

DIREITO DE NACIONALIDADE E REGIME JURÍDICO DO ESTRANGEIRO

GILMAR MENDES*

RESUMO: Este ensaio revisita o largo espaço constitucional onde foram inseridas categorias jurídicas importantes: a nacionalidade, o regime jurídico do estrangeiro, a concessão de asilo político e a condição de refugiado.

PALAVRAS-CHAVE: Nacionalidade, Estrangeiro, Asilo Político, Refugiado.

ABSTRACT: This essay revisits the wide constitutional sphere where important juridical categories were inserted: nationality, foreigner's legal regime, political asylum concession and refugee's condition.

KEYWORDS: Nationality, Foreigner, Political Asylum, Refugee.

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Nacionalidade brasileira. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. Brasileiros natos. 2.3. Brasileiros naturalizados. 2.4. Distinção entre brasileiro nato e naturalizado. 2.5. Perda da nacionalidade brasileira. 3. O Estatuto de Igualdade entre brasileiros e portugueses. 4. Regime jurídico do estrangeiro. 4.1. Considerações preliminares. 4.2. Exclusão do estrangeiro por iniciativa local. 4.3. Asilo político. 4.4. A situação de refugiado

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A nacionalidade configura vínculo político e pessoal que se estabelece entre o Estado e o indivíduo, fazendo com que este integre uma dada comunidade política, o que faz com que o Estado distinga o nacional do estrangeiro para diversos fins. A própria definição do Estado é indissociável da idéia de nacionalidade. Por isso,

* Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília-UnB (1988), com a dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha-RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha-RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 395 p.). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Público-IDP. Membro do Conselho Assessor do "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional" – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madri, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia-AIDE.

ensina Rezek, que não se pode compreender a existência de um Estado, cuja dimensão humana fosse composta por estrangeiros e cujo governo “soberano” se encontrasse em mãos de súditos de outros países¹.

Assinale-se também que o conceito de nacionalidade associa-se ao ser humano. Somente por extensão pode-se cogitar de nacionalidade de pessoas jurídicas, empresas ou coisas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU- 1948) consagra que o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. Embora de grande significado político, essa formulação carece de resultados práticos, pois não tem destinatários certos².

A Convenção Americana de São José da Costa Rica estabelece que toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em que tiver nascido, na falta de outra (art.20, 2). Tem-se aqui uma medida que, desde que conte com a adesão dos demais Estados, afigura-se apta a banir a grave situação de apátria³.

É certo, igualmente, que a nacionalidade supõe um vínculo social entre o Estado e o indivíduo, muito mais do que um vínculo meramente formal.

2. NACIONALIDADE BRASILEIRA

2.1. Considerações Preliminares

Na tradição brasileira, o direito de nacionalidade é regulado na Constituição. Evidentemente, a disciplina constitucional estreita acaba por reclamar aportes jurisprudenciais e doutrinários significativos. Nacionalidade tem sido um assunto historicamente exclusivo de jurisdição doméstica. A tendência se altera, como resultado da multiplicação de convenções em torno do assunto⁴.

2.2. Brasileiros Natos

A Constituição considera brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país (CF, art. 12, I, *a*).

Trata-se de critério que enfatiza o aspecto territorial (*jus soli*). Questão básica concerne à definição do território nacional para os fins do reconhecimento da nacionalidade brasileira. Evidente que esta abrange toda a massa territorial brasileira, aqui contempladas as unidades federadas e as diversas entidades municipais.

O texto constitucional não cuidou, porém, das questões atinentes à nacionalidade nos espaços hídricos, aéreos ou terrestres não submetidos à soberania de um Estado (o alto mar, o espaço aéreo, o continente antártico)⁵.

Na concepção de Pontes de Miranda, consideram-se brasileiros natos os nascidos a bordo de navio ou aeronave de bandeira brasileira quando estiverem em espaço neutro. Ao revés, se o nascimento ocorre em espaço submetido à soberania de outro Estado,

¹ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180.

² Cf. REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 182.

³ Cf. REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 185.

⁴ Cf. MELLO, Celso Duviviver de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2, p. 920.

⁵ Cf. REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 187.

não há falar em nacionalidade brasileira, ainda que se cuide de navio ou aeronave do Governo brasileiro⁶.

São também brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil (CF, art. 12, I, *b*).

Aqui o texto abre exceção ao princípio do *jus soli* e adota o *jus sanguinis*.

A expressão “a serviço do Brasil” há de ser entendida não só como a atividade diplomática afeta ao Poder Executivo, mas também como qualquer função associada às atividades da União, dos Estados ou dos Municípios ou de suas autarquias. Rezek observa que configura “a serviço do Brasil”, para os fins da norma constitucional, o serviço prestado a organização internacional de que a República faça parte, independentemente de o agente ter sido designado ou não pelos órgãos governamentais brasileiros⁷.

São, ainda, brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (CF, art. 12, I, *c*, redação da EC de Revisão nº 3, de 1994).

A versão original do texto constitucional de 1988 estabelecia que o filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascido no exterior, que não estivesse a serviço do Brasil, seria considerado brasileiro nato se registrado na repartição consular competente⁸.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 1994, no entanto, não mais exige a residência no Brasil antes de completar a maioridade, como fazia a versão original.

Suprimiu-se, aparentemente sem razão plausível, a possibilidade, anteriormente oferecida, de o filho de brasileiro nascido no exterior obter a nacionalidade brasileira com o mero registro na repartição consular competente.

Indagação relevante, nesse contexto, diz respeito à situação jurídica do filho de brasileiro que, nascido no exterior, venha, ainda menor, a residir no Brasil.

Sob o modelo de 1967/69, exigia-se que o filho de pai brasileiro ou mãe brasileira viesse a residir no Brasil antes de completar a maioridade e fizesse a opção pela nacionalidade brasileira até quatro anos após completá-la (CF 1967/69, art. 140, I, *c*). Nesse caso, até o termo final do prazo de opção, o indivíduo era considerado brasileiro nato *sob condição resolutive*.

Tendo em vista o novo quadro jurídico, o Supremo Tribunal reconheceu que o filho de brasileiro nascido no exterior, que, ainda menor, venha a residir no Brasil, deve ser considerado, para todos os fins, brasileiro nato, fazendo jus ao registro provisório de que cuida a Lei de Registros Públicos (art. 32, § 2º)⁹.

⁶ MIRANDA, *Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. IV, p. 431-432.

⁷ REZEK, *Direito Internacional Público*, cit. p. 188.

⁸ CF, art. 12, I, *c* – “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira”. (versão original).

⁹ RE 415.957/RS, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 16.09.2005.

Atingida, porém, a maioria, a opção passa a constituir-se em *condição suspensiva* da nacionalidade brasileira¹⁰.

Nesse sentido, assentou o Tribunal, na AC-QO nº 70, da relatoria de Sepúlveda Pertence, que, “*sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção “em qualquer tempo” - antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioria, altera-se o status do indivíduo entre a maioria e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutive que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a maioria a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos ex tunc, uma vez realizada”*¹¹.

Como não poderia deixar de ser, tal situação tem sensíveis repercussões no que concerne ao exercício de direitos reconhecidos aos brasileiros natos, como é o caso da não-extraditabilidade. Daí ter-se fixado que “*pendente a nacionalidade brasileira do extraterritorial da homologação judicial ex tunc da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (CPC, art. 265, IV, a)*”¹².

A reflexão desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes referidos, quanto ao filho de brasileiro que venha a residir no Brasil, estimulava indagar se não seria de desenvolver raciocínio semelhante para o menor, filho do brasileiro, que, nascido no exterior, lá continuava a residir.

Também aqui, tendo em vista o caráter protetivo e não restritivo da norma constitucional e os efeitos severos da apatria, afigura-se inevitável que se reconhecesse ao menor, filho de brasileiro nascido e residente no estrangeiro, a nacionalidade brasileira com eficácia plena até o advento da maioria, quando poderia decidir, *livre e validamente*, sobre a fixação de residência no Brasil ou alhures e sobre a opção pela nacionalidade brasileira. Se antes de completar a maioria não poderia ele decidir, autônoma e validamente, sobre a fixação da residência no Brasil, não haveria como deixar de reconhecer-lhe a condição de brasileiro nato.

Implementada a maioria, passaria ele a gozar da nacionalidade brasileira sob condição suspensiva, tal como reconhecido nos precedentes referidos, que ocorrerá se der fixação de residência no Brasil e houver a opção pela nacionalidade brasileira.

Nesse contexto, afigura-se razoável sustentar a legitimidade de registro provisório na repartição consular, de que trata a Lei de Registros Públicos (art. 32, § 2º, primeira parte), também no caso de filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascido no exterior, ainda que o beneficiário continuasse a residir no exterior.

A controvérsia e perplexidade instauradas pela ECR nº 3/1994 serão superadas com a promulgação da Emenda Constitucional resultante da PEC 272/2000 do Senado Federal (Emenda Lúcio Alcântara), aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados no dia 14.08.2007, em segundo turno. É que, nos termos da nova redação

¹⁰ RE 415.957/RS, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 16.09.2005.

¹¹ AC-QO 70/RS, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 12.03.2004; RE 418.096/RS, Relator Carlos Velloso, DJ 22.04.2005; RE 415.957/RS, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 16.09.2005.

¹² AC-QO 70/RS, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 12.03.2004.

do art. 12, I, c, são brasileiros natos “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira”.¹³

Restabelece-se, assim, de forma expressa, a possibilidade de registro em Repartição Consular competente, do filho de brasileiro nascido no exterior, reinstituindo um modelo procedimental fundamental para dar consistência ao sistema *jus sanguinis* consagrado na teoria do Direito Constitucional basilar.

2.3. Brasileiros Naturalizados

São brasileiros naturalizados aqueles que venham a adquirir a nacionalidade brasileira, na forma prevista em lei.

Dos originários de países de língua portuguesa, exige-se apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral (CF, art. 12, II, a).

Os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes no Brasil há mais de quinze anos, ininterruptos e sem condenação criminal, poderão também requerer a nacionalidade brasileira (CF, art. 12, II, b).

Nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.815/ 80, art. 112), exige-se dos demais estrangeiros quatro anos de residência no Brasil, idoneidade, boa saúde e domínio do idioma. O prazo de residência no Brasil pode ser reduzido para um ano se o naturalizando tiver filho ou cônjuge brasileiro, for filho de brasileiro ou houver prestado ou poder prestar serviços relevantes ao Brasil, a juízo do Ministro da Justiça (Lei nº 6.815/80, art. 113).

2.4. Distinção entre Brasileiro Nato e Naturalizado

A Constituição proíbe que se estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos nela previstos (CF, art. 12, § 2º).

Nos termos da Constituição, são privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, de Presidente da Câmara dos Deputados,

¹³ O Plenário da Câmara dos Deputados aprovou no dia 14.08.2007, em segundo turno, a PEC 272/00, do Senado Federal, que dá nova redação ao art. 12, I, c, da CF/88, e permite o registro de filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira em repartição consular para que possam receber a nacionalidade. A PEC mantém no texto a possibilidade de opção pela nacionalidade quando a pessoa vier a residir no Brasil, mas retira a obrigatoriedade dessa condição, permitindo que as crianças nascidas no exterior possam ser registradas nos consulados e embaixadas, sem a necessidade de seus pais voltarem ao Brasil para pedir esse registro. Eis o teor da EC: PEC 272-A/2000 – “Art. 1º. A alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 12.....”
“I -”
c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.” (NR) “.....”
Art 2º. É incluído o art. 77 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com a seguinte redação: “Art. 77. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente, ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.” (Acréscimo)

de Presidente do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das Forças Armadas e de Ministro de Estado da Defesa.

Por compreensão ampliada, a proibição estende-se aos eventuais substitutos dos titulares dos cargos para os quais se prevê.

Ademais, a garantia de não-extraditabilidade aplica-se tão-somente ao brasileiro nato. O brasileiro naturalizado poderá ser extraditado por crime praticado antes da extradição ou, na forma da lei, no caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, por crimes praticados após a naturalização (CF, art. 5º, LI).

2.5. Perda da Nacionalidade Brasileira

A perda da nacionalidade poderá atingir tanto o brasileiro nato, como o brasileiro naturalizado, na hipótese de aquisição de outra nacionalidade, por naturalização voluntária. Nesse caso, o ato do Presidente da República que declara a perda da nacionalidade brasileira é meramente declaratório. A perda se deu com a própria naturalização¹⁴.

Assinale-se, porém, que a perda da nacionalidade brasileira em razão da obtenção de outra há de decorrer de uma conduta ativa e específica, não podendo decorrer de simples reconhecimento da nacionalidade pela lei estrangeira (CF, art. 12, § 4º, II, a).

Veja-se em Rezek a descrição de situações possíveis:

“Se, ao contrair matrimônio com um francês, uma brasileira é informada de que se lhe concede a nacionalidade francesa em razão do matrimônio, a menos que, dentro de certo prazo, compareça ela ante o juízo competente para, de modo expresse, recusar o benefício, sua inércia não importa naturalização voluntária. Não terá havido, de sua parte, conduta específica visando à obtenção de outro vínculo pátrio, uma vez que o desejo de contrair matrimônio é, por natureza, estranho à questão da nacionalidade. Nem se poderá imputar procedimento ativo a quem não mais fez que calar. Outra seria a situação se, consumado o matrimônio, a autoridade estrangeira oferecesse, nos termos da lei, à nubente brasileira a nacionalidade do marido, mediante simples declaração de vontade, de pronto reduzida a termo. Aqui teríamos autêntica naturalização voluntária, resultante do procedimento específico – visto que o benefício não configurou efeito automático do matrimônio –, e de conduta ativa, ainda que consistente no pronunciar de uma palavra de aquiescência”¹⁵.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994, introduziu significativa alteração no art. 12, § 4º, II, b, ao estabelecer que não ocorrerá a perda da nacionalidade brasileira no caso de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro como condição para permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

O brasileiro naturalizado poderá perder a nacionalidade em razão do exercício de atividade contrária ao interesse nacional (CF, art. 12, § 4º, I), que, todavia, somente poderá ocorrer mediante decisão judicial com trânsito em julgado.

¹⁴ Cf. REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 189.

¹⁵ REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 189-190.

3. O ESTATUTO DE IGUALDADE ENTRE BRASILEIROS E PORTUGUESES

A Constituição estabelece que aos portugueses com residência permanente no Brasil, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes aos brasileiros, ressalvados os casos nela previstos.

A Convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses, firmada em sete de setembro de 1971, foi substituída por novo tratado bilateral, que entrou em vigor em 2001¹⁶.

O Estatuto de Igualdade contempla dois procedimentos básicos: igualdade de direitos e de obrigações civis e igualdade de direitos políticos.

No caso de igualdade de direitos e de obrigações civis, deverá fazer-se o requerimento, dirigido ao Ministro da Justiça, com prova de sua nacionalidade, capacidade civil e admissão no Brasil em caráter permanente. No caso de pretender-se a obtenção dos direitos políticos, deverá fazer-se prova do seu gozo em Portugal e da residência no Brasil há pelo menos três anos.

Reconhecida a igualdade plena, poderá o beneficiário votar e ser votado, bem como ser admitido no serviço público. Assinale-se que o titular do estatuto pleno passa a ter deveres como o concernente à obrigatoriedade do voto. Nos termos do tratado, os direitos políticos não podem ser usufruídos no Estado de origem e no Estado de residência. Assim, assegurado esse direito no Estado de residência, ficará ele suspenso no Estado de origem. No que tange aos cargos públicos, o beneficiário português do estatuto pleno poderá ter acesso a todas as funções, excetuadas aquelas conferidas apenas aos brasileiros natos.

Rezek observa que não se pode afirmar que a situação do português admitido no Estatuto de Igualdade seja idêntica à do brasileiro naturalizado. É que, ao contrário do naturalizado, o português beneficiário do Estatuto de Igualdade plena não pode aqui prestar serviço militar, estando submetido à expulsão e à extradição, esta quando requerida pelo Governo português. No caso de necessidade de proteção diplomática no exterior, ela deverá ser prestada por Portugal¹⁷.

O benefício da igualdade será extinto no caso de expulsão ou de perda da nacionalidade portuguesa. Caso se verifique a perda de direitos políticos em Portugal, haverá igualmente a perda desses direitos no Brasil, fazendo com que o titular do estatuto pleno passe a deter apenas a igualdade civil.

4. REGIME JURÍDICO DO ESTRANGEIRO

4.1. Considerações Preliminares

O estrangeiro pode estar no Brasil em caráter permanente, com propósito de fixação de residência definitiva ou em caráter temporário. Independentemente do seu *status* ou do propósito de viagem, reconhece-se ao estrangeiro o direito às garantias básicas

¹⁶ O Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001, promulgou o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro, em 22 de abril de 2000, e entrou em vigor em 5 de setembro de 2001.

¹⁷ REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 191-192.

da pessoa humana: vida, integridade física, direito de petição, direito de proteção judicial efetiva, dentre outros.

A disciplina sobre emigração e imigração, entrada, extradição, e expulsão de estrangeiro é da competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, XV).

Em geral, reconhece-se ao estrangeiro o gozo dos direitos civis, com exceção do direito a trabalho remunerado, que se reconhece apenas ao estrangeiro residente¹⁸.

A aquisição de imóvel por estrangeiros é assegurada, ainda que com algumas condições, até mesmo nas faixas de fronteiras (CF, art. 190).

O direito de pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente pode ser concedido a brasileiros ou à empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País (CF, art. 176, § 1º).

O estrangeiro não poderá ser proprietário de empresa de radiodifusão sonora de sons e imagens, que constitui privilégio de brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos (CF, art. 222) ou de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País (EC nº 36/2006).

Reconhece-se ao estrangeiro também o direito de adoção, nos termos de lei específica (CF, art. 225, § 5º).

O investimento de estrangeiro no País, bem como a remessa de lucros das atividades econômicas aqui exercidas, não de ser regulados em lei (CF, art. 172).

Os estrangeiros não dispõem de direitos políticos, não podendo votar ou ser eleitos para cargos políticos. Não podem exercer outros direitos de cidadania como a propositura de ação popular e a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular.

O exercício de cargo público configurava, em princípio, prerrogativa do brasileiro. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, permitiu admissão de estrangeiros no serviço público nos termos previstos em lei, especialmente nas instituições universitárias de ensino e pesquisa (CF, arts. 37, I e 207, § 1º).

4.2. Exclusão do Estrangeiro por Iniciativa Local

O estrangeiro poderá ser excluído do território nacional em razão de:

- a) deportação;
- b) expulsão; ou
- c) extradição.

A deportação configura forma de exclusão do território nacional do estrangeiro que nele entrou de forma irregular (entrada clandestina) ou cuja permanência se tornou irregular em razão de excesso de prazo ou de exercício de trabalho remunerado pelo turista.

A medida é de caráter administrativo e não impede que o estrangeiro, desde que satisfeitas as condições regulares, volte a entrar no País.

Não se confunde a deportação com o impedimento de entrada no País do estrangeiro

¹⁸ REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 186.

que não reúne as condições formais básicas para essa finalidade (v.g., visto, ou passaporte válido)¹⁹.

A expulsão pode incidir sobre o estrangeiro que tenha sofrido condenação criminal no Brasil ou “cujo procedimento se torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (Lei nº 6.815/80, art. 65). A expulsão pressupõe um devido processo legal (inquérito) no âmbito do Ministério da Justiça, no qual se há de assegurar o direito de defesa²⁰. A expulsão se efetiva com a edição de decreto presidencial.

A Súmula nº 1 do Supremo Tribunal Federal consagra ser “vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”.

Embora a expulsão seja uma medida mais grave, observa Rezek que ambas – deportação e expulsão – concedem ao governo uma ampla discricionariedade quanto à efetivação das medidas. O governo não está obrigado a deportar ou a expulsar²¹.

Diferentemente da deportação ou da expulsão, a extradição é a entrega por um Estado a outro, a requerimento deste, de pessoa que nele deva responder a processo penal ou cumprir pena²².

A Constituição veda expressamente a extradição de brasileiro nato e admite a do brasileiro naturalizado em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (CF, art. 5º, LI)²³.

Proíbe-se, igualmente, a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (CF, art. 5º, LII). Não raras vezes, a classificação do crime como político dá ensejo a polêmicas, tendo em vista as situações fronteiriças existentes²⁴.

O Supremo Tribunal Federal não admite, ainda, a extradição, se houver a possibilidade de aplicação das penas de morte e de prisão perpétua, proibidas pela ordem constitucional brasileira (CF, art. XLVII, a e b)²⁵.

A Súmula nº 421 do STF explicita que “*não impede a extradição a circunstância de ser o extraditado casado com brasileira ou ter filho brasileiro*”²⁶.

A extradição lastreia-se em tratado internacional bilateral no qual se estabelecem as condições que devem ser observadas para a entrega de eventual extraditando.

¹⁹ REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 195-196.

²⁰ HC 73.940/SP, Relator Maurício Corrêa, DJ 29.11.1996.

²¹ REZEK. *Direito Internacional Público*, cit. p. 196; HC 82.893/SP, Relator Cezar Peluso, DJ 8.04.2005.

²² Cf. nesta obra, o item *Da não extradição de brasileiro e da não extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião* no Capítulo nº IV – *Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo*.

²³ Ext-QO 934/URU, Relator Eros Grau, DJ 12.11.2004; Ext 690/ITA, Relator Néri da Silveira, DJ 20.03.1998.

²⁴ Sobre crime político cf. nesta obra o item *Não extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião* no Capítulo nº IV – *Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo*.

²⁵ Ext 744/BUL, Relator Celso de Mello, DJ 18.02.2000; Ext 994/EUA, Relator Carlos Brito, DJ 17.02.2006.

²⁶ A Súmula nº 421 foi aprovada em sessão plenária de 1º de junho de 1964, com precedentes no HC 36.744, Relator Candido Motta, DJ 5.09.1960, RTJ 10/211 e na Ext. 228, Relator Gonçalves de Oliveira, DJ 9.05.1963, RTJ 10/211.

Na ausência de tratado, é possível que se proceda à extradição mediante promessa de reciprocidade, que consiste na afirmação de pedidos semelhantes em sentido inverso, e que terão idêntico tratamento. Diferentemente do que ocorre com o tratado de extradição, a promessa de reciprocidade poderá ser rejeitada *in limine* pelo governo brasileiro.

Registre-se, ainda, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal tem negado pedido de extradição, com base em promessa de reciprocidade, em relação a brasileiro naturalizado, em razão de crime praticado antes da naturalização, por verificar que o Estado requerente está impedido de satisfazer o compromisso em virtude de a ordem constitucional local vedar a extradição de nacional naturalizado ou não²⁷.

Da mesma forma, tem-se como inadmissível a concessão de extradição para Estado que poderá submeter o extraditando a Tribunal de exceção²⁸.

No célebre caso de Ovídio Lefèbvre, advogado acusado de ter subornado ministros e outros funcionários italianos, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que a Corte Constitucional italiana, a despeito de não compor a estrutura judiciária italiana, não poderia ser considerada Tribunal de exceção²⁹.

O exame da legalidade da extradição compete ao Supremo Tribunal Federal, que somente dá curso ao processo após a decretação da prisão preventiva do extraditando (RI/STF, arts. 207 e 208)³⁰.

Nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.815/80, art. 77)³¹, a extradição se refere a crime de alguma gravidade, não submetido à jurisdição brasileira, ainda não prescrito pelas legislações do país requerente e do Brasil. Rezek observa que a exigência de que se demonstre que o fato constitui crime segundo o direito do Estado

²⁷ Ext-QO 1.010/RFA, Relator Joaquim Barbosa, julgado em 24.05.2006.

²⁸ Ext. 232/CUBA-Segunda, Relator Victor Nunes Leal, DJ 14.12.62; Ext 524/PAR, Relator Celso de Mello, DJ 8.03.1991.

²⁹ Ext 347/ITA, Relator Djaci Falcão, DJ 9.06.1978.

³⁰ “Art. 207. Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente. Art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal.” Cf. também Lei nº 6.815/80, art. 84.

³¹ “Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII - o fato constituir crime político; e

VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

requerente tem a virtude de ressaltar que a extradição pressupõe processo penal, não se prestando à migração de acusado em processo administrativo, de contribuinte relapso ou de alimentante omissivo³².

Afirma-se na doutrina – e sobre isso é pacífica a jurisprudência – que o procedimento adotado pela legislação brasileira quanto ao processo de extradição é o da chamada contenciosidade limitada (sistema belga), que não contempla a discussão sobre o mérito da acusação. A defesa há de ater-se, portanto, aos pressupostos formais previstos na legislação³³.

Questão delicada diz respeito à possibilidade de se fazer a entrega do acusado por variantes que buscam contornar o devido processo legal extradicional.

Rezek destaca que os arts. 63 e 75, da Lei nº 6.815/80, proíbem a deportação ou a extradição sempre que semelhantes medidas implicarem extradição não aceita pela lei brasileira.

Essa orientação foi aplicada no caso do cidadão britânico Ronald Biggs, que, preso por determinação do Ministro da Justiça, impetrou *habeas corpus*, no antigo Tribunal Federal de Recursos, alegando que não poderia ser expulso, em razão da iminência de se tornar pai de uma criança brasileira. Sustentou ser incabível, igualmente, a sua deportação, uma vez que acabaria por configurar uma “*extradição inadmitida pela lei brasileira*”. Embora o Tribunal Federal de Recursos tenha mantido a ordem de prisão, houve por bem determinar que o paciente não fosse deportado para a Grã-Bretanha ou para qualquer outro país do qual aquele pudesse obter a extradição pretendida³⁴.

A necessidade de que, nos pleitos extradicionais, o Governo requerente da extradição assegure ao extraditando o devido processo legal e o respeito aos direitos fundamentais, foi amplamente discutida no julgamento da Ext. Nº 986/Bolívia.³⁵

Durante julgamento de pedido de extradição do Governo da Bolívia, em assentada de 31.05.2007, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos para analisar alguns acontecimentos que se verificavam na Bolívia naquele momento, envolvendo o Poder Judiciário daquele país e que, em tese, poderiam ensejar o indeferimento do pleito.

O julgamento foi concluído em 15.08.2007, com o deferimento do pedido extradicional, tendo em vista terem sido superadas as dificuldades por que passava o Judiciário boliviano.

Ressaltou-se a necessidade de aplicação do princípio do devido processo legal, que possui um âmbito de proteção alargado, e que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

³² REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, cit. p. 202/203.

³³ Ext 774/ITA, Relatora Ellen Gracie, DJ 14.12.2001; Ext 797/ITA, Relator Sepúlveda Pertence, DJ 15.12.2000; Ext 917/FRA, Relator Celso de Mello, DJ de 11.11.2005.

³⁴ HC 3.345, de 20.06.1974; cf. também REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, cit. p. 212/213.

³⁵ Ext. Nº 986/BOLÍVIA, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 15.08.2007.

Firmou-se, naquela oportunidade, o entendimento de que seja reiterada orientação estrita no que concerne à concessão de qualquer pleito extradicional, quando houver, no país requerente, ameaça de violação aos direitos fundamentais do extraditando, especialmente a falta de garantia de um julgamento que observe rigorosamente os parâmetros do devido processo legal.³⁶

4.3 Asilo Político

O asilo político constitui a admissão pelo Estado de estrangeiro perseguido em seu país de origem por razões ligadas a questões políticas, delitos de opinião ou crimes concernentes à segurança do Estado ou outros atos que não configurem quebra do direito penal comum.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou a concessão de asilo político como princípio basilar nas relações internacionais do país (art. 4º, X).

O asilo político é, por definição, um asilo territorial, e poderá ser concedido àquele que, cruzando fronteira, coloca-se sob a soberania de outro Estado³⁷.

É da essência do instituto do asilo político, “quer em sua prática consuetudinária, quer em sua disciplina convencional, a natureza eminentemente tutelar, pois tem por objetivo dispensar proteção efetiva à pessoa refugiada, preservando-a do arbítrio, da perseguição e da violência de natureza política”³⁸.

Embora não haja uma obrigação internacional de concessão de asilo, parece que entre nós, tendo em vista a expressa decisão constitucional, ele assume caráter de direito subjetivo do estrangeiro, e como tal há de ser tratado. A sua recusa somente poderá ocorrer nas hipóteses em que não se configure a situação prevista, sujeito o seu reconhecimento a controle pelo Judiciário.

O asilo diplomático – aquele em que a pessoa busca abrigo em uma representação diplomática estrangeira sediada no País – é uma forma provisória de asilo político praticado na América Latina. A maioria dos países não o aceita, embora haja precedentes históricos relevantes também em alguns países da Europa.

O asilo político não impede, em princípio, a extradição, se ocorrentes os pressupostos para seu deferimento.

A existência de possível vínculo entre os institutos do asilo político e da extradição já foi tema de debate na Extradição nº 232 - segunda, da relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, que ressaltou na ementa do referido julgado:

“1) A situação revolucionária de Cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com ressalva

³⁶ Sobre a necessidade da observância rigorosa dos parâmetros do devido processo legal, cf. Ext. nº 232/ CUBA-Segunda, Relator Min. Victor Nunes Leal, DJ 14.12.1962; Ext. 347/Itália, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 9.06.1978; Ext. 524/Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.03.1991; Ext. 633/República Popular da China, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.04.2001; Ext. 811/Peru, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.02.2003; Ext. 897/ República Tcheca, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.09.2004; Ext. 953/Alemanha, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 11.11.2005; Ext. 977/Portugal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.2005; Ext. 1008/Colômbia, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11.05.2006; Ext. 1067/Alemanha, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.06.2007.

³⁷ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, cit. p. 215.

³⁸ Ext. 524/PAR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.03.1991.

de se não aplicar a pena de morte. 2) Tradição liberal da América Latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3) Falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. 4) A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal e não pelo governo. 5) Conceituação de crime político proposta pela Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro por incumbência da IV Reunião do conselho interamericano de jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo 'atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra', ainda que 'executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes'.”³⁹

Na Ext. nº 524, da relatoria do Min. Celso de Mello, a questão foi novamente discutida:

*“ (...) Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política dirfarçada”.*⁴⁰

Assim, afigura-se evidente que, excetuada a configuração de situação que obsta ou impede a extradição – crime político ou de opinião ou a impossibilidade de julgamento por juiz natural – a concessão do asilo não implica inextraditabilidade.

4.4. A Situação de Refugiado

De acordo com a Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado, de 1951, um refugiado é uma pessoa que *“receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país(...)”*

Fenômenos como as situações de guerra ou de graves perturbações internacionais acabaram por determinar o surgimento de normas internacionais de proteção aos refugiados, acabando por dar ao instituto do refúgio um caráter mais amplo que aquele do asilo.

Entre nós, o Comitê Nacional para os Refugiados-CONARE, criado pela Lei nº 9.474, de 22.07.1997, é o órgão competente para conduzir e decidir o processo administrativo de pedido de refúgio, determinar a perda da condição de refugiado, bem como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência

³⁹ Ext. 232/CUBA-Segunda, Relator Victor Nunes Leal, DJ 14.12.62.

⁴⁰ Ext. nº 524/PAR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.03.1991.

e apoio jurídico ao refugiado (arts. 11 e 12). A decisão do Ministro da Justiça que resolve recurso da decisão negativa do refúgio será irrecorrível⁴¹.

Sobre a existência de vínculo entre os institutos do asilo político e da extradição, o art. 33 da referida Lei nº 9.474 dispõe que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.”

Ao analisar as normas internacionais sobre refugiados, Guido Soares constata “a face verdadeiramente intrusiva” das normas contidas na Convenção de 1951 e em seu Protocolo de 1967, cujos princípios foram internalizados pela Lei nº 9.474/97. Ressalta que referidas normas, ao obrigarem os Estados a conferir direitos especiais aos refugiados nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, instituindo regime jurídico claramente diferenciado daquele conferido aos estrangeiros com residência permanente ou que postulam um visto de entrada, dão um bom exemplo daquilo que se tem denominado de *globalização vertical*.⁴²

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, pela primeira vez, no julgamento da Ext. nº 1.008/Colômbia, pedido de extradição onde houve a concessão superveniente, por parte do CONARE, do “status” de refugiado ao extraditando.⁴³

Com base no disposto no art. 33 da Lei nº 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, o Tribunal, por maioria, não conheceu de pedido extradicional formulado pela República da Colômbia, de nacional colombiano, e, julgando extinto o processo, determinou a expedição de alvará de soltura em seu favor (Lei nº 9.474/97: “Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.”).

Cabe perguntar se não se haveria de adotar, no caso analisado pela Corte, a mesma interpretação dada nos casos de asilo político, no sentido da independência das instâncias executiva e judiciária, e da manutenção da competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar os pleitos extradicionais solicitados por Estados estrangeiros.

De toda maneira, viu-se respeitado o Estatuto dos Refugiados de 1951, quando a Corte prestou a devida proteção jurídica ao extraditando, em consonância com o objeto de diversas resoluções da Assembleia-Geral da ONU, que declaram os direitos humanos como direito fundamental, aqui incluídos os dos refugiados, e procura criar mecanismos eficazes aptos a garantir sua observância.

⁴¹ Ext-ED 785/MEX, Relator Carlos Velloso, DJ 20.06.2003; Lei nº 9.474, art. 31.

⁴² Soares, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público, Vol I*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 399.

⁴³ Ext. nº 1.008/COLÔMBIA, Red. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 21.03.2007.