo a lógica do razoável. [...] é pela motivação que o administrador buscará persuadir os destinatários do ato de que sua decisão é a melhor. Com ela, e demais subsídios, o controlador do ato terá meios para verificar sua validade perante a ordem jurídica” (Idem, p. 122).

Nesse sentido, pode-se dizer que, em relação aos atos provenientes de conceitos jurídicos indeterminados, a motivação é obrigatória, já que o ato, nesses casos, é vinculado quanto aos seus motivos e quanto ao seu conteúdo. Já em atos efetivamente discricionários [no sentido da discricionariedade aqui compreendida como livre escolha entre “indiferentes jurídicos”, de acordo com Garcia de Enterría e Fernandez (1991)], percebe-se que a razão pela qual o administrador escolhe agir de uma e não de outra maneira é juridicamente irrelevante, pois, nesse caso, ambas as alternativas já são contempladas pela ordem jurídica, cabendo ao administrador escolhê-las segundo critérios de pura conveniência e oportunidade. A fundamentação do ato, nesses casos, deve apenas demonstrar que os limites da discricionariedade (referentes aos aspectos necessariamente vinculados do ato-competência, forma e finalidade) foram observados.⁹

⁹ Um exemplo, tomado da legislação brasileira, torna mais claro o raciocínio. A Constituição prevê que serão nomeados para ministros do Supremo Tri-

Colocada a discricionariedade em seu devido lugar, passemos à análise dos atos de exclusão do estrangeiro, sob a óptica dos conceitos alhures explanados.

3. Da deportação

Uma das formas de exclusão compulsória do estrangeiro do território brasileiro se dá pelo ato de deportação.

A deportação é regulamentada nos artigos 57 a 64 da Lei nº 6.815/80. Segundo o art. 57, “nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação”.

O parágrafo 1º do art. 57 traz algumas hipóteses de descumprimento, por parte do estrangeiro, de normas atinentes à sua estada no território brasileiro, muitas delas relativas a proibições de exercício de atividade remunerada ou a condições específicas sob as quais o exercício da referida atividade profissional teria sido deferido.

As infrações arroladas no referido art. 57, § 2º, não esgotam as hipóteses de extradição. Isso porque qualquer irregularidade, seja na entrada de estrangeiro ao território, seja referente às condições de permanência nele, é apta a ensejar a deportação.

bunal Federal os juristas com notório saber jurídico e reputação ilibada. Nesses aspectos, que constituem o motivo do ato, a nomeação seria vinculada. De fato os candidatos ao cargo devem possuir os atributos mencionados na norma constitucional (ainda que esta esteja expressa por conceitos jurídicos indeterminados). Escolhidos três candidatos – A, B, e C – que obedecem a tais requisitos, observa-se que a nomeação, em seu conteúdo, seria discricionária, isto é: o Presidente da República teria três alternativas de escolha, todas elas igualmente válidas perante a ordem jurídica. Sendo assim, que se nomeiem os candidatos já selecionados A, B ou C é irrelevante para o direito, tanto quanto o critério para a escolha, seja este a simpatia do Presidente pelo candidato, ou aquele cujas ideias o Presidente julga mais próximas às suas etc. Logo, a motivação do ato de nomeação nada tem a explicitar, além da competência de quem nomeia e do cumprimento dos requisitos vinculados expressos constitucionalmente. Adaptação de exemplo contido na obra de Araújo (2006, p. 123).

Importante notar que o art. 57 afirma que a deportação, como ato de retirada forçada do estrangeiro, somente ocorrerá se este não se retirar voluntariamente no prazo estipulado pelo regulamento¹⁰. Sendo assim, via de regra, o estrangeiro tem direito a ser notificado acerca da irregularidade incorrida, para que se retire por sua própria iniciativa do País, antes de sofrer a ação coativa do Estado brasileiro.

A importância da notificação e do prazo para retirada voluntária não se esgota no direito do estrangeiro de promover por sua conta, sem necessidade de sofrer a força do Estado, a sua saída do território. Em realidade, a notificação e o lapso temporal de tolerância conferem ao estrangeiro a possibilidade de defender-se, ou seja, de impugnar as afirmações do Estado de que se encontra em situação irregular no País.

Embora o Estatuto do Estrangeiro não disponha acerca de recurso administrativo interponível, o extraditando pode utilizar do pedido de reconsideração administrativo, ou mesmo de recurso judicial, notadamente de *habeas corpus*, para impugnar o ato inquinado de ilegalidade¹¹. Isso porque a Constituição assegura a ampla defesa e o contraditório, seja em processos administrativos, seja em processos judiciais (artigo 5º, LV), garantindo ainda o amplo acesso à justiça, já que “a lei não excluirá da apre-

ciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).¹²

Quanto ao direito à ampla defesa e ao contraditório¹³, indaga-se qual seria a dimensão ou a esfera de defesa do estrangeiro contra ato que determinasse a sua deportação. A pergunta parece despropositada, mas, em verdade, revela-se de utilidade para apreensão do caráter discricionário ou vinculado do ato de deportação.

Entendemos que a defesa do estrangeiro poderia aduzir tanto a inocorrência dos atos irregulares a ele imputados como, admitindo os fatos levantados pela autoridade administrativa, argumentar pela conformidade dos fatos à lei. Em outras palavras, o estrangeiro pode negar que se encontre em determinada situação considerada irregular pela lei brasileira ou pode admitir os fatos a ele imputados, questionando, no entanto, a natureza irregular desses mesmos fatos em referência à legislação nacional. Nesse

¹² Nesse sentido “Constitucional. Administrativo. Processo Civil. Preliminar impossibilidade jurídica do pedido afastada. Estrangeiro casado com brasileira. Possibilidade de concessão do visto de permanência. Sentença mantida. 1. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada. O pedido é sim juridicamente possível já que cabe ao Poder Judiciário dizer se houve ou não o cumprimento da legalidade no processo administrativo que culminou com a decisão de deportação do apelado. De acordo com a Constituição Federal pode-se levar ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito. [...]” (BRASIL, 2010, p. 176).

“Apelação. Estrangeiro. Deportação. Estatuto da Igualdade. Direito de defesa. Provimento. [...] 2. O princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular de nosso sistema constitucional (art. 1º, III, CF), garante, em prol do estrangeiro não residente no país, a fruição dos direitos fundamentais decorrentes da condição de ser humano, razão pela qual o art. 5º, LV, da Lei básica, que trata do contraditório e ampla defesa na esfera administrativa, é aplicável ao procedimento de deportação, exigindo-se a notificação prévia do alienígena, para fins de apresentação de resposta, mesmo sendo omissivo o título VIII da Lei nº 6.815/80. 3. Recurso provido” (BRASIL, 2004d, p. 629).

¹³ “*Habeas corpus*. Estrangeiro. Deportação. Estada irregular. Território nacional. Procedimento administrativo. Contraditório. Ampla defesa. É ilegal a deportação de estrangeiro sem que lhe seja assegurada em procedimento administrativo o constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa” (BRASIL, 1998).

¹⁰ O prazo para retirada voluntária do estrangeiro será de oito dias, nos casos arrolados pelo inciso I do artigo 98 do Decreto nº 86.715/81, ou de três dias, no caso de entrada irregular do estrangeiro, desde que não configurado o dolo (artigo 98, I, do Decreto nº 86.715/81).

¹¹ Pereira adverte acerca do direito de defesa do estrangeiro, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, todo ato administrativo é passível de sofrer o controle de legalidade: “Quanto aos recursos, apesar de não previstos no Estatuto do Estrangeiro, este pode aparelhar o devido Recurso Administrativo e/ou um Recurso de cunho Judicial. O lendário Prof. Valladão doutrinava que ‘contra os atos das autoridades brasileiras ilegais ou arbitrários têm os estrangeiros, quer o recurso administrativo, quer o judicial, admitidos pela prática administrativa e pela jurisprudência’ (PEREIRA, 1995, p. 356).

sentido, importante relembrar que a deportação se funda na irregularidade. O art. 57 da Lei nº 6.815/80 não se refere à retirada de qualquer estrangeiro, mas somente daquele que esteja irregular.

A retomada do fundamento da deportação tem como objetivo afastar qualquer abordagem do instituto que atribua à autoridade estatal alguma margem de discricionariedade. Não se indaga, na deportação, acerca da conveniência ou oportunidade da permanência do estrangeiro em território nacional, mas, sim, se sua entrada ou permanência se dá em desconformidade com as normas que regulam o *status* do estrangeiro no País.

É assim que, não havendo discricionariedade por parte da autoridade administrativa, o ato estatal pode ser submetido ao controle judicial em toda a sua extensão. Daí a importância de conferir ao estrangeiro condições mínimas de impugnação do ato administrativo que pode, eventualmente, ser acometido de ilegalidades.

Nesse sentido, nos filiamos à parte da doutrina (Cf. PEREIRA, 1995, p. 354; FLORESTANO, 2006, p. 141) que afirma a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 57 da Lei nº 6.815/80, o qual dispõe acerca da possibilidade de retirada imediata do estrangeiro pelas autoridades competentes “desde que conveniente aos interesses nacionais”, sem que seja concedido o prazo para retirada voluntária.

Isso porque a supressão do prazo para retirada voluntária implica negar ao estrangeiro qualquer possibilidade de defesa, já que, dada a sua retirada imediata do País, não disporá nem mesmo do exíguo tempo estabelecido pela lei para acionar o Judiciário brasileiro.

4. Da expulsão do estrangeiro

A expulsão do estrangeiro do território brasileiro está disciplinada nos arts. 65 a 75 da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e nos arts. 100 a 109 do Decreto

nº 86.715/81. Antes de apresentar uma revisão crítica do instituto da expulsão em nosso ordenamento jurídico, cumpre analisar a redação de alguns dos referidos dispositivos.

O art. 65 da Lei nº 6.815/80 determina ser passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Ressalta-se que a expulsão configura uma medida sancionatória administrativa de retirada do estrangeiro, ainda que este tenha ingressado e permanecido no território nacional de maneira regular.

Mas não se esgotam no *caput* do art. 65 as hipóteses expulsórias, sendo igualmente passível de expulsão o estrangeiro que, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo legal: (a) praticar fraude a fim de obter 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, não sendo aconselhável a deportação; (c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou (d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro¹⁴. Se, por um lado, o parágrafo único estabelece hipóteses mais objetivas, referindo-se a situações precisas em que o estrangeiro, ao violar a lei brasileira, poderia ser expulso, o *caput*, por sua vez, traz hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados: atentar contra a “segurança nacional”, “a ordem política e social”, “a tranquilidade ou moralidade pública”, ou “representar nocividade aos interesses nacionais”.

Diante dessa redação mais genérica do *caput* do art. 65 e considerando-se o disposto no art. 66 do Estatuto, os doutrinadores

¹⁴ Especificamente em relação ao parágrafo único, inciso IV, do art. 65, o estrangeiro que aqui se dedique a algumas daquelas vedações prescritas no art. 106 e 107 do Estatuto estará sujeito a expulsão, por desrespeitar proibição especialmente prevista em lei.

reiteram a noção de que a expulsão é um “ato discricionário”. Nesse sentido, a nocividade e periculosidade do estrangeiro aos interesses nacionais e à ordem pública e social seriam avaliadas pelo Presidente da República segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Segundo Dolinger (2008, p. 249, grifo nosso), “a expulsão do estrangeiro nocivo está inserida no *poder discricionário* do Estado, representando uma manifestação de sua soberania, decorrência lógica de seu poder de admitir ou recusar a entrada do estrangeiro”¹⁵.

Florestano (2006, p. 151, grifo nosso), por sua vez, entende que “[...] as possibilidades de ocorrência de expulsão são inúmeras, sendo que, grande parte delas, de caráter discricionário. Isso porque os conceitos de *segurança nacional, ordem política, ordem social etc. são imprecisos e vagos*”.

O mesmo autor ainda afirma:

“Disso resulta que não cabe ao Poder Judiciário decretá-la ou mesmo ingressar no mérito de sua oportunidade. Por certo, cabe aos magistrados analisar se os requisitos formais da legislação foram seguidos [...], mas tal afirmação não quer dizer que o Poder Judiciário possa ingressar na análise dos critérios subjetivos utilizados para a prática do ato administrativo de expulsão” (FLORESTANO, 2006, p. 153).

No sentido da “discricionarietà” da expulsão, Cahali (1983, p. 252, grifo nosso), citando Battifol, defende que

“sendo o ato de expulsão *um ato não-motivado*, que repousa assim sobre

¹⁵ Percebe-se que o autor faz certa confusão entre as duas situações diversas, afirmando que a *expulsão* seria “decorrência lógica” do poder conferido ao Estado no momento do *impedimento à entrada* do estrangeiro. No entanto, considerando-se que, no momento da expulsão, o estrangeiro já está dentro do país sob o manto protetivo de nosso ordenamento, a nosso ver o poder conferido ao Estado para a prática do ato expulsório seria nitidamente distinto do poder para se recusar a entrada.

o poder discricionário da Administração, nenhum recurso comporta quanto à sua oportunidade; o ato apenas pode ser contestado quanto à sua legalidade, por exemplo, quando ocorre irregularidade formal.”¹⁶

À vista de tais concepções, a expulsão, há muito, tem sido tratada como ato discricionário, não se admitindo o controle judicial sobre o mérito da decisão para pôr em xeque o juízo presidencial acerca da nocividade ou periculosidade do estrangeiro.

No entanto, é possível perceber que a maioria dos autores identifica a suposta “discricionarietà” do ato expulsório com a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Florestano (2006), inclusive, chega a ser explícito em seu posicionamento ao afirmar que a discricionarietà do ato decorreria do emprego de conceitos vagos e imprecisos na formulação das hipóteses de expulsão. A possibilidade de intervenção judicial seria tão somente para avaliar os aspectos da competência, forma (que deve ser, necessariamente, decreto expedido pelo Presidente da República, conforme o parágrafo único do art. 66 do Estatuto do Estrangeiro), não podendo haver a análise dos “critérios subjetivos” utilizados para a prática do ato.

Destarte, vê-se a importância da compreensão das ideias expostas no segundo item do presente estudo, já que, como visto, o conceito indeterminado da nocividade do estrangeiro ao interesse público e à ordem política, em verdade, gera interpretação conforme critérios de razoabilidade, em esfera de vinculação. Nesse sentido, consideramos legítimo o controle judicial do conteúdo do ato expulsório. Os critérios ditos “subjeti-

¹⁶ Ainda nesse sentido, Guimarães (2002, p. 23, grifo nosso) classifica a expulsão como ato político de defesa do Estado, lecionando que “[...] é medida inerente ao exercício da soberania e se dirige contra o estrangeiro que se revelar perigoso à ordem e à segurança pública. Como tal, é *faculdade discricionária conferida ao Poder Executivo, não cabendo, portanto, ao Judiciário, julgar da periculosidade ou nocividade do estrangeiro expulso*”.

vos” (porquanto “vagos e imprecisos”) para a expulsão não podem ser avaliados conforme conveniência e oportunidade, pois não se trata de “indiferentes jurídicos” a serem livremente escolhidos pelo Presidente da República. Afinal, parafraseando os administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández, ou o estrangeiro é nocivo à ordem pública ou não é, ou causou dano ao interesse nacional ou não causou.

O ato de expulsão é *vinculado*¹⁷, devendo pautar-se em interpretação razoável que culmine na alternativa mais adequada ao caso concreto. O Presidente da República, agente competente para decretar a expulsão, não tem ampla liberdade para fazê-lo. A decisão deve ser motivada quanto ao seu conteúdo e deve demonstrar a efetiva existência de nocividade do estrangeiro à ordem nacional.¹⁸ Do contrário, estar-se-ia admitindo a possibilidade da expulsão com base em critérios persecutórios, discriminatórios ou mesmo tendo por fundo um mero capricho arbitrário do Chefe do Executivo federal, sem que se pudesse proteger, pela via da intervenção judicial, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos estrangeiros.

Pode-se reafirmar tal posição a partir de eloquente trecho extraído da vetusta obra de Bento de Faria, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal. Ainda que sem o viés ad-

¹⁷ Cf. voto do Ministro Cunha Peixoto, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* impetrado em defesa do Padre italiano Vito Miracapillo: “[...] a natureza do decreto de expulsão que, a meu ver, não é discricionário, como se sustenta. Trata-se, ao contrário, de ato administrativo vinculado. [...] e, como consequência, o Poder Judiciário não só pode como tem o dever de examinar sua legalidade em toda a sua extensão” (BRASIL, 1980).

¹⁸ Nesse sentido, cf. Carvalho (1976, p. 113), segundo o qual “a expulsão, pelo caráter discriminatório de que se reveste, é medida intrinsecamente odiosa. É preciso, pois, restringi-la aos casos reais e provavelmente atentatórios da ordem pública, cujos limites devem ser precisamente determinados, quer através da jurisprudência administrativa, quer através da doutrina. A eficácia da expulsão, como medida de preservação da ordem pública, não vai a ponto de justificar-lhe decretação sem o mínimo de observância dos princípios de defesa dos direitos humanos”.

ministrativista adotado no presente estudo, o jurista de certa forma anteviu *a ratio* que aqui se pretende defender.

“[...] assentado, assim, que o direito de liberdade, garantido pela Constituição, compreende o de *não ser expulso* o estrangeiro residente que *não é perigoso à ordem pública nem nocivo aos interesses da República*, a faculdade outorgada ao Poder Executivo de expulsá-lo do território nacional tem seu termo nesse direito individual. Logo, não é discricionária (*rectius*)” (FARIA, 1929, p. 99, grifo nosso).

Tomando-se a expulsão como ato vinculado em toda a sua extensão (ou seja, em todos os aspectos do ato: forma, competência, motivos, conteúdo e finalidade), dúvida não há de que o Judiciário poderia realizar o controle de legalidade tanto em seus aspectos ditos “formais” quanto em relação ao seu conteúdo, mesmo que a norma do *caput* do art. 65 do Estatuto do Estrangeiro apresente conceitos jurídicos indeterminados.¹⁹

¹⁹ Nesse sentido apontou a decisão em sede liminar do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Peçanha Martins, relator no *Habeas Corpus* nº 35.445/DF impetrado pelo Senador Sérgio Cabral em favor de William Larry Rohter Junior, ao adentrar-se no mérito da decisão ministerial que determinou o “cancelamento do visto” do jornalista estrangeiro. Segue trecho da referida decisão: “Pergunto-me, porém, se uma vez concedido [o visto] poderá ser revogado pelo fato de o estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição, qual o de externar a sua opinião no exercício de atividade jornalística, livre de quaisquer peias? Estaria tal ato administrativo a salvo do exame pelo Judiciário?”

Nesse caso penso que não. É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, entre eles avultando a liberdade de expressão. E dúvidas não pode haver quanto ao direito de livre manifestação do pensamento (inciso IV) e da liberdade de expressão da atividade de comunicação, ‘independentemente de censura ou licença’ (inciso IX)” (BRASIL, 2004b).

Apesar de o ministro fundamentar sua decisão no art. 26 da Lei nº 6.815/80, o qual dispõe sobre o impedimento, adotamos posicionamento segundo o qual

5. Considerações finais

A partir da abordagem ora proposta, pode-se concluir que a deportação e a expulsão, tratadas como atos administrativos internos, submetem-se ao mesmo rigor conceitual presente na análise dos demais atos da administração pública pátria. E, nesse sentido, por mais que visem à manutenção da soberania e da “segurança e interesses nacionais”, são atos inegavelmente vinculados, passíveis de controle judicial.

Por um lado, as hipóteses legais de deportação envolvem a aferição objetiva da existência de irregularidade, seja na entrada ou na estada do estrangeiro no país. A deportação, portanto, somente se justifica quando haja infração aos critérios expressos fixados em lei, não havendo livre decisão do administrador segundo conveniência e oportunidade.

As hipóteses de expulsão, por sua vez, apesar do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, envolvem interpretação pautada na razoabilidade, resultando sempre em uma solução mais adequada ao caso concreto. Afinal, não se pode falar em multiplicidade de soluções juridicamente indiferentes quando se trata de decidir sobre a expulsão, ainda mais se considerarmos a hermenêutica do art. 5º, *caput*, CR/88, que estendeu as garantias e direitos fundamentais aos estrangeiros. Oppenheim, inclusive, já previa que o avanço do constitucionalismo deveria tornar menos frequente a expulsão de estrangeiros.

“Um estrangeiro é como um convidado na terra estrangeira, e a questão

acerca das condições sob as quais tal convidado torna-se rejeitável por seu Estado anfitrião não pode ser definitivamente solucionada pela fixação de um corpo normativo. Assim é que, com o gradual desaparecimento de visões despóticas nos diferentes Estados, e com o avanço de um efetivo constitucionalismo garantidor da liberdade individual e de expressão, a expulsão de estrangeiros, especialmente por motivos políticos, tornar-se-á menos frequente” (OPPENHEIM, 1905, p. 380, tradução nossa).²⁰

No entanto, para além dos limites que o direito interno estabelece aos atos de deportação e expulsão, o debate também aponta para a necessidade de uniformização do entendimento na seara do direito internacional. Atualmente, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) vem produzindo relatórios anuais nos quais é possível perceber uma evolução na identificação dos limites impostos pela ordem internacional aos Estados Soberanos quanto ao “direito de excluir estrangeiros” de seu território. Afasta-se a ideia de um direito de exclusão absoluto, conforme demonstra o trecho a seguir extraído do terceiro relatório da comissão acerca da expulsão de estrangeiros:

“A questão tal como suscitada ao final do século XIX consistiu em saber se seria possível substituir as arbitrarias regras de expulsão que prevaleciam em muitos Estados por regras mais precisas. Ao que parece,

o impedimento somente se presta a obstar a entrada do estrangeiro no país, sendo que, depois de deferida regularmente a entrada, as medidas administrativas de exclusão limitam-se à deportação e à expulsão. Considerando que o jornalista se encontrava em situação de regularidade, não fosse a irregularidade subitamente forjada pelo Estado brasileiro, entendemos que o ato ministerial consiste, em sua essência, em expulsão disfarçada. Sendo assim, a decisão do Ministro Relator Francisco Peçanha Martins revela-se como exemplo de verdadeiro controle do conteúdo do ato essencialmente expulsório.

²⁰ Tradução nossa de: “a foreigner is more or less a guest in the foreign land, and the question under what conditions such guest makes himself objectionable to his host cannot once for all be answered by the establishment of a body of rule. So much is certain, that with the gradual disappearance of despotic views in the different states, and with the advance of true constitutionalism guaranteeing individual liberty and freedom of opinion and speech, expulsion of foreigners, especially for political reasons, will become less frequent”.

na perspectiva do direito internacional contemporâneo, o direito de expulsar, embora seja um direito soberano do Estado, não é concebido como um direito absoluto que confere poder discricionário em favor do Estado anfitrião” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2007, p. 8, tradução nossa).²¹

Em outro relatório, a comissão evocou, ainda que indiretamente, a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, entendendo que as expressões vagas (tais como “segurança nacional” – *national security*), as quais engendram interpretação mais ampla, poderiam trazer alternativas juridicamente inadmissíveis (e que, portanto, não poderiam ser discricionariamente adotadas pelo Estado como se fossem “indiferentes jurídicos” em relação à alternativa mais adequada):

“Sempre há fundamentos para a exclusão de um estrangeiro por um Estado, sejam eles expressamente declarados pelo Estado ou não. Admite-se que alguns fundamentos para a exclusão não são contrários ao direito internacional. Esse é geralmente o caso de expressões tais como ‘lei e ordem’, ‘segurança pública’ ou ‘segurança nacional’. No entanto, algumas vezes, qualquer noção tão vaga quanto ‘lei e ordem’ enseja variedade e amplitude de interpretações das quais muitas vezes decorrem atos incompatíveis com a efetiva legalidade do ato de exclusão” (Idem, p. 7).²²

²¹ Tradução nossa de: “The question as it was raised in the late nineteenth century was whether it was possible to substitute precise rules on expulsion for the arbitrary ones which prevailed in many States. From the perspective of contemporary international law, it seems that the right to expel, although it is a sovereign right of the State, is not conceived as an absolute right which confers discretionary power on the expelling State”.

²² Tradução nossa de: “There are always grounds for the expulsion of an alien by a State, whether they are avowed or unavowed. It is agreed that some grounds for expulsion are not contrary to interna-

Louvável a iniciativa da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas ao promover a evolução dos estudos nesse sentido. É possível vislumbrar, em alguns anos, o confronto da legislação interna dos Estados com parâmetros internacionais, os quais trarão substantiva contribuição para eventual uniformização normativa e para uma proteção ainda mais acentuada da pessoa humana enquanto tal, independentemente de sua origem e de onde estiver.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. Despacho do Ministro nº 253, de 11 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 maio 2004a. Seção 1, ed. 91, p. 48. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=47&data=13/05/2004>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 35.445/DF. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 maio 2004b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1242392&formato=PDF>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 58.409. Relator: Min. Djaci Falcão. Acórdão. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 nov. 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66557>>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). AG nº 2004.04.01003970-8/RS. 3. T. Relator: Des. Luiz Carlos de Castro Ligon. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 jun. 2004c, p. 385. Disponível em: <<http://www.trf4.jus>

_____. *International Law*. This is generally the case with breaches of ‘law and order’, ‘public safety’ or ‘national security’. In fact, any notion as vague as that of law and order sometimes gives rise to many different, often very broad, interpretations including acts that could not be considered the basis for lawful expulsion”.

- br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=129249&hash=c34ff5d3dcf27eb22a0ff84b2c9ef2b9>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). AC nº 436385/RN. 1. T. Relator: Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 fev. 2010. p. 176. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2010/02/200584000103287_20100225.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). AMS nº 83.607/PB. 3. T. Relator: Des. Fed. Edílson Nobre. *Diário de Justiça*, Brasília, 05 mar. 2004d, p. 629. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2004/03/200282000042372_20040305.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal (5. Região). REO nº 814/CE 1. T. Relator: Des. Fed. José Maria Lucena. *Diário de Justiça*, Brasília, 02 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=5&pagina=226&data=02/11/1998>>. Acesso em: 30 maio 2010.
- CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CARVALHO, Dardeau. *A situação jurídica do estrangeiro no Brasil*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIA, Bento de. *Sobre o direito de expulsão*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.
- FLORESTANO, Miguel. Título VI – Da deportação. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. Campinas: Millenium Editora, 2006.
- _____. Título VIII – Da expulsão. In: FREITAS, Vladimir Passos de. *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. Campinas: Millenium Editora, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- INTERNATIONAL law commission. *Second report on the expulsion of aliens*. Geneva, 2006. Fifty-eighth session. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/>>. Acesso em: 26 maio 2010.
- _____. *Third report on the expulsion of aliens*. Geneva, 2007. Fifty-ninth session. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/>>. Acesso em: 26 maio 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OPPENHEIM, Lassa. *International law: a treatise*. New York and Bombay: Longmans Green and Co., 1905.
- PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. A deportação do estrangeiro e o seu processo no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 717, p. 351-358, jul. 1995.
- ROHTER JUNIOR, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. *New York Times*, New York, 9 may 2004. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leaders-tipling-becomes-national-concern.html>>. Acesso em: 30 maio 2010.