UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL

NADJA PONTE NOGUEIRA

EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO: REPENSANDO UM INSTITUTO ANTIGO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

PROFESSOR ORIENTADOR: PROF. TITULAR GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

São Paulo

2020

NADJA PONTE NOGUEIRA

EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO: REPENSANDO UM INSTITUTO ANTIGO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (área de concentração Direito Internacional e Comparado), sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Mônaco.

São Paulo
2020

NADJA PONTE NOGUEIRA

EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO: REPENSANDO UM INSTITUTO ANTIGO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de são Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (área de concentração Direito Internacional e Comparado), sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Mônaco.

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O foco da presente dissertação é ponderar sobre a proporcionalidade da expulsão enquanto resposta estatal à conduta criminosa de estrangeiros. Analisou-se a medida administrativa sobre a ótica da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, especificamente no que concerne as três etapas do teste de proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, estudou-se tanto a coerência jurídica como a eficiência da medida de expulsão para alcançar seus fins propostos.

Para efeito de contextualização, o dispositivo legal em vigor (art. 54 e seguintes da Lei n° 13.445 de 2017, conhecida como Lei de Migração) foi comparado suas versões anteriores. Tanto a prevista no Estatuto do Estrangeiro (art. 65 e seguintes da Lei n° 6.815 de 1980) como as demais normas historicamente aplicadas para promover expulsões.

Concluiu-se que a expulsão de estrangeiro em vigor, conforme prevista na Lei de Migração, desviou-se do raciocínio jurídico que justificava a existência de suas versões anteriores, de maneira que está mais próxima de ser uma consequência jurídica acessória de uma condenação penal, que uma medida administrativa.

PALAVRAS CHAVE: Expulsão de Estrangeiro, Lei de Migração, Estatuto do Estrangeiro, Dever de Proporcionalidade, Condição Jurídica do Estrangeiro.

ABSTRACT

The focus of this dissertation is to analyze the proportionality of deporting as a state response to the criminal conduct of foreigners. The administrative measure was studied through the perspective of Robert Alexy's theory of fundamental rights, specifically regarding the three steps of the proportionality test: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Thus, both legal coherence and the efficiency of the expulsion measure to achieve its proposed ends were studied.

In order to contextualize the analyses of the legal provision in force (art. 54 et seq. Of Law No. 13,445 of 2017, known as the Migration Law), it was compared to its previous versions. Both the provisions of the "Estatuto do Estrangeiro" (art. 65 et seq. from Law n° 6.815, of 1980) and the other provisions historically applied to promote expulsions.

It was concluded that the deportation due to criminal conviction, as provided for in the Migration Law, deviates from the legal reasoning that justified its previous versions, so that it is closer to being an accessory legal consequence of a criminal conviction than an administrative measure.

KEYWORDS: Expulsion of Alien, Deportation for criminal offense, Migration Law, Duty of Proportionality.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ponte Nogueira, Nadja
Expulsão de estrangeiro: Repensando um Instituto Antigo ; Nadja Ponte Nogueira ; orientador GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO -- São Paulo, 2020.
131
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Expulsão de Estrangeiro. 2. Dever de Proporcionalidade. 3. Condição Jurídica do Estrangeiro. 4. Direito Internacional Privado. I. FERRAZ DE CAMPOS MONACO, GUSTAVO , orient. II. Título.

Ativar o Windo
Acesse Configuraçõe

SUMÁRIO

RESUMO 4

ABSTRACT 5

SUMÁRIO 7

INTRODUÇÃO 9

A. O objeto de estudo. 9

B. Metodologia 11

C. Dever de Proporcionalidade. 13

D. Proporcionalidade e argumentação. 14

E. Definição de Expulsão de Estrangeiro. 16

F. Estrutura da análise. 24

Capítulo 1 - ADEQUAÇÃO DA MEDIDA DE EXPULSÃO 26

1.1 Definição de Adequação. 26

1.2 Legitimidade dos fins e meios da medida de expulsão. 30

1.2.1 Motivação é pressuposto de validade. 32

1.2.2 Os fins esperados com a expulsão. 33

1.2.3 Motivos para não expulsar. 41

1.2.4 Avaliação da legitimidade dos fins e dos meios. 44

1.3 O papel da Soberania na expulsão de estrangeiros. 46

1.4 A Adequação na Medida de Expulsão. 50

Capítulo 2 – NECESSIDADE DA MEDIDA DE EXPULSÃO. 56

2.1 Definição de necessidade. 56

2.2 Meios igualmente adequados. 59

2.2.1 Direito Penal como meio para a manutenção da ordem pública e da segurança nacional. 61

2.2.2 A aplicação de sanções penais e a deportação por crime nos Estados Unidos da América. 67

2.3 A Sobreposição entre Sanções Penais e Administrativas no Brasil. 72

2.4 Os usos da expulsão de estrangeiro na História do Brasil. 75

2.5 A expulsão de estrangeiro e a ameaça terrorista. 91

2.6 A necessidade da Medida de Expulsão. 96

Capítulo 3 - PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. 99

3.1 Definição de Proporcionalidade em sentido estrito. 99

3.2 Sopesamento conforme proposto por Alexy. 104

3.3 Proporcionalidade em sentido estrito da medida de expulsão. 109

3.4 Como avaliar a periculosidade de um indivíduo para fins de expulsão. 114

CONCLUSÃO 118

A. Quanto a aplicação da prova de proporcionalidade à expulsão de estrangeiro. . 118

B. Como a expulsão de estrangeiro poderia ser mais proporcional. 123

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. 126

INTRODUÇÃO

A. O OBJETO DE ESTUDO.

Este trabalho surgiu da curiosidade de ponderar sobre a expulsão.

É uma medida administrativa que possui efeitos pesados e duradouros. Trata-se de uma restrição de liberdade: o expulso pode ir para qualquer lugar, menos o território de onde foi expulso. Suponha um indivíduo que morou por um período no Brasil e que, mesmo sem constituir família, seu apartamento, seu círculo social e vida profissional estão aqui. O que fazer depois de ser expulso?

Uma outra razão para estudá-la é que é recentemente foi modificada por meio da Lei n° 13.445 de 2017, conhecida como Lei de Migração, a qual expressamente revogou a Lei 6.815 de 1980, o Estatuto do Estrangeiro[1]. Este foi promulgado durante o Regime Militar e vigeu por trinta e sete anos e foi acolhido pela Constituição Federal de 1988.

Contudo a expulsão de estrangeiro perde o holofote para assuntos mais polêmicos.

Supõe-se que uma das razões pelas quais se discute pouco a expulsão de estrangeiro é porque não há muitos dados disponíveis sobre ela ou mesmo jurisprudência.

É competência do Ministro da Justiça emitir os decretos de expulsão após a conclusão do Inquérito de Expulsão. Porém, o Ministério da Justiça, disponibiliza as informações de forma fragmentada e sem regularidade.

Sabe-se, por exemplo, que, em 2014, 223 (duzentas e vinte e três) Portarias de Expulsão foram publicadas[2] e que 40 (quarenta) Inquéritos de Expulsão foram instaurados; já em 2017, o número de Inquéritos de Expulsão instaurados passou para 375 (trezentas e setenta e cinco)[3]. Porém, não se encontrou publicações de outros anos. Observa-se que houve um aumento no número de instaurações de Inquéritos, mas não há como estabelecer em que momento isso

---

[1] BRASIL. Lei de Migração, Lei n° 13.445, de 24 de maio de 2017. "*Art. 124. Revogam-se: I - a Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949; e II - a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro)*".

[2] Ministério da Justiça e Segurança Pública. **MJ divulga balanço sobre processos de expulsão de estrangeiros em 2014.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulga-balanco-sobre-processos-de-expulsao-de-estrangeiros-em-2014>. Acesso em: 10 nov. 2019.

[3] Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Brasil determinou expulsão de 375 criminosos no ano passado**. 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/brasil-determinou-expulsao-de-375-criminosos-no-ano-passado>.

aconteceu e, portanto, o porquê; ou mesmo se existe uma razão endêmica, uma operação policial específica, ou se são efeitos da nova Lei.

Contraditoriamente, o Ministério da Justiça publica um trabalho esmiuçado sobre a integração laboral dos estrangeiros que vem ao Brasil por meio da Coordenação-Geral de Imigração Laboral. Esta, por sua vez, criou o Portal de Imigração Laboral[4]. Trata-se de um sítio onde estrangeiros podem pedir autorização de residência para fins laborais, o qual também analisa tendências de imigração e pedidos de asilo. O trabalho desenvolvido é diligente e funcional. É um tanto incoerente que ele não seja feito para o processo administrativo.

A Polícia Federal age da mesma maneira. Seu portal de informações é detalhado e claro quando se trata da busca de um serviço relacionado a imigração. Porém, nenhum estudo ou dados são publicados em relação à instauração de Inquéritos e ou a expedição de Portarias de Expulsão.

Os casos que chegam até os juristas e pesquisadores são aqueles que, por alguma razão específica, chegam ao Supremo Tribunal Federal. Normalmente, em razão de detenção para execução da medida de expulsão ou para reconsideração de vínculo familiar.

Assim, é difícil ter uma noção do real impacto da expulsão de estrangeiro. Qualquer análise sobre o assunto torna-se especulativa e conceitual. Perguntas de cunho pragmático, que costumam ser essenciais para analisar a eficácia e efetividade de qualquer política pública, não são respondidas.

De uma outra perspectiva, é curioso não se falar de expulsão no Brasil. Basta uma breve pesquisa para perceber que se vive uma transição no padrão de migração no país. Por um lado, recebe-se ondas de imigração dos vizinhos da América Latina. Sejam bolivianos, venezuelanos, colombianos. Muitos deles atravessam a fronteira legalmente na esperança de construir uma nova vida ou, pelo menos, terem um pouco de alívio dos países de onde vieram. Isso para não mencionar os refugiados haitianos e sírios. Tantas pessoas entram no Brasil e se fala tão pouco sobre política imigratória e integração de estrangeiros a população brasileira.

---

[4] Ministério da Justiça e Segurança Pública. **PUBLICAÇÕES DO OBMIGRA.** Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/publicacoes-obmigra/publicacoes-do-obmigra>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Durante o estudo desenvolvido, percebeu-se que falar da história do Brasil é falar de migração. A população é largamente composta de filhos, netos e bisnetos de imigrantes vindos de todos os continentes. A população, de fato, nativa é minoria no país. Durante essa história inteira, a expulsão de estrangeiro estava lá, mas sua existência é pouco destacada.

Falar-se-á, pois, de expulsão de estrangeiro.

B. METODOLOGIA.

Definido o objeto de estudo, é necessária uma metodologia de análise.

A ideia original do trabalho era bem simples: revisar a expulsão de estrangeiro. Congregar bibliografia, brasileira e estrangeira, e sistematizá-la em tópicos. Porém, não pareceu suficiente, pois a mera revisão não permite que um raciocínio seja conduzido dentro de um contexto, que implicações sejam contempladas e que uma conclusão seja extraída.

Era necessário encontrar uma estrutura que abordasse não só a teoria por trás da expulsão, mas também sua história, aspectos práticos e permitisse chegar a uma conclusão.

Veio à mente o trabalho de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais e o dever de proporcionalidade, pois é, em essência, um método de raciocínio para avaliar a conformidade entre norma e realidade.

Há um grande debate na academia sobre a natureza da *proporcionalidade*. Pode ser que seja uma regra, posto que é aplicada por subsunção. Pode ser um princípio, porque ordena a otimização da aplicação de outros princípios[5].

O certo é que é uma peça chave na teoria de direitos fundamentais de Alexy. A *proporcionalidade* é um pressuposto do funcionamento de sua teoria e, sem ela, pouca coisa conseguiria ser colocada em prática[6].

O dever de ser proporcional parte do pressuposto de que se deve aplicar os direitos fundamentais em sua maior e melhor proporção possível, sem descartar um ou outro. O dever

---

[5] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2018. P. 210-211.

[6] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.

de proporcionalidade exige que a aplicação das normas de um determinado ordenamento seja feita de modo a abarcar confortavelmente os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Como bem explica Alexy, a proporcionalidade entra em cena quando um fato é trazido à justiça e espera receber o direito[7].

Paulo Bonavides ensina que a proporcionalidade (a qual chama de princípio) está profundamente relacionada com a maneira como a Constituição é interpretada. Ele diz que a proporcionalidade é o que substitui a hegemonia do princípio da legalidade, o qual deu legitimidade à vários governos ditatoriais. A proporcionalidade é um mandado para o legislador seguir a Constituição e um dever de vigília para os juízes, fazendo com que as leis tenham que ser observadas de forma compatível com a realidade e os mandamentos legais[8].

A razão pela qual a proporcionalidade foi escolhida para guiar o raciocínio do presente trabalho parte desse caráter de colocar no mesmo plano de análise o concreto e o ideal. O dever de ser proporcional é o momento de estabelecer a conexão entre o "dever ser" e o que "é". Trata-se de uma análise de compatibilidade entre o fim (o que se deseja observar) e o meio (o caminho eleito para concretizá-lo).

Seguindo com o raciocínio, é necessário identificar o *fim* e o *meio* antes de tudo. Os fins pretendidos, em tese, são a segurança nacional e a manutenção da ordem pública. O meio, a expulsão de estrangeiro. A tarefa que se tenta cumprir nas próximas páginas é analisar (1) a relação fática entre esses dois (causalidade), (2) se há uma alternativa menos gravosa e (3) se os direitos fundamentais envolvidos estão acomodados da melhor forma possível.

Cada capítulo da presente dissertação começa com a exposição conceitual de cada uma das provas que compõem o dever de proporcionalidade, a análise promovida a partir dos contornos da prova e conclui-se demonstrando o que mudou da expulsão do estrangeiro no Estatuto do Estrangeiro (Lei n° 6.815 de 19 de agosto de 1980, frequentemente chamada nesta dissertação de "Lei Antiga") e a Lei de Migração (Lei n°13.445 de 24 de maio de 2017, apelidada nesta dissertação de "Lei Nova").

---

[7] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.
[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Imprenta: São Paulo, Malheiros, 2015.

Vale destacar que não há pretensão de exaurir o tema, sendo a temática vasta e perpassando várias áreas do direito e outros campos de estudo, como economia, criminologia e planejamento público. Buscou-se encaixar os fatos e a teoria com esmero, porém, este trabalho está longe de abarcar a totalidade do assunto.

C. DEVER DE PROPORCIONALIDADE.

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são igualmente importantes, eles deveriam ser sempre plenamente aplicados. Contudo, surge a questão de qual deles deveria preponderar em um caso concreto onde não é possível aplicar todos em seu máximo potencial. Nessas ocasiões, é preciso buscar uma solução que acomode esses direitos da melhor forma possível.

Em outras palavras, Alexy diz que os princípios são mandados de otimização[9]. Eles são fios condutores de um plano em eterna construção, mas não representam a realidade. Seu conteúdo é abstrato e sua completude também. Já regras descrevem precisamente o que querem ver realizado.

A proporcionalidade não se encaixa em nenhum desses quesitos, pois não pede que algo venha a se tornar realidade ou que seja executado da melhor maneira possível. O dever de proporcionalidade não possui conteúdo por si só. Ela, na verdade, serve para acomodar conceitos e fazer com que consigam coexistir. *Ser proporcional* não é direito fundamental. Ele precisa de contexto para ser aplicado[10].

Dizer que algo é "*proporcional*" equivale a qualificá-lo com base em um referencial. É fazer uma análise. É um mandado para raciocinar. É uma ordem de que a teoria deve preocupar-se com a concretização e de que um ordenamento deve estar em harmonia com a realidade para a qual foi escrito.

[9] ALEXY, op. cit. 85 - 94.
[10] ALEXY, op. cit. 575 – 578.

Humberto Ávila explica em seu livro "Teoria dos Princípios" que a proporcionalidade é um postulado de aplicação, isto é, trata-se de uma ferramenta para a aplicação do Direito[11].

Desse raciocínio, note que dois elementos são necessários para a aplicação da proporcionalidade: um factual e um conceitual. Um fato tem lugar e tem hora; é concreto. Um conceito é um fraseamento lógico. A proporcionalidade lida com a dimensão extrajurídica e sua compatibilidade com os direitos fundamentais incorporados no ordenamento.

É nesse panorama que se insere o presente estudo. A proposta é fazer uma análise da expulsão de estrangeiros em termos de proporcionalidade. O que se pretende analisar é o plano e a execução dessa medida pela administração brasileira.

Tentar-se-á lidar com o assunto de forma imparcial. É, de pronto, uma tarefa impossível. A aplicação do dever de proporcionalidade segundo Alexy é um método frequentemente criticado por valer-se da subjetividade do analista. Mas a sua vantagem é que considera uma mesma relação de três perspectivas diferentes, permitindo uma análise pragmática e jurídica, precisamente o que se buscava como metodologia para analisar a expulsão de estrangeiro.

D. PROPORCIONALIDADE E ARGUMENTAÇÃO.

Como explica Laurentiis, um aspecto interessante do dever de proporcionalidade é que coloca o Estado na posição de demonstrar que seu raciocínio ao parear meio e fim é válido o suficiente para que sua decisão não seja cancelada ou revertida[12]. Normalmente, o indivíduo ou coletivo cujo direito fundamental foi atingido pela escolha do meio demanda que a decisão seja revisada.

A posição do órgão julgador, nesse cenário, é de revisar a qualidade da decisão estatal e aceitar que o Estado decidiu como pôde ou buscar uma solução mais proporcional, que acomode os direitos fundamentais envolvidos.

---

[11] "Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano de objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas". ÁVILA, op. cit. 164.

[12] LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática.** São Paulo: Malheiros, 2017. P. 208-209.

Assim, dado que se trata de uma revisão, não se pode simplesmente reverter a decisão estatal e atribuir indenização sem considerar as circunstâncias da decisão. Existem algumas limitações de análise.

A primeira delas é o que se chama de viés retrospectivo. Trata-se analisar a decisão estatal do passado no futuro, já tendo conhecimento de todos os fatos que sucederam. Revisitar uma decisão feita no passado e reconhecer que foi ruim é fácil, uma vez que já se viveu suas consequências. Porém, à época, pode não ter parecido uma má opção. Dessa perspectiva, é preciso considerar quanta informação havia a disponibilidade sobre o assunto.

Assim sendo, como explica Ávila, o dever de proporcionalidade demanda que o Estado escolha de forma lógica, mesmo que não seja a melhor opção[13].

Antes de explicar a segunda limitação, cumpre fazer um breve comentário sobre falácias lógicas.

Falácias são argumentos doentes. Quando um argumento é construído com base em um raciocínio enfermo, que falta coerência, ele pode ser classificado como uma falácia. É possível perceber uma falácia quando é necessário fazer um salto lógico para aceitar o argumento como válido.

Uma das falácias mais fáceis de se encontrar entre os argumentos expostos por operadores do Direito é a falácia da Nirvana. Consiste em assumir que a melhor proposta possível para resolver um problema não deve ser adotada porque possui falhas. Como ela não resolve o problema por completo sozinha, deveria ser inteiramente descartada.

O erro lógico dessa falácia é acreditar que uma medida apenas tem o condão de resolver um problema endêmico, quando isso é improvável de acontecer. A verdade é que argumentação é caminhar pelo campo do talvez[14]. É lidar com fatos inesperados, imprevisíveis e incontornáveis, que só a vivência humana é capaz de criar. Uma equipe de sociólogos, antropólogos e juristas renomados não é capaz de prever tudo que irá acontecer. Isso quer dizer

[13] ÁVILA, op. cit.
[14] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. P. 02-03.

que por melhor que uma solução pareça ser, ela terá falhas e não resolverá o problema para todos os indivíduos.

Dessa forma, é comum escutar nos corredores de faculdades de Direito que uma medida ou outra solucionará todos os problemas da nação e que não haverá efeitos colaterais, porque tudo será feito conforme uma teoria que faz sentido por si só.

A verdade é que Nirvana não se alcança com medidas humanas, e que devia haver mais foco naquilo que é possível realizar na Terra.

Assim, por vezes um meio eleito para provocar um fim legítimo de fato infere nos direitos fundamentais de um indivíduo ou de um grupo, mas ainda assim é a melhor solução possível. A própria existência da possibilidade de acomodar direitos indica que é possível que um deles seja afetado, mesmo que no mínimo possível.

No presente trabalho, intentou-se aplicar essas duas limitações para revisar a qualidade argumentativa do Estado ao eleger a expulsão como meio para preservar a ordem pública e a segurança nacional.

E. DEFINIÇÃO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO.

Assim, antes de iniciar a análise, cabe definir expulsão de estrangeiro.

A definição clássica de "expulsão de estrangeiro" é simples: trata-se de remover forçosamente do território nacional um indivíduo que não possui a nacionalidade daquele lugar por razões de manutenção da segurança nacional ou ordem pública[15].

Haroldo Valladão define a expulsão como sendo um direito do Estado correspondente ao direito de fiscalizar e impedir a entrada de estrangeiros[16]:

[15] "Expulsão é o processo pelo qual o país expele de seu território estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou em razão de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país de onde foi expulso." DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: parte geral. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2014, 11. ed., rev., atual. e ampl. p. 126.

[16] VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Imprenta: Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, p. 412.

> Pelo primeiro [fiscalizar e impedir a entrada de estrangeiros] o Estado restringe o ingresso de alienígenas indesejáveis e pelo segundo [expulsão] expele os que são nocivos à ordem pública ou à segurança nacional. Terá maior liberdade de ação, naquele caso, de abrir as portas do país a quem nêle deseje entrar do que no último, de impor o afastamento de alguém já recebido e fixado no território.

Definir o mecanismo de expulsão é fácil: o Estado decide que a presença de algum indivíduo não nacional é uma ameaça e expulsa-o. O difícil é esmiuçar todas as situações extraordinárias a que está exposta. O propósito do presente item é apresentar a expulsão: explicar do que se trata e expor como ela está consubstanciada no ordenamento brasileiro.

Primeiramente, **quem**.

Por "estrangeiro", entende-se um indivíduo que está fora do seu Estado de origem, isto é, uma pessoa que se deslocou no espaço até superar as fronteiras do território de onde é nacional[17].

É fácil tornar-se estrangeiro. Em verdade, existe mais espaço onde se é estrangeiro que onde se é nacional. Explicando quem são os nacionais, sabe-se que os demais são estrangeiros.

Segundo CAHALI, a nacionalidade é um vínculo político-jurídico entre um particular e um Estado[18]. É uma fonte de direitos e deveres. O autor também explica que ele é um liame necessário, isto é, todos devem possuir uma nacionalidade.

É curioso destacar como esse vínculo é central para as interações entre sistemas jurídicos. Todos devem ser identificados juridicamente por uma nacionalidade, ao ponto de existirem tratados para evitar a apatridia, isto é, quando alguém não possui uma nacionalidade[19].

A relação entre Estado e indivíduo funciona em torno da separação dos estrangeiros dos nacionais, pois, por mais que ambos sejam titulares de direitos fundamentais[20], normalmente

---

[17] "*A condição de estrangeiro, no plano da nacionalidade, determina-se por exclusão: estrangeiro não é o nacional. Assim, e no dizer de Rodrigo Otávio, a noção de estrangeiro é de ser definida em oposição ao nacional: os nacionais são aqueles indivíduos que as leis respectivas de um certo Estado reconhecem como tais; são estrangeiros todos os demais indivíduos habitando o território deste Estado não compreendidos na definição de nacional, dada por aquelas leis".* CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

[18] CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.

[19] CAHALI, op. cit., p. 2.

[20] Possuem igualdade segundo a Constituição Federal de 1988, no art. 5° caput. "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:" e

existem diferenças em relação a direitos políticos, de permanência e a ocupação de alguns cargos de interesse nacional.

Adiante, CAHALI[21] explica que a nacionalidade cabe ao Estado conceder. Portanto, o Brasil estabelece as normas pelas quais uma pessoa recebe a nacionalidade brasileira, a qual pode ser originária ou adquirida.

Originária é aquela que é concedida ou tem potencial de ser concedida diante das condições do nascimento da pessoa. Assim, um indivíduo pode receber a nacionalidade de seus pais, no que se chama *ius sanguinis*, como uma herança, ou pode receber a nacionalidade do local do seu nascimento, o que se chama de *ius solis*[22].

Já a nacionalidade *adquirida* ocorre quando um indivíduo preenche uma série de requisitos e solicita ao país que lhe conceda a nacionalidade[23], seguindo o procedimento que se chama de naturalização.

Assim, pode parecer óbvio quem é e quem não é nacional, e, portanto, quem está ou não suscetível a expulsão. Podem ser expulsos aqueles que não forem nacionais. Contudo, existem zonas cinzentas, as quais merecem atenção: naturalizados, apátridas, refugiados, os que pediram asilo, agentes diplomáticos, portugueses, senis e incapazes.

Naturalizados são pessoas que possuem nacionalidade adquirida. É de se supor que, por não possuírem nacionalidade original, estariam suscetíveis a expulsão. Porém, não estão.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 12, §2°, que a Lei não poderá criar distinções entre brasileiros natos e naturalizados para além das lá listadas ou autorizadas. E estas estão limitadas a ocupação de alguns cargos de destaque no país e investimentos em áreas de interesse nacional[24]. Dessa forma, o naturalizado não pode ser expulso.

Contudo, persiste a possibilidade, caso ele tenha a naturalização cancelada. Segundo o §4° do art. 12 da Constituição Federal de 1988, uma pessoa pode perder a nacionalidade

---

art. 12, §2°: Art. 12 São brasileiros: § 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

[21] CAHALI, op. cit., p. 2.

[22] DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 47.

[23] Idem.

[24] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

brasileira adquirida por meio de sentença judicial "*em virtude de atividade nociva ao interesse nacional*"[25].

A regra é semelhante para os refugiados. O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951. Segundo o art. 32 desse texto, os refugiados não podem ser expulsos, salvo em situações extremas "*por motivos de segurança nacional ou de ordem pública*"[26].

A Convenção foi incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n° 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Esta discrimina em seu art. 36 que o estrangeiro devidamente registrado como refugiado não pode ser expulso, a não ser em caso de ameaça à segurança nacional e a ordem pública.

A Lei supracitada também toma o cuidado de destacar que o estrangeiro refugiado que tenha sua expulsão decretada não será devolvido para o país do qual especificamente saiu.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou sobre a expulsão de estrangeiro com o estatuto de refugiado para simplificar o processamento de sua expulsão[27]. Segundo o Tribunal, a expulsão de refugiado pura e simplesmente não pode acontecer. É necessário que este perca seu status de refugiado para que, então, o inquérito de expulsão possa ter seguimento.

---

[25] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.

[26] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951, de 28 de julho de 1951. Genebra.

[27] CONSTITUCIONAL. INTERNACIONAL. HABEAS CORPUS. REFUGIADO. EXPULSÃO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS. LEI 9.474/97. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Habeas Corpus contra decreto de expulsão impetrado por estrangeiro que cometeu crime após a concessão de refúgio, sendo condenado por sentença penal transitada em julgado. 2. A jurisprudência do STF e do STJ pacificou o entendimento de que, ao analisar o ato de expulsão, não poderá o Judiciário substituir-se à atuação da chefia do Executivo na avaliação da sua conveniência, necessidade, oportunidade e utilidade, devendo limitar-se à análise do cumprimento formal dos requisitos e à inexistência de óbices à expulsão. 3. A garantia do devido processo legal constitui direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, também encontrando previsão expressa na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e na Lei 9.474/97, pelo que a conclusão de processo administrativo em que seja declarada a perda da condição de refugiado, assegurado o contraditório e a ampla defesa, deve ser reconhecida como limitação ao poder discricionário do Executivo para expulsar um estrangeiro que ostente a condição de refugiado. 4. Hipótese em que a portaria de expulsão foi editada sem que tivesse sido levada em consideração a condição de refugiado do paciente, tendo o próprio impetrado informado estar a medida de expulsão sobrestada, já que "enquanto o interessado detiver o status de refugiado, a expulsão não poderá ser efetivada, sendo condicionada à perda do refúgio, observados o devido processo legal e a ampla defesa" (e-STJ, fl. 58). 5. É nula a portaria de expulsão editada contra refugiado antes de instaurado regular processo administrativo de perda do refúgio, não podendo o ato ter seus efeitos suspensos para ser convalidado por procedimento administrativo posterior. Ordem concedida.

Aqueles que pediram asilo passam pelo mesmo processamento. A diferença entre refugiado e asilado está no que fundamente seu pedido de estadia no Brasil. São circunstâncias diferentes.

Já em relação aos apátridas, sua condição é regida pela Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, a qual foi incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n° 4.246 de 2002[28]. A redação do art. 31, que trata da expulsão, é muito semelhante ao dos refugiados. O texto internacional mais uma vez roga que a expulsão seja efetivada apenas em casos extremos e em nome da segurança pública e da ordem pública.

A única diferença, no caso dos apátridas, é que a Convenção pede zelo em relação ao destino seguinte do estrangeiro. A Convenção pede que o apátrida receba um prazo razoável para receber autorização para entrar no território de outro Estado.

Os portugueses, mesmo aqueles que gozem de um estatuto de privilégio sob o Tratado de Amizade, podem ser expulsos.

A Lei não comenta especificamente sobre a expulsão de senis e incapazes. Via de regra é possível. Uma inovação da Lei de Migração é que, em algumas situações, a Lei abranda o tratamento daqueles que ingressaram no Brasil antes de completar doze anos e que já tenham completado setenta anos de idade e pelo menos dez anos residindo no Brasil. Em outras palavras, não cobra o quesito nacionalidade para que permaneçam no território nacional.

Os agentes diplomáticos não podem ser expulsos. Pede-se ao país de origem deles que os chamem de volta. A razão para isso é que agentes diplomáticos recebem imunidade nos países onde são alocados, isto é, enquanto estiverem a serviço de seu país, não podem ser processados no local em que estejam representando seu Estado. Essas relações são reguladas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

Por fim, nenhuma dessas expulsões pode ser decretada a um grupo de pessoas ligadas por um fator comum, seja ele qual for. A decretação da expulsão deve ser individualizada.

Dessa coleção de cenários, pode-se concluir que, via de regra, qualquer estrangeiro, mesmo que residente há muitos anos em território nacional, pode ser expulso. Como visto,

[28] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Convenção relativa ao estatuto dos Apátridas de 1954. Genebra.

existem exceções, casos de impedimento e situações mais sensíveis. Nas palavras de Jacob Dolinger e de Carmen Tibúrcio, qual analisando a expulsão:

> Este talvez seja o ponto principal que distingue o nacional do estrangeiro: enquanto aquele tem o direito inalienável de permanecer em seu solo pátrio (só os regimes de força ousam banir seus nacionais), o estrangeiro não tem esta garantia, pois o Estado, mesmo depois de tê-lo admitido em seu território em caráter permanente, guarda o direito de expulsá-lo se for considerado perigoso para a boa ordem e a tranquilidade pública[29].

Por fim, vale destacar que a expulsão é uma medida administrativa que só pode ser aplicada ao indivíduo, isto é, não é possível realizar expulsões coletivas. Trata-se de um princípio de direito internacional público[30]. Está previsto no artigo 22, 9, do Pacto de São José da Costa Rica; no artigo 4° do Protocolo n° 4 da Convenção de Europeia de Direitos Humanos. A vedação também está prevista na Lei Atual (Lei de Migração, art. 61).

Resolvido o quem, passa-se ao **quando** e ao **como**.

A expulsão de estrangeiro é atualmente regida pelos arts. 54 a 62 da Lei n° 13.445, de 2017, Lei de Migração. Nesses dispositivos é possível encontrar o básico sobre a tramitação do processo de expulsão.

Primeiro, quando ela começa e termina. A expulsão do estrangeiro em si é a culminação, o clímax, de um processo administrativo. Isso quer dizer que ela faz parte de uma cadeia de eventos que vai desde a instauração do inquérito de expulsão até a extinção do prazo que o estrangeiro expulso recebeu para se colocar fora do território nacional.

---

[29] DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 130.

[30] DOCUMENT A/CN.4/554Preliminary report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur "*24. With regard to collective expulsion, the principle deriving from international law prohibits it, although it is still practised by some States. The question is whether this prohibition is absolute. Despite the brevity of the provisions addressing it, the matter is open to doubt. It might be difficult, for example, to raise this principle to object where a group of nationals of one State jeopardized the safety of, or posed a genuine threat to, a second State in which they were residing and which was engaged in armed conflict with the first State. The Commission must consider whether even in this case it is truly necessary to study the individual situation of each member of such a group if the constituent fact underlying the grounds for expulsion is sufficient to provide a basis for collective expulsion."*

Assim, o processo de expulsão começa com a instauração do Inquérito de Expulsão pela Polícia Federal. Por certo que um evento tem que provocar essa instauração. Segundo o §1°, do art. 54 da Lei de Migração:

> Art. 54. A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.
> § 1º Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de:
> I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002; ou
> II - Crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Pede-se foco nas hipóteses de expulsão presentes na Lei. Observa-se que a redação é bem específica. A expulsão mais parece uma extensão administrativa de um processo penal, seja ele de jurisdição brasileira ou internacional, no caso do Tribunal Penal Internacional.

É válido destacar, desde já, que isso é uma forma diferente de tratar o instituto. A expulsão de estrangeiro é uma medida administrativa comum em ordenamentos de vários países e é assunto tratado em algumas convenções sobre nacionalidade, como explicado acima. Em quase todos esses textos as expressões "ordem pública" e "segurança nacional" são empregadas.

Com isso quer-se atentar para o fato de a expulsão não ter sido originalmente pensada para ser um efeito adicional de uma conduta. Em verdade, ela poderia preceder essa conduta. Tratava-se de um indivíduo cuja presença era qualificada como intolerável, mesmo que sua conduta não fosse condenada especificamente em algum código[31]. É uma reação Estatal a uma presença intolerável.

Porém, o Estatuto de Migração trata a questão de modo diferente. Ela trata da expulsão como uma possibilidade após o trânsito em julgado de uma condenação penal. O que é, no mínimo, peculiar.

Continuando com o relato, a autoridade policial adicionará ao inquérito documentos que possam ajudar o Ministro da Justiça, competente para expedir o decreto de expulsão, a decidir

[31] DOLINGER; TIBURCIO, op. cit. 130 – 133.

sobre a conveniência e oportunidade do ato. Basicamente, devem estar anexos documentos que descrevam a conduta do estrangeiro que incitou a instauração do inquérito e informações sobre sua vida familiar com nacionais brasileiros.

Aqui cabe uma observação quanto a oportunidade de defesa do expulsando. No regime da Lei Antiga, as oportunidades de defesa do expulsando eram limitadas a apontar que um nacional brasileiro teria seu direito fundamental à reunião familiar afetado pela medida de expulsão. Isto é, sua defesa era feita com apelo a proteção de direitos de terceiros: o direito da criança ou do cônjuge de reunião familiar. Tanto que é comum encontrar julgados no Supremo Tribunal Federal relatando a história de indivíduos passíveis de expulsão que concebem filhos junto a um nacional brasileiro para tentar alegar esse direito[32].

Em interpretação às normas aplicáveis, a Justiça fixou o entendimento de que os expulsando teriam de comprovar não só vínculo afetivo, mas dependência econômica.

No regime da Lei atual, é possível supor que um indivíduo em processo de expulsão possa argumentar em favor de um direito seu. Observe o art. 57 da Lei n° 13.445:

> Art. 57. Regulamento disporá sobre condições especiais de autorização de residência para viabilizar medidas de ressocialização a migrante e a visitante em cumprimento de penas aplicadas ou executadas em território nacional.

A Lei hoje contempla a possibilidade de deixar de expulsar com base na possibilidade de ressocialização, isto é, abre-se a possibilidade de manter o estrangeiro no Brasil quando a gravidade dos seus atos é considerada baixa. Nesse cenário, o indivíduo pode argumentar pelo fato de ser primário, de o crime do qual foi condenado ser insignificante, ou que sua conduta não representa uma ameaça à segurança pública.

Isso permite que haja compatibilidade entre a "periculosidade" que o indivíduo apresenta e sua conduta, de maneira que alguém condenado por caluniar outrem em postagens online não receba uma reação estatal igual a alguém condenado por estupro, por exemplo.

---

[32] Acórdãos que tratam sobre a matéria: (HC, SUBSTITUIÇÃO, RHC) HC 109956 (1ªT). (COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, EXPULSÃO) HC 87053 (TP). (EXPULSÃO, GUARDA, DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, PROLE BRASILEIRA) HC 94896 (2ªT). EXPULSÃO, NASCIMENTO, FILHO BRASILEIRO, MOMENTO POSTERIOR, FATO) HC 85203 (TP)

Anteriormente, nada sobre a vida do estrangeiro era anexado ao inquérito. Em trabalho anterior, analisei se havia alguma correlação entre o estrangeiro em processo de expulsão e o instituto da propriedade de imóveis no Brasil para chegar à conclusão de que uma coisa não impede a outra[33]. A administração sequer ficaria ciente da propriedade de um imóvel por estrangeiro. Agora, parece uma evidência em favor de que sua ressocialização é possível.

Concluso o inquérito, este é enviado ao Ministro da Justiça, que decide por decretar ou não a expulsão do estrangeiro.

F. ESTRUTURA DA ANÁLISE.

Cada capítulo segue, basicamente, a mesma estrutura. Começa-se por uma descrição da prova de proporcionalidade que se pretende realizar e de que maneira ela deve ser feita. Em seguida, coleta-se informações e conceitos que possam auxiliar na análise segundo o padrão de revisão proposto. Por fim, pondera-se quanto a compatibilidade entre a expulsão segundo a Lei de Migração e o Estatuto do Estrangeiro e a lógica estabelecida.

Assim, no Capítulo 1, analisa-se a "**adequação**" da expulsão de estrangeiro. A prova é dividida em duas etapas, uma conceitual-jurídica e outra pragmática. Na primeira, deve-se verificar se os fins escolhidos pelo Estado são legítimos, isto é, se possuem valor constitucional. Na segunda, questiona-se se o meio escolhido pelo Estado consegue atingir o fim em algum grau, isto é, se o fim provoca o meio. Para responder a esta prova, estuda-se os fins "ordem pública" e "segurança nacional" para averiguar sua legitimidade e, em seguida, pondera-se se havia alguma possibilidade de a "expulsão de estrangeiro" preservá-los.

No Capítulo 2, aplica-se a prova de "**necessidade**". Trata-se da comparação entre meios igualmente adequados para concluir qual deles interfere menos com os direitos fundamentais do indivíduo. Assim, adota-se que o Direito Penal é igualmente adequado para preservar a ordem pública e a segurança nacional e pondera-se sobre a necessidade de haver duas reações estatais aos mesmos fatos sobre o mesmo indivíduo. No capítulo, também se estuda a compatibilidade entre a legislação e os fins buscados com a expulsão, de modo a demonstrar que a expulsão

[33] NOGUEIRA, Nadja Ponte. Os efeitos da expulsão sobre a propriedade de bens imóveis do estrangeiro expulso. 2016. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

cumpriu um papel diferente da preservação dos fins acima, e de que modo o terrorismo tem moldado o direito penal e as políticas de migração nos Estados Unidos da América e na Europa.

No Capítulo 3 procede-se com a aplicação da prova de "**proporcionalidade em sentido estrito**". Em essência, trata-se de ponderar se, diante do caso concreto, a medida estatal é flexível o suficiente para amoldar-se aos fatos. Em outras palavras, compara-se o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração para determinar quais os mecanismos de individualização cada Lei oferece.

Na Conclusão, ressaltam-se as falhas encontradas nas duas legislações e apontam-se possíveis soluções.

CAPÍTULO 1 - ADEQUAÇÃO DA MEDIDA DE EXPULSÃO

1.1 DEFINIÇÃO DE ADEQUAÇÃO.

A primeira questão a ser respondida na prova de proporcionalidade é a "adequação". Trata-se do estabelecimento de uma relação de causalidade entre o fim e o meio. É olhar para o meio eleito para questionar-se, "ele realmente causa o fim?"

Humberto Ávila[34] e Lucas Laurentiis[35] explicam que o teste de adequação é o mais básico de todos. Pela leitura feita do trabalho dos autores, é possível concluir que a adequação considera apenas a relação causal entre os elementos "meio" e "fim". Em outras palavras, não se trata de uma comparação entre vários meios, mas sim, a constatação da existência de uma relação causa e efeito entre os elementos escolhidos. Essa qualidade é uma das que lhe diferencia das outras provas.

De primeiro relance, parece ser uma pergunta bem simples de se responder. Contudo, em ciências humanas, estabelecer uma relação de causalidade nem sempre é possível.

Voltando-se um pouco para a argumentação, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em sua obra *"Tratado da Argumentação: A Nova Retórica"*, explicam que a argumentação surgiu como a linguagem para se falar quando discutindo ciências humanas[36]. Eles explicam que, em pesquisas feitas pelas ciências exatas, os resultados são "sim" ou "não". Quando um experimento é feito, a hipótese estava certa ou errada, pura e simplesmente. A lógica matemática é, portanto, a linguagem ideal e floresceu durante a era cartesiana (séc. XVIII).

Mas, nas ciências humanas, raramente a resposta é "sim" ou "não". Em verdade, "talvez", "maioria", "provavelmente" e "tendência" são termos mais comuns. Acontece que, para as ciências humanas, como a Sociologia, a Antropologia, o Direito e outras, o número de fatores observáveis é imenso e é impossível reproduzir um fenômeno em perfeito isolamento. Assim, os autores propõem que a Argumentação assume o lugar de linguagem aplicável às ciências humanas. E argumentar nada mais é que buscar o razoável.

---

[34] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2018. P. 210-211.

[35] LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática.** São Paulo: Malheiros, 2017. P. 208-209.

[36] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. P. 02-03.

Aplicando esse raciocínio à "adequação", existem cenários em que o meio escolhido é apenas uma de várias medidas, ou ainda, em que deveria haver uma rede de fatores para alcançar o fim.

Assim, Ávila faz um questionamento em seu livro: "*como deve ser analisada a relação de adequação?*"[37].

Com essa indagação, o autor queria discutir o que se busca, especificamente, quando analisando a conexão entre meio e fim. Trata-se da mera constatação de que há uma relação causal, ou é necessário que essa conexão seja classificada de algum modo?

O autor diz que uma relação de causalidade pode ser classificada por meio de três escalas: abstração/concretude, generalidade/particularidade, antecedência/posteridade. E dentro desse *framework*¸ ele explica seu posicionamento em dois momentos.

Primeiro, diz que "*a medida será adequada se, abstrata e geralmente servir de instrumento para a promoção do fim*".[38] E completa seu raciocínio explicando que "*É imperioso lembrar que o exame da proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos probabilístico e indutivo*".[39]

Segundo, ele relata que "*a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador*[40]."

Sintetizando a opinião do autor e aplicando-a às escalas que apresenta, uma medida será adequada para a promoção do fim quando (i) provavelmente produzir o fim, (ii) produzir o fim, em algum grau, e (iii) coadunar com as informações à disposição do Poder Público no momento em que foi adotada.

De uma primeira perspectiva, pode parecer que a adequação é uma prova muito básica (e até um pouco caricata) no processo de avaliação da proporcionalidade de uma medida estatal. Afinal, dentro do processo que almeja testar a validade argumentativa de uma atitude administrativa em resposta a um problema de natureza empírica, as etapas seguintes têm bem

[37] ÁVILA, op. cit., p. 212.
[38] Ibidem, p. 213.
[39] Idem.
[40] Idem.

mais relevância que o mero estabelecimento de uma relação empírica. O teste basicamente pergunta se o fim é causado pelo meio em alguma medida[41]. Em verdade, em qualquer medida.

Ávila explica que a razão para que o teste seja tão simples é que ele considera as circunstâncias nas quais a autoridade competente teve que tomar a decisão[42].

Considere o seguinte cenário: um dirigente tem que lidar com um determinado problema que surgiu e se desenvolveu rapidamente em sua cidade. Ele não dispõe de meios para compreender as fontes do problema ou como ele é causado, mas precisa tomar alguma atitude. Um bom exemplo disso seria a situação dos moradores de rua. É um problema sério que tem se alastrado pelo Brasil, mas que os dirigentes conhecem muito pouco. Quem são essas pessoas, por que foram para a rua, por que tornam a morar na rua mesmo depois de resgatadas; todas estas questões deveriam ser levadas em conta, mas, ainda assim, medidas são tomadas para resolver essa questão.

Um outro exemplo mais concreto foi o derramamento de petróleo não processado no litoral brasileiro em meados de setembro de 2019. Por um bom tempo, não se sabia muito sobre aquele material. Não se sabia sua origem, como se alastrou pelas praias, mas uma medida precisava ser tomada para contê-lo, e o governo deveria ter tido alguma reação rápida e se planejado a médio prazo[43].

Concluindo, Ávila destaca que a adequação da medida deve ser averiguada conforme o momento em que ela foi adotada. Portanto, o que conta são as informações e os recursos que se possuíam à época[44].

---

[41] "*... Para tanto, não importam a extensão ou a qualidade dos efeitos da medida em relação à finalidade pretendida. Eles podem ser gerais ou específicos, abstratos ou concretos, previsíveis ou improváveis, de duração efêmera ou duradoura. Em todos os casos a medida estatal será adequada*". LAURENTIIS, op. cit., p. 209.

[42] ÁVILA, op. cit., p. 213.

[43] «Igeo indicam correlação entre óleo encontrado nas praias do Nordeste e petróleo venezuelano.». Universidade Federal da Bahia. 10 de outubro de 2019. Consultado em 21 de outubro de 2019

[44] *"Até aqui, é suficiente registrar que a adequação do meio escolhido pelo Poder Público deve ser julgada mediante a consideração das circunstâncias existentes no momento da escolha e de acordo com o modo como contribui para a promoção do fim".* ÁVILA, op. cit., p. 214.

De uma perspectiva mais pragmática, Klatt e Meister explicam em seu trabalho que a prova de "adequação" nada mais é que a aferição se determinada medida seria considerada Eficiente no quesito de Pareto, isto é, se ela seria "*Pareto Efficient*"[45].

Eficiência de Pareto é um referencial utilizado pela economia para avaliar medidas de caráter público. Basicamente, é uma ferramenta lógica para aferir de uma determinada medida causa bem sem causar dano.

Observe o seguinte exemplo: você encontra uma nota de cem reais enquanto caminhava com um amigo na rua. Intuitivamente, imagina-se que seria justo dividir o valor encontrado em partes iguais, isto é, cinquenta reais para cada um. Para a Eficiência de Pareto, qualquer forma que o dinheiro seja repartido será eficiente, mesmo que você fique com os cem reais, pois, mesmo nesse último cenário, seu amigo não sofreu danos. Isto é, houve ganho naquela sociedade enquanto ninguém sofre dano.

Assim, a prova de adequação pode ser analisada do ponto de vista do ganho pragmático que aquela medida efetivamente traz para a sociedade. Isto é, equivale a perguntar-se qual o ganho daquela medida, e se há[46].

Desse raciocínio, questiona-se o quão distante a medida teria que estar de realizar o fim para ser considerada inadequada? O legislador seria mesmo capaz de eleger um meio que não afeta de forma alguma o fim?

Por sorte, ela é apenas a base da prova de proporcionalidade. Se não há conexão entre meio e fim, o meio deve ser de pronto descartado. Afinal, se ficar demonstrado que não há conexão entre o fim e o meio, não há um motivo para analisar o balanço normativo daquela medida. Ela deve ser simplesmente deixada de lado[47]. Ela não possui razão de ser.

---

[45] KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality.** Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 09-10.

[46] A Corte Europeia de Direitos Humanos é conhecida por aplicar o Conceito de Eficiência de Pareto.

[47] "*A questão se agrava quando essa linha de raciocínio é estendida para a análise do teste de adequação. Concebido em termos puramente fáticos e formais, esse último teste simplesmente afere se há alguma relação possível entre meios e fins. Afirmar que tal relação não existe significa dizer que não há qualquer fundamento, seja ele fático ou jurídico, para a intervenção. Negar a adequação da medida significa, portanto, concluir que o conflito jurídico que fundamenta a ação estatal é ilusório. Mas não se sabe como ou porque se pode falar em proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma ilusão. O resultado dessa argumentação seria a exclusão não só da legalidade, mas também da adequação, do interior da proporcionalidade. Ambas poderiam, quando muito, funcionar com critérios prévios, ou de preparação, da prova real, que se limitaria à análise da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio interventivo.*" LAURENTIIS, op. cit., p. 194-195.

Atento a essa questão, Laurentiis sugere, em sua proposta de refinamento da prova de proporcionalidade, que a adequação não deveria centrar-se apenas no estabelecimento da correlação entre meio e fim, mas também na demonstração da legitimidade de ambos. Já que é a primeira barreira a ser superada, ela pode analisar não só a relação dos elementos entre si, mas também se os elementos estão de acordo com o ordenamento jurídico do qual farão parte. Assim, o autor propõe que seja incluído no teste de adequação a análise de legitimidade dos meios e dos fins.

Na mesma linha de raciocínio de Laurentiis estão Klatt e Meister, que consideram essa análise uma prova isolada. Como explicam os autores, na teoria dos direitos fundamentais, só deveriam ser considerados como fins válidos aqueles que estão expressamente ou implicitamente integrados a Constituição. A razão para isso é que frequentemente se confundem "argumentos morais" com "argumentos jurídicos" em tribunais e debates acadêmicos. Assim, os autores explicam que apenas podem ser considerados jurídicos valores convertidos em direitos fundamentais por meio do processo legislativo adequado[48].

A colocação dos autores parece razoável, tendo em vista que os outros testes não se preocupam com essa função. No dever de proporcionalidade existem, objetivamente, duas provas pragmáticas (adequação e necessidade) e uma jurídica (proporcionalidade em sentido estrito) fazendo com que a inclusão de uma verificação da legitimidade dos fins aumente sua validade jurídica.

1.2 LEGITIMIDADE DOS FINS E MEIOS DA MEDIDA DE EXPULSÃO.

Imagine, por um instante, um campo dividido ao meio. Esse campo é a mente do legislador e a linha ao meio separa os espaços ocupados pelas liberdades individuais e pela ordem pública. De um lado, portanto, encontra-se a autonomia volitiva, a liberdade de dispor de suas ações; de outro, o tecido social fiado pelo tempo, pela tradição e pelo Direito. Esta fronteira é o que separa a vontade do indivíduo e a vontade da coletividade.

Acontece que ela é móvel. Ela pode tender para um lado ou para o outro, conforme tendências filosóficas, jurídicas ou sociais vão se alternando em cada sociedade. Em uma

[48] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 15 e 16.

sociedade onde as liberdades individuais são exaltadas, a fronteira move-se de forma a acomodá-las mais confortavelmente. Permite que as pessoas tomem decisões pessoais e profissionais segundo seus interesses, sem interferência do Estado.

Por outro lado, em uma sociedade onde prioriza-se a manutenção da ordem, a mente do legislador é ocupada pela restrição de liberdades, e este acaba por determinar, com mais intensidade, a maneira como se deve viver. Inclui-se aqui normas que priorizam a vontade coletiva e a mentalidade da maioria, ainda que esta seja artificial ou forjada pela ideologia do legislador.

Aplicando esse raciocínio à expulsão, remover forçosamente um estrangeiro se traduz em restringir a liberdade de movimento dele. Pode-se dizer, portanto, que sua liberdade foi restringida. Por outro lado, o tecido social foi mantido e há mais "espaço" para a ordem pública.

Na situação contrária, permitir que uma pessoa não-nacional ofenda a ordem pública e permaneça no país seria favorecer a liberdade individual de estar onde se deseja em detrimento da preservação da ordem pública. Nesse cenário, a liberdade individual, o arbítrio, tem mais "espaço".

Para aprofundar a noção, observa-se as palavras de Ducroquetz[49]:

> Les États légifèrent donc sur l'immigration et la condition des étrangers en prévoyant systématiquement des restrictions aux droits et libertés qui leur sont reconnus. La crainte qu'inspire la présence d'étrangers se reflète dans la prise en compte, par les législations nationales, du danger qu'ils peuvent représenter pour l'ordre, la sécurité, ou encore la santé publique.

O presente item destina-se a analisar o que move essa fronteira de um lado para o outro: o que inspira a expulsão e o que protege o estrangeiro de ser expulso. Em termos objetivos, buscar-se-á analisar os fins que revolvem a expulsão de estrangeiro. Afinal, esta é apenas um meio, com propósitos maiores.

---

[49] DUCROQUETZ, Anne-lise. **L'expulsion des étrangers en droit international et européen.** 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Droit Et Santé, Faculté Des Sciences Juridiques, Politiques Et Sociales, Université de Lille 2, p. 52.

Cabe, ainda, a ressalva de que é logicamente improvável que a mente do legislador seja plenamente ocupada por um lado ou pelo outro. Caso a liberdade reinasse plenamente nas inspirações do legislador, este não demonstraria qualquer esforço em manter a ordem pública de seu Estado. Da mesma forma, havendo apenas espaço para a ordem pública, o caminho estaria livre para decisões arbitrárias em relação a presença de estrangeiros no território nacional, a exemplo do observado durante os regimes ditatoriais experimentados, por exemplo, no Brasil, como será demonstrado.

A expulsão já foi definida no Capítulo Introdutório. Aqui, tratar-se-á dos fins que a expulsão deve (ou deveria) alcançar e, em seguida, avaliar-se-á sua legitimidade.

1.2.1 Motivação é pressuposto de validade.

Antes de adentrar o tema, cabe fazer uma breve ressalva.

Atos estatais devem ser motivados com base em um fim, tanto a decisão de expulsar, como a decisão de não expulsar[50].

> En effet, la décision d'expulsion doit être justifiée par un motif légitime. L'Etat ne doit pas exercer arbitrairement son pouvoir d'expulsion. Usuellement, le souci de préserver l'ordre public et la sécurité nationale ou de mettre fin à la situation irrégulière d'un étranger sont les raisons invoquées pour fonder l'acte d'expulsion. Ces motifs sont généralement prévus par les règles de droit interne.

A presença da hipótese de cabimento na Lei, aliada a motivação verbalizada na decisão, envolve a validade do ato administrativo[51]. No mesmo sentido, Pardi explica que:

> O Estado, ao recorrer à expulsão, é obrigado a invocar os *motivos* utilizados para justificar tal ato odioso. Embora cada Estado, de fato, tenha o direito de determinar as razões para expulsar um estrangeiro de seu território, de acordo com seus próprios critérios, observadas as disposições de direitos humanos aceitas pela comunidade

[50] DUCROQUETZ, op. cit., p. 51.
[51] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p.83.

> internacional, estes *motivos* devem ser explicitados de forma a não configurar uma medida arbitrária[52].

Note que, no vocabulário administrativo, fim e motivo são sinônimos. O impacto disso, e o que se quer destacar, é que atos administrativos só alcançam *validade* quando têm êxito em demonstrar que estão vinculados a um fim legítimo.

1.2.2 Os fins esperados com a expulsão.

Os fins comumente apresentados para expulsar são (1) proteger a ordem pública ou (2) garantir a segurança nacional[53].

Mas o que seriam, afinal, ordem pública e segurança nacional? Aqui tentar-se-á delimitar o significado desses termos.

1.2.2.1 Ordem Pública.

Começando por ordem pública, destaca-se três pontos: (1) é comumente definida como o núcleo de identidade de um Estado; (2) é um conceito que varia conforme o tempo e espaço e (3) há consenso internacional de que a delimitação precisa de seu significado está dentro de uma margem de apreciação nacional.

Uma breve ressalva. Ordem pública é um conceito que afeta todo o Direito, porém, é trabalhado com mais frequência em algumas áreas. No dia-a-dia, é mais fácil trabalhar com normas mais concretas do que com algo tão abstrato como a ordem pública. Assim, normalmente, considerações sobre a violação ou não da ordem pública são mais visíveis em áreas especificadas do direito. Esta observação deve ser feita porque muitas das fontes utilizadas para contornar a ordem pública vêm de outras áreas do direito que não o direito administrativo, que lida diretamente com o direito de expulsão. Assim, a ordem pública é una e a mesma para o ordenamento inteiro.

---

[52] PARDI, Luis Vanderlei. **O regime jurídico da expulsão de estrangeiro no país, à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos.** 2013. 192 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Orientador: Prof. Associado André de Carvalho Ramos, São Paulo, 2013, p. 23.
[53] DUCROQUETZ, op. cit., p. 54.

Quanto ao primeiro ponto, apresenta-se a definição trazida por Gustavo Ferraz de Campos Monaco[54]:

> Os valores mencionados decorrem de certa filosofia político-jurídica imanente às diversas legislações nacionais. Essa filosofia corporifica as necessidades de cada Estado em determinada época, e é tida como um patamar abaixo do qual não pode haver concessão à legislação estrangeira.

Com essas palavras, o autor evidencia duas características importantes sobre a ordem pública. Em primeiro lugar, que ela está ligada à ordem jurídica - mesmo que, por vezes, abarque valores que não estão positivados na Lei. Isso significa que aquilo que a compõe é considerado juridicamente relevante e, então, digno de ser assegurado legalmente.

Em segundo lugar, a ordem pública funciona como uma espécie de limite; é até onde um Estado tolera. A partir desse liame, tudo deve transcorrer segundo a Lei, não havendo mais espaço para a autonomia da vontade.

A ordem pública é tida como motivo para inspirar a expulsão, já que tolerar sua eventual agressão seria descaracterizar uma ordem jurídica. Usurpá-la de algo que lhe é essencial.

Segundo o raciocínio de Antônio Junqueira de Azevedo, "essencial" é aquilo sem o qual algo não se constitui[55], é um requisito de existência. Um exemplo para compreender a ideia: uma faca pode ter o cabo de metal, de madeira, de isopor até; porém, deixará de ser uma faca se não tiver uma lâmina. Nesse caso, o essencial à existência de uma faca é a lâmina, não o cabo. Além de que, sem a lâmina, a faca perde a função para a qual foi criada, de cortar.

Transportando este raciocínio para a ordem pública, o que dificulta sua definição é delimitar o que é essencial a sua existência. Afinal, o que é tão essencial que descaracterizaria uma ordem jurídica?

---

[54] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira.** São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.74.

[55] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31–40.

A título de ilustração, apresentamos a sugestão de Henri Batiffol, que aponta para a teoria dos Direitos Humanos[56]:

> Mais à défaut de définition, des directives ont été proposée, qui correspondent précisément mieux aux requêtes de la matière. Parmi elles, figure la considération du droit naturel. Un auteur aussi averti des réalités que Lerebours-public est de défendre « le droit naturel (lato sensu) ».
> De fait les exemples d'application de l'exception d'ordre public qu'on donne, et qui sont acceptés le plus facilement, concernent les lois étrangères qui admettaient l'esclavage, le mariage des mineures par leurs père sans leur consentement, la condamnation par un jugement étranger d'un défendues qui n'aurait pu faire valoir ses moyens de défense. Dans ces différents cas on rencontre une négation ou une méconnaissance de la personnalité humaine assez flagrante pour qu'on puisse en appeler à une équité élémentaire, liée, comme il a été dit, à la constatation d'une communauté de nature entre les hommes.

No recorte acima, Batiffol comenta sobre a delimitação do que seria a ordem pública para fins de aplicá-la ao mecanismo chamado "exceção de ordem pública", usado no Direito Internacional Privado para obstar a aplicação da Lei estrangeira internamente, a despeito da regra de conflito. A citação cabe aqui pois, em ambos os casos, o que se visa é a manutenção dessa ordem interna.

O autor destaca que é fácil enxergar os limites da ordem pública em casos extremos, como naqueles em que se desconsidera a personalidade humana. Como a Dignidade da Pessoa Humana é um valor central na construção do direito pós-moderno ocidental[57], ele não poderia ser violado, sob pena de descaracterização da ordem jurídica vigente. Sem a Dignidade da Pessoa Humana, o Direito Ocidental Pós-Moderno simplesmente não o é.

Jacob Dolinger, buscando esclarecer as circunstâncias em que a preservação da ordem pública interna é invocada, escreveu vários textos sobre o assunto[58]. Destacamos o artigo "*A Ordem Pública em seus diversos patamares*", publicada no livro "*Direito e Amor*".

---

[56] BATIFFOL, Henri. **Aspects Philosophiques du Droit International Privé.** Paris: Dalloz, 1956, p. 161.
[57] JAIME, Erik. Visões para uma teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 759, n. 88, p.24-40, jan. 1999.
[58] DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública em seus Diversos Patamares. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e Amor.** São Paulo: Renovar, 2009, p. 269-281.

Para o autor, a ordem pública possui três graus de consideração, estando a diferença entre os três nas circunstâncias da aplicação. A despeito dessa gradação, ele explica que o propósito da exceção de ordem pública é garantir valores internos, não importando o grau.

O primeiro grau de exceção de ordem pública é aquele destinado a garantir valores no plano interno quando o caso é plenamente nacional; basicamente, é o liame entre direito privado e direito público, é o momento em que a vontade das partes é desconsiderada. Este seria o regulador do equilíbrio social e econômico.

O segundo grau é direcionado a garantir valores internos quando da aplicação da Lei estrangeira. O terceiro apresenta função similar garantindo estes valores quando do reconhecimento de direito adquirido no exterior.

No que importa para o presente trabalho, considera-se que a análise que é feita para decidir quanto a expulsão é de primeiro grau de ordem pública. Porque os fatos considerados para decidir quanto a expulsão são plenamente internos. Um estrangeiro que se encontra no Brasil e cometeu um crime contra a ordem pública brasileira.

Cabe uma ressalva. O art. 54, §1° da Lei de Migração, estabelece as hipóteses de expulsão. No inciso I, está previsto que um indivíduo condenado pelos crimes estabelecidos no Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma) é passível de expulsão.

É perceptível por meio da leitura dos artigos 28 e 45, II, que a política de migração brasileira não tem qualquer interesse em receber indivíduos que tenham sido condenados ou estejam sendo processados pelo Tribunal Penal Internacional. Combinando esses artigos com o disciplinado no art. 195, §2°, I, do Decreto 9.199 de 2017, o qual determina que o Inquérito de Expulsão pode ser instaurado quando a condenação é recebida por via diplomática, compreende-se que a condenação a que faz referência ao artigo 54, §1°, I, pode ser tanto expedida pelo Poder Judiciário Brasileiro como pelo Tribunal Penal Internacional.

A dúvida sanada é se um indivíduo condenado no Tribunal Penal Internacional, mas por crimes cometidos fora do território brasileiro, poderia ser expulso. Contudo, isso não faria sentido, dado que nenhum aspecto desse cenário envolveria o Brasil, seu território ou sua ordem pública.

Passando à segunda característica, o conceito de ordem pública está exposto à variação de tempo e de espaço. Observe o recorte abaixo[59]:

> A la fin du XIXe et au XXe siècles, le droit international et certaines législations internes ont cherché à établir des listes énumérant limitativement les différentes causes d'expulsion. Celles-ci comprenaient généralement la condamnation pour faits de droit commun, la mendicité et le vagabondage, les maladies contagieuses et des raisons politiques comme l'espionnage ou les complots contre l'Etat. Ces nombreuses tentatives de classification ont échoué puisque les causes d'expulsion pouvant évoluer, toute liste était destinée à ne pas être exhaustive. Pour cette raison, les règles nationales et internationales utilisent des expressions vagues, comme l'« ordre public », la « sécurité nationale », la « sécurité publique » ou la « sûreté de l'Etat ». De telles formules permettent d'englober de multiples motifs.

Já fizeram parte do conceito de "ordem pública a ser protegida" comportamentos como a "vagabundagem" e a "capoeiragem", explicitamente apontados como razão para expulsão durante a vigência do Código Penal de 1890.

Atente para o fato de que, como a ordem pública é um conceito relativo avaliado mediante um caso concreto, ela pode ser usada para perpetrar atos imorais. É possível afirmar que a expulsão funcionou como um "filtro social" com finalidades políticas - por vezes eugênicas - para constituir aquilo que se considerava o "povo ideal" em diferentes períodos da história.

Por essa razão é que o termo "ordem pública" permaneceu por tanto tempo na redação das Leis sobre expulsão. Dado que sua significação é tida como variável, é vantajoso para aquele que expulsa poder definir a qualquer momento o seu significado, incluindo e excluindo detalhes conforme sua vontade. Daí a importância da motivação do ato administrativo e do controle pelo judiciário do ato de expulsão, o qual pode rever a higidez do processo.

Pode-se sustentar, também, que o termo foi tão popular em Leis sobre expulsão por sua capacidade de sobreviver ao passar do tempo. Tomando o exemplo mencionado acima, "vagabundagem" não é uma expressão que sobreviveu ao tempo, mas ordem pública é, por definição, flexível e averiguada caso a caso.

---

[59] BATIFFOL, op. cit., p. 162.

Por fim, pode-se sustentar, com certa segurança, que não há pressão internacional para que "ordem pública" venha a ter uma definição bem delimitada[60]. É de comum acordo entre Estados que a definição da expressão em questão está e deve permanecer dentro de uma "margem de apreciação nacional", em função do princípio da soberania[61].

Em outros termos, acredita-se ser direito de cada Estado definir aquilo que constitui o essencial a sua ordem jurídica.

1.2.2.2 Segurança Nacional.

Enquanto os trabalhos feitos sobre expulsão discutem com intensidade o conceito e a importância da "ordem pública", o termo "segurança nacional" não inspira tanto alvoroço por parte da doutrina.

Em essência, trata-se de uma ideologia que, por mais que evolua com o tempo, tem por objetivo principal manter o Estado em constante alerta para "inimigos internos".

Pode-se afirmar que o embrião do conceito "segurança nacional" surgiu quando foram assinados os acordos que firmaram a chamada Paz de Vestfália, em 1648[62]. Estes acordos de paz deram fim à Guerra dos Trinta anos e tinham, entre seus propósitos, o de criar e aplicar uma série de mecanismos que pretendiam manter o Ocidente sem conflitos armados.

Para atingir tal objetivo, o acordo basicamente delimitou a forma como os Estados passariam a interagir; um Estado tem poder sobre seu território e seu povo e não pode interferir sobre outro, salvo permissão ou solicitação. Dessa forma, atividades como o uso da força contra outro Estado e a tomada de território passariam a ser vistas como ilegais e violadoras das boas relações entre Estados.

Naquilo que concerne ao presente trabalho, esta série de acordos delimitou juridicamente o interno e o externo, o nacional e o estrangeiro, de maneira que o que se passa dentro das fronteiras é de completa gerência do poder soberano.

---

[60] DUCROQUETZ, op. cit., p. 58.
[61] BATIFFOL, op. cit., p.163.
[62] MCCGWIRE, Michael. The paradigm that lost its way. **International Affairs**, [s.l.], v. 77, n. 4, p.777-803, out. 2001. Oxford University Press (OUP). http://dx.doi.org/10.1111/1468-2346.00219. Acesso em 22 jun. 2018.

Sendo a paz social agora um atributo a ser mantido apenas pelo poder soberano, surge o encargo de manter a "segurança nacional".

Bem verdade que a expulsão de estrangeiros existe bem antes disso, inclusive com o propósito de manter a paz interna. O estrangeiro indesejado não é novidade do século XVII. Porém, a fundamentação para a existência desse mecanismo, nos moldes que é usada hoje, surgiu com esse novo sistema.

Avançando alguns séculos, já na Era Moderna Ocidental (século XX), a necessidade/dever de manter a segurança de seus nacionais intensificou-se e atingiu mais um estágio de refinamento.

Eric Hobsbawn destaca que este conceito foi chave na composição das tendências políticas europeias com o advento da Guerra Fria no século XX[63]. Afinal o mundo tornou-se um campo de batalha ideológica fortemente polarizado entre os capitalistas e os comunistas[64] com o fim da Segunda Guerra Mundial.

Para sustentar sua posição, os Estados Unidos da América fortaleceram o "paradigma de segurança nacional" (National Security Paradigm)[65]. A proposta era gerar mecanismos para controlar a dita "ameaça interna", encontrando indivíduos infiltrados que defendiam ideias comunistas que estivessem dispostos a promover ações anticapitalistas[66] em território americano.

Por conta dos acordos internacionais pós-Segunda Guerra que reafirmavam a soberania como princípio guia[67] e, em consequência disso, sem poder diretamente governar os territórios sobre sua influência, a potência mundial expandiu sua influência de outras formas. Dentre elas, a difusão da necessidade de manter a "segurança nacional", a qual tornou-se um mantra para ditaduras na América Latina[68].

---

[63] HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.10 – 22.
[64] MCCGWIRE, op. cit., p. 777.
[65] Idem.
[66] COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: Banalizando a violência. **Psicologia em Estudo**, Maringá, vol. 5, n. 2, p.1-22, jan. 2000.
[67] HOBSBAWN, op. cit, p. 10–22.
[68] MIGUEL, Luis Felipe. Segurança e desenvolvimento: peculiaridades da ideologia da segurança nacional no Brasil. **Diálogos Latinoamericanos**, Aarhus, vol. 1, n. 5, p.40-56, jan. 2002.

A presença dessa ideologia pode ser percebida nos manuais da Escola Superior de Guerra do Brasil, nas perseguições sofridas por simpatizantes do comunismo[69] e no próprio Estatuto do Estrangeiro, Lei n° 6.815 de 1980, que regeu até 2017 a condição jurídica do estrangeiro no Brasil.

Esse paradigma ainda é forte e ganha novos contornos no século XXI. Mesmo com o fim da Guerra Fria, com a queda da União Soviética e o fim das ditaduras militares na América Latina, o paradigma da segurança nacional ganha força após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

A doutrina Bush, criada pelo então presidente George W. Bush em resposta aos atentados, era fundada essencialmente na sustentação de duas ideias: (1) a extensão do direito à autodefesa, de modo a englobar a ação preventiva e (2) busca de legitimidade e legalidade por meio de discurso de adaptar-se às ofensivas do inimigo[70].

Esse cenário mudou o jogo: não se reage a uma agressão, mas se tomam medidas preventivas para evitar ataques. Em termos simples, atacar para não ser atacado.

Nas palavras de Ducroquez[71]:

> Ce phénomène s'est accentué depuis les attentats du 11 septembre 2001 sur le sol américain. La prise de conscience de la dangerosité latente de certains étrangers a engendré un grave problème d' « amalgame entre l'immigration et le terrorisme ». En effet, de nombreux Etats ont adopté des règles relatives à l'immigration et/ou à la lutte contre le terrorisme ou modifié leurs législations existantes dans ces matières, et accordé de nouveaux pouvoirs aux instances policières augmentant ainsi le risque d'atteinte aux libertés individuelles des étrangers. L'expulsion figure parmi les mesures violant le respect de ces libertés fondamentales. Les récentes mesures d'exception applicables aux étrangers pour lutter contre le terrorisme contribuent à la remise en cause de l'Etat de droit et à la mise en place de l'Etat de police. Elles montrent aussi que les exigences sécuritaires peuvent évoluer en fonction de considérations d'ordre événementiel ou politique et varier d'un ordre juridique à l'autre.

Todo esse contexto permite concluir que o paradigma da segurança nacional personifica o terror no estrangeiro. Dessa maneira, a construção ideológica em pauta é uma motivação forte e comum para determinar a expulsão.

---

[69] Ibidem, p. 43.
[70] MCCGWIRE., op. cit., p. 779.
[71] DUCROQUETZ, op. cit., p. 52.

1.2.3 Motivos para não expulsar.

Quando um dos motivos para expulsão discutidos acima está em pauta, pode haver obstáculo para que a medida seja efetivada. Os motivos que obstam a expulsão são essencialmente centrados em torno do princípio da proteção da família[72] e da proteção à integridade física do expulsando.

Em primeiro lugar, a expulsão pode ser obstada para dar prioridade à proteção da família. Nos casos apontados na Lei de Migração como possíveis motivos para não expulsar alguém, a existência de um liame familiar entre o estrangeiro e um nacional é a linha de defesa mais comum e a mais fácil de ser demonstrada.

É inclusive a única informação sobre o estrangeiro que é juntada ao processo administrativo e levada ao Ministério da Justiça. Não se menciona nada sobre propriedades, participações ou qualquer outra relação jurídica, apenas sua vida familiar.

Nesse sentido, os tribunais superiores já foram chamados a se pronunciar sobre a natureza dessa conexão familiar. De forma objetiva, o que conta como *família* para obstar a expulsão de um indivíduo.

Aqui, vale mencionar o trabalho de Jean Nicolau, para o livro *"Famílias Internacionais: seus direitos, seus deveres"*[73]. O artigo supracitado tem por foco discutir o que de fato o ordenamento brasileiro tenta proteger quando fala em família e, para isso, compara a legislação e as decisões brasileiras com as europeias sobre a mesma matéria.

Destaca-se o *caput* dos art. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo

[72] DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 185.
[73] NICOLAU, Jean Eduardo Batista. A condição do estrangeiro em vista do direito ao reagrupamento familiar. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos et al (Org.). **Famílias Internacionais:** Seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 169-185.

> de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para Nicolau, é necessário diferenciar "reagrupamento familiar" e "direito de uma criança crescer junto aos seus genitores", pois são conceitos diferentes que englobam circunstâncias diferentes. Perceba-se que o segundo se refere à *família* em um sentido bem estrito – genitores e seus filhos crianças – e o primeiro pode referir-se a parentes em graus mais distantes, além de parentes em idade adulta.

Nicolau destaca que, enquanto a Corte Europeia de Direitos Humanos diferencia as situações e dá-lhes medidas correspondentes, o tratamento desses casos não tem contornos tão claros no Brasil, o que provoca o questionamento do que a legislação busca proteger.

Observe-se. Conforme mostrado acima, a Constituição Federal dedica à proteção da família papel central na formação do Estado brasileiro; é a estrutura básica da sociedade. Porém, a falta de delimitação do que seja *família* faz surgir a pergunta: em qual momento considera-se constituído o vínculo familiar capaz de obstar a expulsão de um estrangeiro? Ou ainda, qual o tipo de vínculo familiar suficiente para obstar? É necessário considerar um espaço de tempo para considerar o vínculo forte o suficiente? É o interesse da criança ou do adulto que se quer proteger.

A jurisprudência já aponta para algumas dessas respostas: equipara-se união estável ao casamento, filiação afetiva à filiação biológica[74] e reconhece-se uniões homoafetivas para fins de obstar a expulsão.

A legislação recente - no caso, a Lei de Migração – chama alguns indivíduos de "inexpulsáveis" no art. 55, II, com o propósito de superar essas questões:

> Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:
> II - o expulsando:
> a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;
> b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente;
> c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País;

[74] NICOLAU, op. cit., p. 185.

> d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão; ou
> e) (VETADO).

Supõe-se que o objetivo da Lei era delimitar quais relações protegem o estrangeiro da expulsão. Contudo, alguns termos criaram mais perguntas.

Diante desse cenário, ainda cabe a crítica colocada por Nicolau de que o Brasil não demonstra ter interesse em construir um direito bem delimitado de *proteção à união da família*, mas ainda assim espera que o uso de termos esparsos na Lei alcance esse objetivo[75].

> Em guisa de conclusão, é lícito inferir que, embora inscrita, ao menos em tese, no artigo 226 da Constituição Federal, a proteção ao núcleo familiar ainda parece, sobretudo em vista do alcance interpretativo que a jurisprudência lhe atribui, longe de consubstanciar no Brasil um *direito fundamental ao reagrupamento familiar*.

Além das relações pessoais, outra questão importante é a possibilidade de a expulsão ameaçar a integridade física do expulsando. Segundo o Pacto de San José da Costa Rica, que faz parte do ordenamento brasileiro por força da edição do Decreto N° 678, de 6 de novembro de 1992:

> Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 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 por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

Hoje, com a Lei de Migração e a vinculação do Brasil à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, espera-se que esse cenário mude e passe a funcionar conforme o real intento desses institutos.

Destaca-se, por fim, uma inovação na Lei que disciplina a expulsão. A defesa do liame familiar foi introduzida ainda na República Velha, porém, não havia nada descrito sobre conexão com o país em si.

---

[75] NICOLAU, op. cit., p. 169-185.

Algo que já era comum em países europeus[76], o reconhecimento de relação entre o estrangeiro e o país receptor como razão que obsta a expulsão, é algo novo no ordenamento brasileiro. Antes, isso apenas seria possível com a naturalização do indivíduo; isto é, mesmo com a realização das condições para naturalização, esta só seria levada em consideração se já efetivada[77].

Segundo a Lei Atual, em duas situações, o estrangeiro poderá permanecer em razão da ligação que já estabeleceu com o país.

Apesar da inovação, cabe a ressalva de que a Lei não parece muito razoável quando seleciona critérios tão objetivos. Segundo a redação da alínea "c", uma pessoa que ingressou com 12 anos não poderia ser expulsa, enquanto outra que imigrou com 13, apenas um ano a mais, poderia.

Seguindo o mesmo raciocínio, analisando a alínea "d", não é possível determinar com precisão o que o legislador busca proteger; a condição de idoso ou a conexão com o país de residência. O texto fala da confluência de precisos dez anos de residência e a idade de 70 anos; em tese, qualquer modificação nessas circunstâncias teria o condão de obstar a expulsão.

1.2.4 Avaliação da legitimidade dos fins e dos meios.

Primeiro, quanto aos fins.

Por meios dos estudos realizados, foi possível concluir que a manutenção da "ordem pública" e da "segurança nacional" são, ambos, fins legítimos.

Em primeiro lugar porque ambos estão presentes na Constituição Federal de 1988, bem como nas normas de outros países (França, Inglaterra, Estados Unidos da América) e em tratados internacionais (como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado e os artigos sugeridos no estudo realizado pela Comissão de Direito da Organização das Nações Unidas).

---

[76] Idem.

[77] BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 09 jul. 2018.

É razoável que o Poder Público assuma responsabilidade pelo bem-estar de sua população. Esses dois direitos fundamentais inspiram diversas medidas administrativas e judiciais. Não resta dúvida quanto à sua legitimidade e importância.

Porém, cabe aqui fazer uma observação: a Lei de Migração não diz expressamente quais fins a norma pretende atingir. Combinando essa observação com a sobreposição das hipóteses de expulsão com crimes comuns, não é claro qual a natureza jurídica da expulsão na Nova Lei. Observe.

Primeiro, quanto a não explicar seus fins. Tradicionalmente, a expulsão é um ato administrativo motivado pela proteção da ordem pública e da segurança nacional. Não se trata de uma medida arbitrária, mas que está exposta à conveniência e à oportunidade da administração pública.

Porém, sua nova configuração não apresenta esses fins. Em verdade, ela parte direto para assuntos processuais como as hipóteses, a caracterização das exceções e assim por diante. Em momento algum, ela comenta a quais fins ela serve.

Adicionando isso ao fato de que o inquérito de expulsão só é instaurado após uma condenação criminal transitada em julgado, a expulsão assume contornos inusitados.

Antes, um indivíduo poderia ser preso por envolver-se em demonstrações políticas[78] ou por se tornar acionista controlador de uma companhia de comunicação[79], e esses eram enquadrados como motivo de segurança nacional e ordem pública. No fundo, era uma forma de mascarar a arbitrariedade do Estado em expulsar quem quer que fosse considerado mero incômodo, invés de absolutamente intolerável, como se verá com mais detalhes no próximo capítulo.

Hoje, o cometimento de um crime comum é o que instaura o inquérito. Dessa perspectiva, seria razoável afirmar que, em verdade, a expulsão é uma consequência a mais de

---

[78] Conforme art. 107, inciso I do Estatuto do Estrangeiro, *"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".*

[79] Conforme art. 106, inciso II, do Estatuto do Estrangeiro, *"É vedado ao estrangeiro: 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".*

uma condenação criminal, reservada apenas para estrangeiros. Afinal, não há chance que o nacional seja banido, mas o estrangeiro por ser expulso.

Existem outras considerações a serem feitas nesse raciocínio, principalmente no que tange a análise do caso concreto, o que será feito no capítulo sobre "proporcionalidade em sentido estrito".

O que importa, por enquanto, é observar o que parece ser uma "limpeza" da linguagem na Lei de Migração. Como se demonstrou acima, "ordem pública" e "segurança nacional" são termos com certa carga negativa por terem sido usados como motivação para atos totalitários.

Contudo, lembra-se que esse trabalho é, essencialmente, sobre analisar excessos. Não é proporcional adotar fins sem conteúdo definido constitucionalmente, como não é proporcional deixar de mencioná-los, em detrimento de manter consistente a redação técnica da Lei.

Supõe-se que, caso esse questionamento chegasse ao Supremo Tribunal Federal, este provavelmente esclareceria que os fins permanecem os mesmos, mesmo que não estejam expressos na Lei. Porém, para a presente análise, a Lei não os menciona.

1.3 O PAPEL DA SOBERANIA NA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS.

Antes de proceder com a análise de adequação, é necessário discutir o papel da soberania na expulsão de estrangeiros.

A razão para tal é que tanto as normas que regem a nacionalidade como as que determinam o direito de entrada, permanência e saída do território de um Estado são tidas como atributo da soberania[80]. Em outras palavras, é comum que autores mencionem o poder que permite que Estados tenham praticamente liberdade total para reger sobre esses assuntos como fruto de sua soberania.

O encaixe deste conceito neste capítulo dá-se ao fato de que o poder de expulsão é do Estado soberano, mas ele só pode ser exercido quando uma motivação é apresentada.

[80] CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 254-256.

A pergunta essencial que este item busca responder é: qual o significado da soberania hoje?

A análise aqui proposta tem por foco as discussões acadêmicas sobre o assunto, isto é, de observar a significação da soberania para o direito e tentar delimitar a qual propósito ela atende.

Assim, "soberania" tem significados diferentes, a depender do tempo e espaço em que é utilizada. Como explica Dieter Grimm, é comum que, mesmo hoje, o significado e aplicação da soberania varie de país para país, sem adotar contornos únicos[81]:

> The number of works seeking an answer has grown apace. We are facing a veritable sovereignty boom in the legal and political literature, such as only a crisis can generate. No consistent view has yet emerged. More and more authors advocate abandoning the concept because it has lost its object and is no longer helpful in explaining the current situation. In their view, all that remains is a variety of powers, distributed among several levels and holders, which can no longer be meaningfully bundled into a concept of sovereignty. Thus sovereignty would no longer serve its purpose as the key to understanding the state and the international order[82].

Partilha desta opinião Luigi Ferrajoli, o qual explica em seu livro "*A Soberania no Mundo Moderno*" que aquilo que se aplica hoje como se fosse "soberania" é, em verdade, um conceito novo, que não se identifica com o original.

Nos capítulos introdutórios, Ferrajoli explica que o conceito de soberania surgiu na França, no século XIII, e ganhou força com o tratado de Vestfália, que encerrou a Guerra de Trinta anos[83], e tinha claros contornos para servir o absolutismo. Viu-se que o conceito era útil para evitar conflitos territoriais, externamente, e reafirmava a concentração dos poderes no soberano, internamente.

---

[81] Em suas palavras: "*Not only has the meaning of the term changed over time. Originating in France, it developed its increasing attractiveness, beginning in the late sixteenth century, outside its country of origin. There, however, it encountered greatly varied political situations and intellectual traditions. This, too, affected its meaning. Despite its great attractiveness, the concept could only be applied in different contexts if its meaning was altered. Thus just as sovereignty cannot claim a timeless meaning, it is not a concept that remains the same regardless of location. Instead, it can be assumed that its content also changes from country to country*." GRIMM, Dieter. **Sovereignty: The origin and future of a political and legal concept.** New York: Columbia University Press, 2015, p. 04.
[82] GRIMM, op. cit., p. 102.
[83] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 02.

Porém, com a evolução do direito e o surgimento do Estado Liberal[84], esses atributos não são mais observáveis. O argumento central de Ferrajoli para mostrar isso é que a supremacia do soberano foi substituída pela da Constituição e que, em verdade, o conceito de soberania cria uma antinomia com o Estado de Direitos. Em sua visão, a soberania era muito permissiva com as vontades do soberano, mas que, atualmente, os direitos humanos e fundamentais barram suas atividades e violações são oponíveis em reparação por vias judiciais internas e externas[85].

Desse ponto de vista, a visão de Carl Schmitt, que tentou reavivar a ideia de soberania no século XX, deveria necessariamente cair por terra. O autor explicava, em seu livro *"Teologia Política"*, que o soberano tanto é aquele sobre quem está investido o poder de decidir em situações adversas, como quem decide o que é uma situação adversa[86]. Esse raciocínio é incompatível com a ideia de supremacia da constituição e dos direitos fundamentais, que devem guiar a solução de controvérsias não originalmente previstas no ordenamento. Não se pode abandonar o Estado de Direito e decidir arbitrariamente.

Em termos mais esparsos, mesmo que ainda houvesse soberania, ela precisaria obedecer a limitações internas e externas, as quais são estranhas ao conceito original. Ele aponta, para a soberania interna, que "*de fato, a divisão de poderes, princípio da legalidade, e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna*".[87] Já para a soberania externa, a criação e submissão a órgãos supranacionais, como a Organização das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos, do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional, teriam sido dirimidos[88].

Assim, o autor conclui que, sendo essa antinomia irreconciliável, os países do mundo deveriam *"constitucionalizar"* suas relações. Projeto que detalha no capítulo final de seu livro, mas que não cabe no presente trabalho.

---

[84] Ibidem, p. 28.
[85] Ibidem, p. 43.
[86] SCHMITT, Carl. **Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty.** Chicago: University Of Chicago Press, 2005. P. 05-15.
[87] FERRAJOLI, op. cit., p. 28.
[88] Ibidem, p. 34.

Acontece que, como Grimm mesmo admite, não é razoável afirmar que a soberania *"está morta"*, posto que ela ainda cumpre um papel no mundo[89]. Muitos teriam anunciado o fim da soberania, mas não é algo que se observa. No caso de Ferrajoli, seu livro foi escrito em 1975 e, ainda atualmente, a soberania é invocada.

Observando por outra perspectiva, a do Direito Internacional Público, a soberania ainda é aplicada. Explica Shaw, em seu livro *"International Law"*, que, de um ponto de vista jurídico, a soberania faz parte do próprio conceito de Estado e está intrinsecamente ligada à ideia de território[90]. Para a interação entre os Estados, tanto significa que a supremacia das autoridades governamentais de determinado território é reconhecida, como outros estados se abstém de exercer ingerência sobre ele.

Nesse sentido, explica o autor que a soberania é um conceito útil para a resolução de disputas territoriais por meio da consideração de quem possui o melhor "título" sobre a aquele território. Em suas palavras:

> The essence of territorial sovereignty is contained in the notion of title. This term relates to both the factual and legal conditions under which territory is deemed to belong to one particular authority or another. In other words, it refers to the existence of those facts required under international law to entail the legal consequences of a change in the juridical status of a particular territory. As the International Court noted in the Burkina Faso/Mali case, the word 'title' comprehends both any evidence which may establish the existence of a right and the actual source of that right.

Mas, mesmo desta perspectiva, o autor ainda admite que essa noção de título não é absoluta, devendo a autoridade julgadora analisar a argumentação de cada parte antes de reconhecer o direito ao território[91].

---

[89] "*Yet declarations of the death of sovereignty, as history reveals, are nothing new. Earlier claims that the concept could not be reconciled with current ideas of legitimate political rule, or that the object it described had disappeared and therefore the concept itself had to be eliminated from the legal and political vocabulary, generally proved on closer examination to involve the disappearance of the conditions for a very specific concept of sovereignty. The same cannot be ruled out for the most recent diagnoses. Sovereignty deniers must therefore take a position on the possibility that the concept can be adapted to changed conditions or values without losing substance or function.*" GRIMM, op. cit., p. 102.

[90] SHAW, Malcolm Nathan. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 487.

[91] *"One interesting characteristic that should be noted and which again points to the difference between the treatment of territory under international law and municipal law is that title to territory in international law is more often than not relative rather than absolute. Thus, a court, in deciding to which of contending states a parcel of land legally belongs, will consider all the relevant arguments and will award the land to the state which relatively speaking puts forward the better (or best) legal case".* SHAW, op. cit., p. 490-491.

Qual o significado dessas considerações para a presente análise? Parece razoável afirmar que, como outras áreas do direito, o direito de entrada, permanência e saída pode ser estudado e aplicado por entidades supranacionais.

Como evidência disso, é consenso em Direito Internacional Público que a nacionalidade não pode ser simplesmente revogada após ter sido concedida. Recentemente, essa demanda internacional foi posta em xeque quando alguns nacionais europeus que haviam se aliado ao Estado Islâmico e foram para a Síria e a Turquia, foram presos pela autoridade Turca, que queria expulsá-los para seus países de origem. Acontece que alguns deles não queriam recebê-los, mesmo que, formalmente, ainda permanecessem nacionais.

Voltando-se para o tema da expulsão, Maurice Kamto, Membro Especial da Comissão de Direito das Nações Unidas desenvolveu longos estudos e trabalhou em uma proposta de tratado internacional para a expulsão. Isso significa que as Nações Unidas já consideram estar em seu escopo deliberar sobre questões de expulsão.

Contudo, a conclusão razoável a que se deve chegar é que a soberania persiste, mesmo que enfraquecida, e não deve ser descartada como um conceito sem aplicação no século XXI. Afinal, está integrada ao art.1° da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira.

Assim, questionar a expulsão é possível diante do Estado Democrático de Direito, mas reconhecendo os direitos deste sobre o território brasileiro.

1.4 A ADEQUAÇÃO NA MEDIDA DE EXPULSÃO.

Dando início a simulação do teste de proporcionalidade, questiona-se a adequação do Estatuto do Estrangeiro e da Lei de Migração.

Apenas para recapitular, a adequação é um teste bastante frio e, de primeiro relance, muito simples de se satisfazer. É necessário demonstrar que o (i) meio *provavelmente* promove o fim, (ii) com base nas informações disponíveis à época da criação da Lei.

Por quanto se foi possível aprender sobre a expulsão no Estatuto do Estrangeiro e na Lei de Migração, a resposta é que é *inconclusivo*. É inseguro afirmar que qualquer uma delas é "adequada" para promover os fins.

Explica-se.

Para entender essa constatação, apresentar-se-á duas linhas argumentativas: (i) não há um liame lógico que se possa estabelecer entre imigração e criminalidade, porque não foi possível congregar informações o suficiente que levassem a constatação dessa relação de causalidade e (ii) em outros locais onde é feita e disponibilizada para o público, essa conexão não é percebida. Trabalhar-se-á em cada um desses argumentos com mais precisão.

Quanto ao primeiro ponto, entendeu-se que a expulsão é um dos meios para preservar a ordem pública e a segurança nacional. Essa é a proposta que a Lei nos apresenta. Entretanto, essa solução não é muito lógica, por três razões principalmente.

Em primeiro lugar, é um tanto incoerente afirmar que uma medida para *preservar* algo seja aplicada após a ocorrência do dano. Note, a expulsão é, para a Lei Nova, consequência acessória de uma condenação, e na Lei Antiga, a expulsão possuía hipóteses voltadas para o cometimento de crimes e para condutas civis não permitidas pela Lei. Em ambos os casos, ela ocorre após o evento que, em tese, provocou um choque na ordem pública e na segurança nacional.

É um tanto confuso que uma medida *ex post* seja utilizada sob o pretexto de manutenção. Isto é, não merece prosperar a ideia de que a remoção do estrangeiro que cometeu uma conduta proibida por Lei restabelecerá a ordem pública ou a segurança nacional. Isso mais parece o mote do direito penal, como se discutirá no próximo capítulo.

De qualquer maneira, a generalização imposta pela norma pode resultar em uma interferência inadequada nos direitos fundamentais daquele indivíduo. A expulsão que não produz nenhum efeito prático sobre o choque que já ocorreu não faz tanto sentido.

Com isso em mente, poder-se-ia dizer que a nova Lei é bem mais *adequada*, dado que não aplica a expulsão para todos os crimes cometidos. Bem verdade, a Lei de Migração individualiza as circunstâncias, de forma que é possível exercer um juízo sobre um caso por vez

e identificar aqueles que representam uma ameaça também no futuro. Este é um argumento válido, mas essa análise não encaixa no escopo da adequação. Tratar-se-á desse ponto na proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, é bem verdade, as Leis tratam do assunto de maneira diferente. Porém, o que conta do presente teste é a prova em si mesma, e não a comparação entre modos. Além disso, de uma forma ou de outra, a expulsão é o afastamento físico do estrangeiro por determinado período *após* o evento, tanto no Estatuto quanto na Lei de Migração.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que a expulsão seria não para *manter*, mas para *remendar* a ordem pública e a segurança nacional, voltar ao *status quo ante*, ou mesmo *impedir* que ela torne a ser maculada. Contudo, isso é partir do pressuposto de que o estrangeiro será reincidente, e esse tipo de presunção é logicamente falsa.

A este argumento enfermo dá-se o nome de Falácia da Bola de Neve[92]. Trata-se da presunção de que um evento certamente sucederá outro igual ou pior. A ideia de que *"se cometeu um crime, certamente cometerá de novo"*. E isso é um pressuposto injusto e falso. A reincidência não é uma certeza.

É um tanto absurdo supor, sem nenhum indício, que um indivíduo será culpado de um crime antes dele acontecer. Pressupor que a mera presença do estrangeiro no país é um perigo equivale a supor que ele certamente adotará uma conduta indesejada novamente. Este argumento, portanto, perde em coerência.

Não se está sustentando que isso não é possível. Imagina-se que, em casos de indivíduos com histórico de extremismo, estes devem ser removidos do território nacional. O que tem se mostrado uma possibilidade. Porém, é também de se destacar que esses tipos de condutas normalmente são atribuídos a nacionais, não a imigrantes.

Em segundo lugar, ainda sobre o primeiro ponto, não é possível estabelecer, nem probabilisticamente, que a expulsão terá algum efeito sobre a manutenção da ordem pública ou da segurança nacional.

---

[92] ALMOSSAWI, Ali. **O livro ilustrado dos maus argumentos.** Rio de Janeiro: Sextante, 2017, p. 44.

Para defender essa conclusão é necessário apresentar dois argumentos: (i) no Brasil não há dados que sustentem que a criminalidade é afetada pela expulsão e (ii) é mais razoável supor que não terá.

Antes de adentrar o primeiro argumento, é necessária uma breve explicação sobre Argumentação. Segundo Stephen Toulmin[93], um argumento propositivo possui, pelo menos, três partes: a ideia, o fundamento e a prova/garantia. A *ideia* é uma sentença que sintetiza uma proposta, algo que o orador deseja que sua audiência tome por verdade. O *fundamento* é a explicação de porque essa ideia é coerente. É a justificação lógica de porque alguém deveria tomar a ideia por verdade. E, por fim, a *prova* ou *garantia*, é a demonstração da verossimilhança, isto é, a aplicabilidade fática daquela construção teórica.

Assim, em resumo, argumentar é sinônimo de dar elementos lógicos e fáticos para demonstrar que uma ideia é coerente e verossimilhante, que faz sentido e que é aplicável no mundo real.

Para que o argumento exista, é necessário que ele apresente, pelo menos, um fundamento e uma garantia. Para que ele seja válido, esses três elementos devem estar bem conectados.

Trazendo esse raciocínio para a expulsão de estrangeiro, encontra-se falhas graves quanto a verossimilhança da medida, sua aplicabilidade fática. O que está em sintonia com a prova da adequação.

Assim, confessa-se que, na redação do presente trabalho, procurou-se dados sobre a expulsão de estrangeiro. Número de expulsos por ano, número de processos, crime que incitou a abertura do inquérito de expulsão, mas não foi possível encontrar. Se a Polícia Federal ou o Ministério da Justiça os possuem, não os publicam e, se publicam, tornam-nos impossíveis de encontrar.

Na linha do raciocínio apresentado por Ávila, pode parecer que, quando o usou o termo "provavelmente", ele quis dizer que não seria necessário apresentar uma demonstração fática, que a mera explicação lógica seria suficiente. Contudo, não é isso que ele afirma. Em verdade,

[93] TOULMIN, Stephen Edelston. **The Uses of Argument.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Passim.

o autor menciona mais de uma vez que a decisão deve ser tomada com base nas informações que se tem no momento da redação da Lei.

Não se questiona que os legisladores não tiveram acesso à informação, mas que é impraticável analisar a expulsão sem contestar sua verossimilhança enquanto proposta para manter a ordem pública e a segurança nacional.

Para demonstrar a importância de que essas informações estejam à disposição do público, apresenta-se os resultados recolhidos em 2016, pela autora Hong do artigo "*The Absurdity of Crime-Based Deportation*".[94] O artigo será trabalhado com mais profundidade no capítulo seguinte. Por hora, quer-se aproveitar o raciocínio que a autora desenvolve para demonstrar que não há correlação entre criminalidade e imigração.

A situação de imigração nos Estados Unidos da América é bem mais intensa que no Brasil. Ambos são países historicamente receptores de imigrantes, contudo, a diferença atual está no volume. A pressão migratória nos Estados Unidos é bem maior.

A autora explica que, por mais que alguns políticos insistam que os imigrantes têm as mais nefastas intenções quando entram no território americano, não é isso que os dados demonstram. Em verdade, o número de condenações por crimes entre os imigrantes é muito menor que entre os nativos. Além disso, entre os imigrantes, a taxa de crimes violentos também é menor.

Mas qual é, precisamente, a diferença de proporção da questão imigratória no Brasil e nos Estados Unidos?

Segundo o United Nations Migration Report de 2017[95], estima-se que hoje estejam no Brasil em torno de 750 mil imigrantes, o que se aproxima de 4 estrangeiros para cada mil brasileiros. Essa média é, em verdade, muito baixa se comparada a outros países. Segundo esse

---

[94] HONG, Kari. "The Absurdity of Crime-Based Deportation." **U.C. Davis Law Review**, vol. 50, no. 5, June 2017, p. 2067-2148.

[95] UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). **International Migration Report 2017: Highlights**. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

mesmo estudo da Organização das Nações Unidas, os Estados Unidos possuem 123 estrangeiros para cada mil habitantes, a Alemanha, 148, e a Argentina, 42.

Mesmo comparado à vizinha Argentina, o Brasil ainda possui uma taxa baixíssima de imigrantes.

Diante dessa discrepante diferença, siga o seguinte raciocínio. Na eventualidade de uma ameaça à ordem pública ou a segurança nacional, é mais provável, estatisticamente, que o perpetrador seja nacional brasileiro que estrangeiro e, diante desse vácuo de imigrantes, é de se imaginar que a remoção dos estrangeiros condenados pela justiça brasileira não surta nenhum efeito significativo sobre o quadro geral de ordem pública ou segurança nacional.

Tudo isso torna mais absurda a falta de dados sobre a expulsão de estrangeiros do Brasil.

Assim, conclui-se o presente Capítulo afirmando que não foi possível analisar a adequação da medida de expulsão para a Lei Nova ou para a Antiga, mas que, segundo a experiência exterior, é mais razoável inferir que a expulsão não é um meio adequado para manter, preservar ou restabelecer a ordem pública ou a segurança nacional.

CAPÍTULO 2 – NECESSIDADE DA MEDIDA DE EXPULSÃO.

2.1 DEFINIÇÃO DE NECESSIDADE.

O segundo teste da prova de proporcionalidade é a "necessidade".

A necessidade é, em termos gerais, a comparação entre meios igualmente adequados, de modo a encontrar o menos oneroso para os afetados. Como explica sucintamente Laurentiis[96]:

> Nesses termos, a necessidade é simplesmente o reflexo jurídico do princípio elementar que rege a busca da eficiência alocativa de bens: quando a distribuição de bens e direitos não pode ser alterada para favorecer um indivíduo sem que os demais sejam negativamente afetados, o ponto ótimo de distribuição alocativa foi alcançado. São muitos os problemas causados por essa configuração da prova.

Pode parecer uma definição bem objetiva, pega-se os meios que passaram no teste anterior e faz-se uma comparação entre eles para encontrar o menos oneroso. Isto é, dentre os meios que promovem o fim, qual deles é menos oneroso aos afetados?

Contudo, como menciona Laurentiis, por trás dessa definição existem imprecisões terminológicas que dificultam a aplicação da prova.

A questão lógica mais contundente é como se poderia aferir que um meio é mais adequado que outro, para então declarar um deles *"desnecessário"*? Afinal, o teste de adequação não compara meios entre si, apenas afere a existência da relação de causalidade a nível probabilístico e pronto. Todos os meios adequados para tratar da questão passam para este nível.

Assim, o resultado do exame anterior é um punhado de meios que *provavelmente* promovem o fim. Não se sabe qual deles promove mais o fim, ou mesmo o custo financeiro, logístico ou humano da promoção desse fim. Trata-se de um teste de racionalidade, não de razoabilidade.

Para resolver essa questão, Ávila explica que é logicamente impossível (e impraticável) estabelecer igualdade de adequação. Os meios serão diferentes entre si de alguma maneira, e a

[96] LAURENTIIS, op. cit., p. 226.

tecnicalidade e os detalhes necessários para delimitar que os meios estão em um mesmo *"grau de adequação"* tornariam a prova inviável, além de onerosa[97].

Completando o raciocínio de Ávila, apresentam-se as considerações de Laurentiis, que destaca outro problema relacionado com o primeiro[98]:

> Sem controle da fonte de criação de hipóteses de comparação a necessidade se torna uma prova de aplicação inviável, pois nenhuma medida interventiva, por mais bem elaborada que seja, e nenhum órgão estatal, por mais profissional e técnico que seja, podem prever e antecipar todas as hipóteses de intervenção possíveis.

Assim, Ávila soluciona a questão esclarecendo que o propósito dessa primeira etapa da necessidade é remover os meios extremos, os absurdos, e comparar os equiparáveis[99].

Apenas para facilitar a compreensão da solução de Ávila, apresenta-se o seguinte exemplo: morrem, por ano, no mundo, aproximadamente 1,35 milhão de pessoas por conta de acidentes de trânsito[100]. Proibir o uso de veículos automotores faria com que esse número, certamente, despencasse. Se não há automóveis, logo, não há acidentes automobilísticos. Conclui-se, pois, que esta medida teria efeito imediato sobre o número de mortos em acidentes de carros. Assim, para termos da prova de proporcionalidade, ela é adequada.

Contudo, existem alternativas menos drásticas. O impacto que essa medida teria sobre os direitos fundamentais dos indivíduos e sobre a economia mundial é absurdo. Seria um retrocesso proibir automóveis. Assim, diante da existência de alternativas menos infringentes, opta-se por melhorar a condição das estradas e do transporte público, diminuir a velocidade em vias urbanas, aplicar multas sobre indivíduos que conduzem perigosamente, e assim por diante.

O ponto desse exemplo é demonstrar que só porque uma solução resolve o problema, não quer dizer que ela deveria ser adotada. É apenas uma alternativa, e deve ser desconsiderada quando excessivamente onerosa, se comparada com as demais opções.

---

[97] ÁVILA, op. cit., p. 213-214.
[98] LAURENTIIS, op. cit., p. 228.
[99] ÁVILA, op. cit., p. 213-214.
[100] OPAS/ OMS Brasil. **Folha Informativa - Acidentes de trânsito.** 2019. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5147:acidentes-de-transito-folha-informativa&Itemid=779>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Ávila apresenta um caso levado ao Supremo Tribunal Federal sobre a pesagem de botijão de gás. Segundo o relatório, uma Lei paranaense determinou que todos os botijões fossem pesados no momento da entrega ao cliente[101]. Acontece que muitos consumidores reclamavam de fraudes, que recebiam botijões praticamente vazios e não possuíam meios para demonstrar a falha na prestação de serviço.

O meio eleito pelo Estado para combater as fraudes foi determinar que todos os caminhões de entrega viessem equipados com uma balança, para que o cliente pudesse verificar que estava recebendo o produto pelo qual pagou.

O Supremo Tribunal Federal considerou que a medida não era proporcional, pois, havia alternativas que onerariam menos as companhias e produziriam o mesmo efeito. Assim, é "desnecessário" que as companhias de gás adquirissem uma balança para cada caminhão e mais algumas para as trocas. Contudo, abandonar o problema também não era uma solução, as falhas na prestação de serviço não poderiam ser ignoradas. Assim, elegeu-se a pesagem por amostragem como solução mais proporcional[102].

Dessa forma, verifica-se que havia dois meios adequados, que ambos surtiam efeito sobre o fim a se alcançar, mas com impactos profundamente diferentes sobre os indivíduos envolvidos. O Supremo Tribunal Federal apenas determinou que a alternativa menos custosa fosse aplicada.

Conclui-se este raciocínio com as palavras de Laurentiis[103]:

> Assim, o que se busca com o teste da necessidade não é aferir se o Estado considerou todas as peculiaridades do caso e encontrou o meio interventivo que, comparativamente, se mostra menos intenso de todos. Decisivo é, ao contrário, saber se há uma disparidade tal entre os graus de intervenção das medidas implementada e substitutiva, que torne a decisão estatal excessiva e abusiva.

---

[101] Lei Ordinária 10.248/1993, Paraná.
[102] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 Paraná**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 12 out. 2019.
[103] LAURENTIIS, op. cit., p. 242.

Assim, a tarefa que se tentará cumprir no presente capítulo é comparar a expulsão de estrangeiro com meios alternativos à expulsão de estrangeiro para atingir os mesmos fins de manter a ordem pública e a segurança nacional.

Observando o direito nacional, encontrou-se outro ramo do Direito que lida especificamente com o alcance desses fins: o Direito Penal. No presente capítulo, tentar-se-á demonstrar que os dois ramos jurídicos guardam muitas semelhanças, buscam alcançar os mesmos fins e podem chegar a se confundir.

O propósito é avaliar se há real "necessidade" de coexistir o sistema punitivo penal e a expulsão do estrangeiro.

2.2 MEIOS IGUALMENTE ADEQUADOS.

A primeira etapa da análise da "necessidade" é encontrar meios alternativos ou que também promovam o fim de algum modo.

O meio alternativo encontrado foi a aplicação de sanções penais.

Tanto a aplicação da medida administrativa sancionadora em análise, como a pena jurídico-penal, tem como fim a proteção de bens jurídicos. No caso da expulsão, é a manutenção da ordem pública e da segurança nacional. No caso da pena jurídico-penal, varia conforme a conduta tipificada; são vários os bens jurídicos protegidos. Trata-se de reações estatais a condutas reprováveis.

A comparação não teve por foco o sistema penal inteiro. Apenas a uma porção dele, cujo conteúdo material se sobrepõe em um número de ocasiões com a expulsão de estrangeiro. Destaca-se que essa reflexão é possível, apenas não é o foco do presente estudo. Tal área de atuação em comum existe por conta da ampla definição de "ordem pública" e "segurança nacional" abordadas no capítulo anterior.

Contudo, mesmo que a Lei de Migração e o Estatuto do Estrangeiro apresentem essa sobreposição com o direito penal, eles variam largamente.

Para a Lei Antiga, isso era deixado à dedução acadêmica. Era necessário interpretar, caso-a-caso, o significado das expressões em aberto. Afinal, a Lei foi escrita com termos

polissêmicos com a intenção de encaixar vários cenários[104]. Apenas algumas das condutas que incitavam especificamente a instauração do processo de expulsão eram mencionadas, outras, não. Algumas condutas "vedadas" ao estrangeiro, no Estatuto, suscitavam a instauração do processo sem constituir um ilícito penal.

Contudo, para a Lei Nova, a sobreposição é evidente, pois as hipóteses fazem explícita referência à condenação por crime comum ou crime tipificado no Tratado de Roma. Dessa forma, é observável que o escopo material da expulsão de estrangeiro coincide com o dos crimes comuns. Tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo, que cuidam da condição do estrangeiro, disciplinam sanções para os mesmos fatos. Um depende do outro, inclusive.

Assim, baseado apenas no texto da Lei, é possível concluir que o legislador intencionalmente fez coincidir o conteúdo material dos crimes comuns e da expulsão de estrangeiro. Isto é, o processo de expulsão pode ser instaurado pela ofensa a qualquer dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, basta que seja considerado grave o suficiente.

Concluído que ambos buscam atingir os mesmos fins, resta compará-los, delinear qual o "necessário", se houver, e analisar se deveriam coexistir.

Para auxiliar nessa análise, estudou-se também a maneira como o Direito dos Estados Unidos da América trata a coexistência do Direito de Imigração, na forma da deportação com base em crime (*crime based deportation*) e o Direito Criminal, fenômeno que apelidam de *Crimmigration*.

É possível delinear pelo menos duas razões para analisar o Direito Americano.

A primeira delas é que a pressão sobre o Direito de Imigração nos Estados Unidos é bem maior que no Brasil e, por razões políticas, é também mais polêmica. O número de imigrantes que entra no território americano por ano, regulares e irregulares, supera o brasileiro em mais

---

[104] Como bem explica Cahali: *"Em realidade, o critério proposto pelo legislador mostra-se inevitável, tanto mais quanto nesta matéria não se pode pormenorizar, deixada a conveniência da medida ao prudente arbítrio da Administração. Assim, expondo à expulsão o estrangeiro que, 'de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional', utiliza a lei, como observa Lacerda de Almeida, 'fórmula única que convém à natureza e extensão do poder a à imensa latitude dos casos que pode compreender ou a que se pode aplicar'.*
[...]
Igualmente amplo, sem parâmetros a serem confrontados, o conceito de atentado à ordem política ou social, à tranquilidade ou moralidade pública e à economia popular, ou o procedimento nocivo à conveniência e aos interesses nacionais". CAHALI, op. cit., p. 205.

de cinco vezes[105]. Em verdade, a nação se destaca desde o começo do século XX como uma terra de oportunidades, assim continua a atrair imigrantes de todo o mundo[106].

A segunda é que o Direito Americano evolui no sentido contrário ao Brasileiro. Isto é, enquanto o Direito Brasileiro torna suas normas de imigração garantistas e organizadas (mesmo sem a análise mais profunda que ora se propõe, é possível perceber a evolução de uma legislação para a outra), o Direito Americano torna-se mais rígido e generalista.

A doutrina americana é bastante vocal quanto à insensatez e desproporcionalidade que o sistema alcançou, como se demonstrará a seguir. Alguns dos trabalhos desses juristas argumentam a favor da extinção da deportação por crime por completo.

Pela pluralidade de trabalhos sobre o assunto e pela profundidade no debate acadêmico americano, achou-se razoável trazer uma amostra de suas contribuições aos estudos ora desenvolvidos.

Assim, começar-se-á por (1) uma breve descrição do Direito Penal e seus propósitos para, em seguida, averiguar se é um meio adequado, mas não exagerado, para alcançar a manutenção da ordem pública, segurança nacional e os bens jurídicos sobre sua alçada. Por fim, (2) proceder-se-á com uma comparação entre ele e a expulsão de estrangeiro, onde se poderá observar suas semelhanças e diferenças com a expulsão.

As metas do presente capítulo são (i) demonstrar que o Direito Penal e a expulsão são meios adequados para lidar com a contenção da criminalidade onde o autor da conduta é estrangeiro e (ii) discutir se eles devem coexistir.

2.2.1 Direito Penal como meio para a manutenção da ordem pública e da segurança nacional.

O direito penal adota para si, essencialmente, a mesma função que a expulsão de estrangeiro. Acontece que o direito administrativo sancionador, que disciplina a situação

---

[105] Segundo estudo promovido pela Comissão Técnica de População e Desenvolvimento, subordinado ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidos, a porcentagem da população que corresponde a migrantes internacionais é 0,4% no Brasil, enquanto nos Estados Unidos é 15,4% e na Argentina, 4, 9%. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/wallchart/docs/MigrationStock2019_Wallchart.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

[106] TITTENBRUN, Jacek. The Myth of American Dream. **World Scientific News**, 2015, EISSN 2392-2192.

jurídica do estrangeiro, se aplica apenas aos estrangeiros, enquanto o escopo de atuação do direito penal é bem maior. Virtualmente, qualquer indivíduo imputável pode sofrer uma sanção penal, contudo apenas estrangeiros podem ser expulsos.

Não convém analisar em detalhes o processo pelo qual passou a razão da existência da sanção penal, dado que não é o foco do presente trabalho. O que importa para o raciocínio é o estado da arte e como ela foi recepcionada pelos tempos pós-modernos.

Assim, em seus primórdios, a sanção penal era uma *retribuição* aplicada ao indivíduo cuja conduta causou algum dano[107]. Era o meio Estatal de fazer com que um indivíduo pagasse pelo seu dano a sociedade. Portanto, pouco se falava em manter a paz social; apenas que, quem comete um crime, por ele tem que pagar[108].

Contudo, hoje, a justificativa para existência da pena é ligada não a punição, mas a *prevenção* de crimes. Pode parecer contra intuitiva a ideia de prevenir uma conduta por meio da aplicação de uma pena após seu acontecimento. Porém, os criminalistas sustentam que a existência da pena, a ameaça de retaliação do Estado, tem esse efeito.

Essa ideia foi concretizada em doutrina por Beccaria, adepto do iluminismo penal que, no século XVIII, publicou seu livro *"Dos Delitos e Das Penas"*[109]. Nele, o autor introduz várias ideias que foram refinadas com o tempo e ainda são aplicadas hoje no direito penal, como a vedação à tortura e aos castigos físicos e o direito ao devido processo legal.

O autor introduz com sucesso em seu livro que as penas devem existir para *prevenir* crimes. Na sua visão, a existência da pena ainda deve ter o caráter de punir a conduta, o indivíduo deve algo ao estado, mas também deve servir como estímulo negativo, para que outros não venham repeti-la[110]. Para ele, o Estado deve se abster de punir quando não for necessário e só deve aplicar penas proporcionais a conduta, caso-a-caso.

---

[107] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, passim.
[108] Idem.
[109] BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas:** São Paulo: Martin Claret, 2001, passim.
[110] *"É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes de impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.*
[...]

Trazendo uma demonstração desse raciocínio para tempos modernos, tomem-se as palavras de Jorge de Figueiredo Dias quando escreveu sobre as finalidades e limites das penas criminais:

> A base irrenunciável da solução aqui defendida para o problema dos fins da pena reside pois em que **estes só podem ter natureza preventiva** – seja da prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa -, não natureza retributiva. O direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à "autonomia") de cada pessoa o mínimo de seus direitos, liberdades e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seis bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto pessoa e enquanto membro da comunidade[111]. (destaque nosso)

Com isso em mente, buscou-se definições concisas do Direito Penal para facilitar a análise. Na linha do exposto acima, define Guilherme Nucci que o Direito Penal existe como resposta estatal a condutas não desejadas. Isto é, o Direito Penal existe para punir e inibir condutas consideradas intoleráveis dentro da sociedade, para as quais não seria suficiente impor penas civis ou pecuniárias[112]. É necessário, para controlar estes comportamentos, ameaçar a liberdade física do indivíduo:

> Qual é a razão de existência do direito penal, considerado o mais rígido de todo o ordenamento jurídico? A função do direito penal é apaziguar a sociedade permitindo que todos vivam em equilíbrio, sem quebrar as regras estabelecidas? A sua finalidade é reeducar a pessoa punida ou simplesmente reprimi-la?
> Essas indagações terminam demonstrando o que pretendemos debater. E, sem maiores delongas, o direito penal possui a função de atuar, no cenário jurídico, quando se chega à última opção (*ultima ratio*), vale dizer, nenhum outro ramo do direito conseguiu resolver determinado problema ou certa lesão a bem jurídico tutelado. [113]

Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis simples e claras; fazei-as anar; e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupa constantemente em destruí-las". BECCARIA, op. cit., p. 113.

[111] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 104.

[112] *"Muitas normas extrapenais (civis, administrativas, tributárias, trabalhistas etc.) fixam sanções para condutas ilícitas. Nem todas resolvem a transgressão de maneira definitiva. Noutros termos, as sanções extrapenais podem chegar a ponto de incentivar o ilícito por serem consideradas brandas demais. Eis que surge o braço forte do Estado, impondo a pena, que implica, em última análise, a possibilidade de prisão (cerceamento da liberdade individual)".* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** Parte geral: arts. 1º a 120 do Código Pena. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 64.

[113] Ibidem, p. 68-69.

Outra forma de expressar a mesma ideia foi trazida por Cezar Roberto Bitencourt, o qual explica que o Direito Penal pode ser definido como o limitador da capacidade punitiva estatal. Partindo da ideia de que o poder de repressão Estatal é virtualmente imensurável, o Direito Penal seria regulamentação e direcionamento desse poder. Em suas palavras:

> O Direito Penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes — penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. [114]

Assim, em essência, pode-se dizer que o raciocínio básico do Direito Penal é: (i) o Estado seleciona condutas as quais considera intoleráveis, por ofenderem bens jurídicos seletos e estabelece penas para aqueles que as realizarem; (ii) essas normas devem ser de conhecimento público para que os indivíduos estejam cientes das penas e abstenham-se de incorrer nessas condutas; (iii) retira do cidadão a legitimidade para exercer a força e toma para si o dever de punir a conduta e "restabelecer" a ordem pública.

Cabe aqui fazer mais uma observação. Dos textos colacionados acima, apreende-se também que o Direito Penal é tido como "*ultima ratio*"[115], isto é, ele se coloca como última alternativa para lidar com condutas indesejadas. Tanto que Nucci destaca que o Direito Penal só deve ser acionado quando qualquer outro ramo do direito não conseguir conter a conduta indesejada e esta for intolerável[116].

Feita esta brevíssima introdução, volta-se agora para uma sucinta análise de adequação do Direito Penal, primeiro teste da prova de proporcionalidade.

---

[114] BITENCOURT, op. cit., p. 57.
[115] Ibidem, p. 96.
[116] NUCCI, op. cit., p. 64.

Esse mecanismo consegue dissuadir um indivíduo de praticar condutas que ferem os bens jurídicos protegidos pelas sanções? Ele protege a ordem pública e mantém a segurança nacional?

É certo que uma parcela da sociedade se abstém de cometer crimes por temer a aplicação de uma pena ou mesmo das consequências dessas penas (perda de direitos políticos, "ficha suja" por cinco anos após o cumprimento da pena), porém, uma considerável fração dela não. Não se questiona que a existência da pena e suas consequências colaterais é um elemento que *pode* dissuadir o cometimento de crimes, mas sua eficiência pode ser questionada.

Basta tomar como exemplo a Lei de Crimes Hediondos (Lei n° 8.072) que, promulgada 25 de julho de 1990 pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, assistiu à escalada da criminalidade no Brasil no período subsequente.

O que essa Lei fez, em essência, foi criar um regime especial para o processamento e punição de um rol seleto de crimes considerados especialmente danosos à sociedade, como demandava a Constituição Federal de 1988. Nesta seleção estão o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio, o latrocínio, o estupro de vulneráveis, o estupro, entre outros. O propósito da promulgação da Lei era de declarar aversão pública aqueles crimes pelo seu caráter antiético. São crimes deveriam ser expurgados da sociedade.

Contudo, não foi esse o efeito que se assistiu nos anos seguintes.

A fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) publica anualmente um estudo intitulado "Atlas da Violência", o qual relata o número de homicídios no Brasil e é evidente uma escalada nesta taxa.[117] Isto é, o aumento da pena para alguns crimes não surtiu qualquer efeito sobre a contenção do fenômeno da criminalidade, o qual continua a subir.

A mesma tendência pode ser observada para outros crimes da Lei.

A Lei de Crimes Hediondos é apenas um exemplo. O mesmo raciocínio pode ser aplicado a Lei de Crimes Cibernéticos ou mesmo Corrupção Ativa e Passiva. A existência da

[117] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da violência 2019.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 12 nov. 2019.

pena e a expectativa de aplicação não barram o cometimento desses crimes ou mesmo sua incidência.

Poder-se-ia sustentar que a presente avaliação é muito simplista e considera isoladamente dois fatores: criminalidade e incidência da pena. Dever-se-ia considerar também a eficiência da aplicação da pena. A burocracia e morosidade do judiciário são notórias no Brasil, a despeito de seus avanços. O próprio Beccaria menciona em seu livro que a pena tem de ser certa e logo aplicada.

Além disso, um percentual expressivo de crimes no Brasil não é julgado. Não há um centro que relate o número de homicídios solucionados no Brasil, mas estima-se que sejam 10% apenas. O que revela uma severa impunidade.

Assim, a morosidade dos julgamentos e da polícia judiciária (por sucateamento ou falta de condições para investigar) deveriam também ser levados em consideração.

Porém, como destacado acima, o ponto da aplicação da sanção penal não é punir todos os crimes em um sistema "teoria das janelas quebradas"[118], mas que a existência da pena e da máquina repressiva sirvam de estímulo negativo para o cometimento de crimes. Coisa que não necessariamente se observa.

No caso dos crimes hediondos, alguns economistas apontam para outras soluções, sequer cogitadas pelo poder público brasileiro. A garantia de direitos reprodutivos às mulheres e a sua entrada no mercado de trabalho são apontados como reais fatores que teriam impacto sobre a criminalidade[119]. Segundo eles, evitando-se gravidezes indesejadas (por meio ad disponibilização de anticoncepcionais e a legalização do aborto) e desenvolvendo a economia para aumentar a renda dos grupos sociais mais baixos são medidas mais eficientes para promover a manutenção da ordem pública a longo prazo[120].

---

[118] CERDÁ, Magdalena et al. Misdemeanor Policing, Physical Disorder, and Gun-related Homicide: A Spatial Analytic Test of "Broken-Windows" Theory. **Epidemiology**, New York, v. 20, n. 4, p.533-541, jul. 2009.

[119] Nesse sentido: LEVITT, Steven D. Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not. **Journal of Economic Perspectives**, Chicago, v. 18, n. 1, p.163-193, nov. 2004. Quadrimestral.

[120] (i) III, John J. Donohue; LEVITT, Steven D.. THE IMPACT OF LEGALIZED ABORTION ON CRIME. **The Quarterly Journal Of Economics**, Massachusetts, v. 116, n. 2, p.379-420, maio 2001. Quadrimestral; (ii) DONOHUE, John J.; LEVITT, Steven D.. THE IMPACT OF LEGALIZED ABORTION ON CRIME OVER THE LAST TWO DECADES. **Becker Friedman Institute**, Chicago, v. 1, n. 1, p.1-30, maio 2019. Working Paper N° 2019-75.

Além disso, Juliet Stumpf relata em seu artigo "*The Crimmigration Crisis*" que a postura governamental "*Tough on Crime*" (em português, seria algo como "pesado contra o crime") aplicada nos Estados Unidos da década de 80, que instituiu penas maiores e mais efeitos acessórios para a condenação de qualquer crime, violento ou não, assistiu ao encarceramento em massa da população americana[121]. Hoje, a maior população carcerária do mundo é a dos Estados Unidos da América, chegando a 5% da população estar dentro de presídios, e, ainda assim, o país não assistiu a um declínio nos índices de criminalidade.

Contudo, independente da efetividade do direito penal em um cenário macro, ainda se reconhece que, a existência das penas faz com que uma parcela da população deixe de cometer crimes. Não é o único fator: trata-se de um problema sistêmico e complexo, mas certamente surte o efeito de dissuadir uma parcela da população de cometer crimes.

Assim, para os propósitos da "prova" de proporcionalidade, é possível concluir que a aplicação de sanções penais é adequada para proteger bens jurídicos.

Tem-se, portanto, dois meios adequados. Cumpre, agora, compará-los.

2.2.2 A aplicação de sanções penais e a deportação por crime nos Estados Unidos da América.

O propósito do presente item e do seguinte é evidenciar as semelhanças e diferenças entre a aplicação de sanções penais (no que concerne imigração e imigrantes) e a expulsão de estrangeiro, de modo a criar uma base para discutir se um dos dois é mais "necessário" que o outro ou se deveriam coexistir.

Em função das perspectivas que se encontrou no direito americano, nada mais justo que fazer uma breve introdução sobre a conexão entre direito penal e direito de imigração nos Estados Unidos da América para, em seguida, analisar as considerações brasileiras sobre a mesma relação.

Atualmente, nos Estados Unidos da América, é possível observar um campo onde Direito Penal e Direito de Imigração se confundem. Não se trata apenas de abordar o mesmo

[121] STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. **American University Law Review**, Washington, vol. 56, n. 2, p. 367-420, dez. 2006, passim.

conteúdo material, os dois ramos atingiram níveis alarmantes de semelhança. Essa coincidência material e processual a doutrina apelida de "*Crimmigration*".

Diferente do Brasil e países de cultura jurídica romano-germânica em geral, a Lei americana não diferencia expulsão e deportação. Uma denominação única, *deportation*, é utilizada para designar a saída compulsória do país. O que varia é motivo determinante da deportação.

Essa polissemia acontece porque a deportação baseada em crime (*crime based deportation*) é, de certa forma, uma novidade no ordenamento. Em verdade, a deportação era um fenômeno puramente administrativo até 1910, e ocorria apenas em função da entrada ou estadia irregular de um indivíduo[122]. Até os anos 1980, era raro que um indivíduo com estadia legal nos Estado Unidos fosse expulso pelo cometimento de um crime[123].

Acontece que a imigração é um assunto muito politizado nos Estados Unidos da América e a doutrina denuncia e critica a maneira como a deportação passou de uma medida administrativa para um efeito colateral de uma condenação penal. Em termos técnicos, foi de uma medida administrativa para corrigir a entrada ou estadia ilegal de um indivíduo para uma sanção severa e generalista que sucede uma condenação penal.

Fez-se o recorte da análise começando em 1984. Ano da promulgação do ACCA, um dos *Acts* que formaram a política governamental "*Tough on Crime*". Trata-se da resposta aos índices galopantes de criminalidade nos Estados Unidos na década de 80[124]. Decidiu-se combater o cometimento de crimes e a reincidência com o aumento das sanções, penais ou administrativas, e da brutalidade policial.

O impacto dessa política foi de tal proporção que afeta a cultura americana até hoje. Juliet Stumpf explica que o imaginário popular foi de perceber imigrantes como indivíduos

---

[122] HONG, op. cit., p. 2086 – 2087.

[123] Vale destacar que existem exceções a esse raciocínio. No século XIX, na época da febre do ouro, imigrantes trabalhadores asiáticos oriundos, pincipalmente, do Japão e da China eram coletivamente deportados dos Estados Unidos da América, pois as normas de imigração eram da competência dos Estados federados, e estes permitiam a entrada, mas não garantiam a cidadania. Após o julgamento do caso Chy Lung v. Freeman, 92 U.S. 275 (1876), legislar sobre imigração passou a ser da competência federal, a qual padronizou o processo para conseguir cidadania americana. SWEENEY, Maureen; SCHOLTEN, Hillary. Penalty and Proportionality in Deportation for Crimes. **Saint Louis University Public Law Review**, Saint Louis, v. 11, n. 1, p.11-42, jan. 2011.

[124] HONG, op. cit., p. 2121.

trabalhadores em busca do "sonho americano" para taxá-los de criminosos que querem atravessar a fronteira para ameaçar a nação[125].

Essa visão atingiu seu impacto mais forte após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Por mais que estatísticas e estudos demonstrem que a percepção da população americana em relação aos imigrantes está equivocada, o trauma foi tão profundo que assentou esse viés na mente de uma parcela significativa da população americana[126].

A partir desse momento, as deportações em razão do cometimento de crimes tornaram-se banais. O governo passou a deportar milhões de pessoas dos Estados Unidos da América. Entre 1908 e 1980, foram deportados em torno de 56.000 imigrantes e, em 2004 apenas, mais de 88.000 imigrantes foram deportados[127]. Em um ano, mais indivíduos foram expulsos por cometimento de crime que nos setenta e dois anos precedentes.

Essa deportação em massa é possível em função de dois textos de lei: o *Armed Career Criminal Act of 1984* (ACCA) e o *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* (IIRIRA ou IIRAIRA).

O ACCA é uma legislação federal americana cujo propósito era combater a reincidência de crimes, especialmente aqueles relacionados ao tráfico de drogas. O que ele faz, basicamente, é impor um mínimo de quinze anos de pena para um indivíduo reincidente que estivesse em posse de uma arma de fogo, independente de qual fosse a conduta anterior. Não era necessário que a conduta fosse violenta, ou que envolvesse o armamento em questão, apenas que o indivíduo estivesse em posse de uma arma de fogo[128].

O IIRIRA é uma legislação que expandiu drasticamente o número de crimes em razão dos quais cabia expulsão e removeu a discrição de juízes de imigração em considerar as circunstâncias do caso e "dar uma segunda chance" àqueles que contribuíram com o país de alguma forma (por meio de serviço militar, serviço comunitário ou mesmo estar empregado há muitos anos).

---

[125] STUMPF, loc. cit.
[126] STUMPF, p. 373 – 375.
[127] STUMPF, p. 385 – 386.
[128] HONG, op. cit., 2128.

Kari Hong explica em seu artigo "*The Absurdidty of Crime-Based Deportation*" que a coexistência dessas legislações faz com que virtualmente qualquer condenação criminal tenha por efeito colateral a expulsão, seja um crime complexo, seja estupidez:

> Crimes that state courts considered minor, not meriting lengthy sentences, or expunged under state law did not have immigration consequences. IIRIRA changed that scheme. IIRIRA replaced the measured, individualized determinations with a new legal framework that subjected non-citizens to deportation by lumping types of crimes into crude categories, attaching consequences based on potential **-** and not actual **-** sentence length, no longer recognizing the lines between felony and misdemeanor and vacated versus continuing offenses, and no longer offering second chances to those whose equities outweighed their mistakes. As a result, a college student who urinates in public, who is convicted of a misdemeanor public indecency crime, and whose conviction is expunged under state law will be treated identically to a child molester who willfully preys on children in public. [129]

Apenas a título de exemplo, o artigo "*Judging Immigration Equity*", conta o caso de um homem que era veterano do exército americano, que tinha residência permanente há mais de vinte anos. Ele foi pego pela polícia em posse de maconha e quase foi expulso por isso[130]. A razão pela qual conseguiu se eximir foi por erros na condução do processo.

Assim, a doutrina estuda essa passagem da deportação de uma sanção remediativa, isto é, para consertar uma falha administrativa, para uma sanção punitiva, na qual a medida é utilizada como punição colateral pelo cometimento de um crime[131].

No Brasil, também é possível observar a preocupação com a sobreposição de expulsão e sanções penais. Márcio Adriano Anselmo, no artigo "*Crimigração: A criminalização do*

---

[129] HONG, op. cit., p. 2074-2075.

[130] CADE, Jason A. Judging Immigration Equity: Deportation and Proportionality in the Supreme Court, **U.C. Davis Law Review**, vol. 50, n. 3, p. 1029-1108, fev. 2017.

[131] *"A growing literature has developed that examines the increasing overlap and similarities between criminal justice practices and theories justifying criminal justice punishment and immigration regulation and enforcement. This literature, broadly referred to as "crimmigration," has raised important questions about the continued denomination of immigration regulation as a civil regulatory system. This is particularly true with regard to deportation, which historically has been understood to be something other than criminal punishment by the U.S. Supreme Court. A number of scholars writing in the area of crimmigration have articulated the specific ways in which certain uses of deportation are in fact punitive. These scholars have pointed to the historical meaning of deportation, congressional intent, and the severity of the consequences. For each of these factors scholars have identified deterrence, retribution, or incapacitation as the justification for deportation, which mirrors the traditional justifications for criminal punishment. An analysis of these factors leads scholars to conclude that deportation can be punitive and is deserving of the constitutional protections provided to criminal sanctions"*. BANKS, Angela Marie. Proportional deportation. The Wayne Law Review, vol. 55, n. 04, p. 1651-1682, 2009, p. 1657

estrangeiro no Brasil e seus efeitos", destaca como o Estatuto do Estrangeiro ("Lei Antiga") permitia a utilização da medida de expulsão (em tese, administrativa) como sanção penal. Para isso, o autor cita os artigos 338 e 309 do Código Penal e o artigo 125 do Estatuto do Estrangeiro, onde a expulsão está prevista como sanção a ser aplicada, logo ao lado da sanção penal[132].

Em uma análise mais profunda do significado da "*Crimmigration*", Juliet Stumpf, no artigo "*The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power*", destaca como o direito de imigração ("*immigration law*") se assemelha ao direito penal ("*criminal law*") no Direito Americano e aponta três critérios em que os dois são praticamente idênticos[133].

O primeiro critério é a coincidência no direito material. A autora percebeu que, ao longo do tempo, tanto condutas penais se tornaram puníveis por deportação como condutas que eram meramente ofensas civis cometidas por estrangeiros, tornaram-se crimes.

Além disso, a autora faz uma observação quanto ao efeito das sanções penais e administrativas: a relação com o espaço. A sanção penal ameaça à liberdade por confinar um indivíduo a um espaço, ou seja, proíbe-o de sair. Já a expulsão, proibi-o de adentrar um espaço.

O segundo critério são as semelhanças em termos de aplicação do Direito. Neste item, ela cita uma gama de situações em que a estrutura necessária para aplicar o direito penal é quase idêntica ao direito de imigração.

Em primeiro lugar, ela menciona a aparência e os poderes dos oficiais encarregados. Nos Estados Unidos, a Agência responsável pela aplicação das leis de imigração se chama *Immigration and Customs Enforcement* (sob a sigla ICE) e a responsável pela patrulha da fronteira se chama U.S. Customs and Border Protection. A autora explica que, quando foi criada, a guarda da fronteira americana tinha apenas 450 oficiais e que alistava fazendeiros e indivíduos que já habitam nas redondezas. Contudo, a partir de 1986, o Congresso começou a aprovar sucessivos aumentos a esses números, bem como mais fundos para o seu funcionamento. Hoje a patrulha da fronteira assemelha-se mais ao exército americano que a um órgão administrativo[134].

---

[132] ANSELMO, Márcio Adriano. *Crimigração*: a criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos, **Revista de Informação Legislativa**, vol. 50, n. 197, p. 143-160, jan. 2013.
[133] STUMPF, loc. cit.
[134] Idem.

Já a ICE apareceu recentemente nos jornais do mundo em meio às ondas de deportação promovidas pelo governo americano. O que chamou a atenção não foi particularmente as deportações em si, mas a maneira como foram feitas. Os imigrantes foram detidos em centros para que seu processo de deportação fosse avaliado. Enquanto isso, seus filhos eram levados a outros estabelecimentos ou, quando cidadãos americanos, deixados para tomarem conta de si enquanto seus pais estavam detidos ou eram deportados[135].

Percebe-se, pois, que os órgãos encarregados de aplicar as leis de imigração têm um caráter impositivo e severo, os quais se assemelham ao direito penal.

O terceiro critério são os paralelos procedimentais. Da mesma forma como no direito penal, o imigrante a respeito do qual pende a decisão de expulsão deve colocar-se diante de um juiz, apresentar defesa e testemunhas.

Assim, essas são as observações que a autora faz para demonstrar a existência do "*Crimmigration*".

2.3 A SOBREPOSIÇÃO ENTRE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS NO BRASIL.

O propósito do presente item é questionar explicitamente se há possibilidade de incidência do princípio *ne bis in idem* nas hipóteses de crimes comuns praticados por estrangeiros. Para isso começar-se-á fazendo um paralelo entre as observações feitas pela doutrina americana no estudo do fenômeno "*crimmigration*", começando de trás para frente.

Em termos procedimentais, os paralelos entre direito penal (e processo penal) e direito administrativo imigratório são evidentes, mas com uma diferença: o expulsando não é apresentado diante de um juiz, instruído para analisar seu caso, cabe ao juízo de conveniência e de oportunidade do Ministro da Justiça a sua expulsão.

Além disso, a defesa que o expulsando pode apresentar é exclusivamente a existência de conexões familiares que tenha formado com brasileiros. Por mais que sejam importantes, não é

[135] DICKERSON, Caitlin et al. **ICE Launches Raids Targeting Migrant Families.** Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/14/us/ice-immigration-raids.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

razoável que a caracterização de um indivíduo seja feita apenas por suas relações familiares. A vida humana é bem mais complexa. O indivíduo pode ser um ótimo funcionário, empregado ou empreendedor, um bom amigo, participar de uma comunidade no Brasil, ter envolvimento social, e, ainda assim, não constituir família. No Direito Americano, muitos autores fazem menção a demonstrar a contribuição com o país de outras formas, como serviço militar, formação acadêmica e estar empregado há um tempo (pelo menos até antes da reforma nos anos 90).

Quanto às semelhanças no aparato logístico para a aplicação da Lei, no Brasil a coincidência de tratamento é maior ainda. Sequer há duas agências para lidar com Leis de imigração. É competência da Polícia Federal a instauração do inquérito e a investigação que nutrirá o Inquérito de Expulsão, de maneira que a detenção e processo são feitas pelos mesmos agentes nos mesmos espaços que a tramitação penal ocorreria.

Dow pondera que a coincidência de estruturas e aparato legal para a imigração e os processos penais talvez não advenha especificamente de planejamento, mas da falta dele[136]. Para o autor, a *crimmigration* chegou ao seu atual estado por meio de sucessivas legislações que não se preocuparam em programar o aparato para aquela atividade.

O foco de seu trabalho é demonstrar como a convenção jurídica de chamar os imigrantes nos centros de detenção e prisões americanas de "detentos" é uma mentira. São pessoas detidas em prisões, com liberdade de locomoção cerceada, como se fossem prisioneiros, e se alimentam da mesma comida, dormem nas mesmas camas, mesmo que não tenham passado por qualquer rito judicial para chegar lá.

Assim, pelo menos em primeiro relance, o direito penal se parece muito com o direito administrativo de imigração.

Mas o que realmente interessa a este trabalho é a sobreposição material. É o momento em que direito penal e administrativo se misturam em função da nacionalidade do acusado.

Para tratar dessa ideia é necessário adicionar uma perspectiva neste trabalho: o princípio *ne bis in idem.*

---

[136] DOW, Mark. Designed to Punish: Immigrant Detention and Deportation, **Social Research**, vol. 74, n. 2, p. 533-546, jun. 2007.

Na bibliografia brasileira clássica, o *ne bis in idem* é o mandamento que impede a dupla persecução penal para o mesmo indivíduo, pelos mesmos fatos. Assim, proíbe-se que haja, ao mesmo tempo, identidade de réu, fatos e fundamentos para persecuções penais diferentes.

Contudo, há outra perspectiva desse princípio, que o expande. Para tal, analisar-se-á o trabalho de Keity Saboya, no livro "*Ne Bis in Idem: história, teoria e perspectivas*".

A separação dos ramos do direito no século XVIII fez com que o *jus puniendi* do estado fosse fracionado. Havia, portanto, direito administrativo, revestido do poder de polícia, com a incumbência de manter a ordem, e o direito penal, para proteger bens jurídicos específicos, em condutas especialmente reprováveis. Em outras palavras, tanto o direito penal como o administrativo com caráter sancionador.

Acontece que, com o tempo, a delimitação entre direito penal e direito administrativo se tornou esfumaçada. Surgiram situações em que um indivíduo sofre persecução em duas esferas pelas mesmas condutas. Isso não é difícil de observar no Direito brasileiro.

Portanto, a proposta da autora é resgatar o desenvolvimento desse raciocínio ao longo dos anos e sugerir uma atualização de seu significado.

Saboya observa que o princípio *ne bis in idem* existe, especificamente, para proteger o cidadão da ação punitiva estatal excessiva. Em essência, um ato delituoso deveria dar origem a uma única (re)ação estatal. Uma consequência jurídico-repressiva para cada conduta delituosa.

A consequência disso é que o uso do *jus puniendi* deveria também ser único, entre as esferas jurídicas. De maneira que havendo consequência jurídico-repressiva de natureza penal não deveria haver na esfera administrativa, e vice-versa. Contudo, tal sanção única deveria agregar características de todas as esferas jurídicas envolvidas[137].

Aliando esse raciocínio ao da "necessidade", prova ora analisada, a sobreposição do direito penal e do direito administrativo ganha novas dimensões de incoerência.

Para a Lei Antiga (Estatuto do Estrangeiro), a sobreposição acontecia apenas em algumas situações. Havia condutas que ensejavam a abertura de inquéritos de expulsão, mas não tinham

[137] SABOYA, Keity. **Ne Bis in Idem: história, teoria e perspectivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 103-168.

qualquer conexão com o direito penal. Contudo, a Lei Atual (Lei de Migração) sobrepõe os dois necessariamente. O cometimento de um crime por um indivíduo estrangeiro enseja a abertura do inquérito.

Desse raciocínio, surge a dúvida: se a expulsão de estrangeiro não é uma sanção administrativa, mas sim um ato administrativo[138], essa análise seria cabível?

Em termos de teoria jurídica, não há nada que sustente essa convenção. São indivíduos que passaram pelo sofrimento de deixar o local onde estavam legalmente, mesmo após ter "quitado sua dívida" com o Estado e a Ordem Pública, que serão presos e investigados pelos mesmos órgãos que analisaram seus processos criminais, pelos mesmos fatos e fundamentos. Em outras palavras, não há lógica ou observação empírica que sustente a afirmação de que expulsão é um ato administrativo e não uma sanção administrativa.

2.4 OS USOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO NA HISTÓRIA DO BRASIL.

Analisando a história do Brasil, é possível perceber que a expulsão de estrangeiros foi usada como um filtro social e não realmente como um mecanismo da proteção da ordem interna. Buscar-se-á demonstrar isto neste item.

A expulsão de estrangeiros não é um mecanismo novo. Existem relatos disso na Grécia Antiga, em Roma, nas primeiras nações europeias[139]. Contudo, para tornar a exposição mais objetiva, o foco será colocado na história do Brasil desde o momento de sua independência até os dias de hoje.

Tentar-se-á demonstrar que enquanto políticas de incentivo a imigração promovidas pelo governo buscaram atrair tipos específicos de indivíduos a expulsão era usada como artifício para remover deste grupo indivíduos considerados inconvenientes conforme ideologias dominantes.

Resumindo o raciocínio de forma objetiva, para cada período da história do Brasil e segundo ideologias predominantes para cada um desses momentos, a administração buscou

[138] O que depende unicamente de um juízo de conveniência e oportunidade por parte do Ministro da Justiça, como vimos.
[139] DUCROQUETZ, op. cit., p. 47–50.

adicionar à sua população indivíduos que considerava desejáveis e livrar-se daqueles que, por mais que fizessem parte desse grupo, fossem considerados inconvenientes.

Basicamente, um filtro.

Far-se-á um paralelo entre as constituições que vigoraram no Brasil, as Leis sobre expulsão de estrangeiros e as políticas migratórias, de forma a evidenciar as variáveis propostas acima.

Vale a ressalva de que o objetivo do presente item é constituir uma das premissas necessárias ao raciocínio do trabalho como um todo e a fundamentação será feita na medida cabível para tal. O propósito, portanto, não é exaurir a temática.

Começa-se pelo Brasil Império e a República Velha. Atente-se para este breve resumo feito por Neide Patarra e Duval Fernandes. Em sua contribuição para o trabalho "*Las Políticas Públicas sobre Migraciones y La Sociedad Civil en América Latina*", os autores explicam de maneira sucinta a teoria traçada pela professora Maria Stella Ferreira Levy, em seu artigo "*O Papel da Migração Internacional na Evolução da População Brasileira (1872 a 1972)*"[140]. O propósito dessa citação é dar às explicações que seguem um contexto quantitativo.

> Para melhor compreensão da dinâmica migratória no Brasil no final do século XIX e início do século XX, Levy divide a entrada de imigrantes em períodos. Segundo o autor, até 1876 entraram 350.117 imigrantes no país, dentre eles 45,73% eram portugueses, 35,74% de "outras nacionalidades"; alemães totalizavam 12,97%, e italianos e espanhóis não chegavam a atingir 6%.
>
> No segundo período (1877 a 1903), observa-se uma variação das tendências observadas no período anterior: o mesmo caracteriza-se por uma intensa imigração italiana (58,49%) e uma diminuição relativa da participação dos portugueses (20%). Nesse intervalo temporal entraram no Brasil 11.927.992 pessoas, ou seja, uma média anual de 71 mil. Até 1876 eram os portugueses que constituíam o maior contingente de estrangeiros, quanto que em 1877 o número de italianos dobra em relação ao ano anterior.
>
> Nas primeiras décadas do século XX, um projeto de colonização agrícola implantado com o objetivo de promover o povoamento da terra, atraiu novamente um considerável contingente de europeus para o Sul e Sudeste do Brasil. O que configurou o terceiro período (1904 a 1930), no qual entraram no Brasil 2.142.781 imigrantes, com uma média anual de 79 mil pessoas. Durante os anos de 1915 a 1918, verificou-se uma redução no número de entradas de estrangeiros no Brasil, quando a média anual passou

[140] CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo) (Org.). Políticas Públicas e Migração Internacional no Brasil. In: CHIARELLO, Leonir Mario (Org.). **Las Políticas Públicas sobre Migraciones y La Sociedad Civil en América Latina:** Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y México. Nova Iorque: Scalabrini International Migration Network, 2011, p. 161-162.

> a ser de 27 mil pessoas. A partir de então, os portugueses voltam a constituir o maior montante de estrangeiros, eleva-se também a entrada de imigrantes que pertencem a "outras nacionalidades".

Durante a vigência da Constituição do Brasil Império, de 1824 até 1891, não havia um dispositivo legislativo que correspondesse ao que se chama hoje de expulsão[141]. Isso não quer dizer que a expulsão não era praticada[142]. Em verdade, devido a força do Poder Moderador[143], o Imperador não necessitava de um dispositivo legal que autorizasse suas ações. Dessa forma, tanto a entrada (livre ou forçada, fazendo referência aqui ao tráfico de pessoas do Continente Africano) e a saída forçada eram determinadas conforme sua vontade.

Nas palavras de Antônio Bento de Faria, Ministro do Supremo Tribunal Federal de 1925 a 1940[144]:

> Embora na Constituição Imperial e no systema jurídico, então vigente no regimen decahido, não se encontrasse mandamento ou leis especiaes referentes a – *expulsão de estrangeiros* – todavia essa medida foi adotada sempre que a aconselharam as conveniencias da Nação.

Ainda segundo o mesmo autor, por mais que não houvesse norma correspondente à expulsão, havia para disciplinar a entrada de estrangeiros no país:

> O primeiro acto com referencia a estrangeiros foi o Dec. 528 de 28 de julho de 1890, não para prescrever regras sobre a expulsão, mas para permitir a livre entrada nos portos nacionais dos indivíduos *válidos e aptos para o trabalho, não sujeitos á acção criminal* do seu paiz, com excepção, porém, *dos indígenas* da Asia ou da Africa, os quaes só teriam essa liberdade mediante auctorisação do Congresso Nacional, de acordo com as condições que fossem então estipuladas.[145]

---

[141] PARDI, op. cit., p. 25.
[142] FARIA, Antônio Bento de. **Sobre o Direito de Expulsão.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, p.64.
[143] CUNHA, Francisco. Poder estatal: a hodierna manifestação da função moderadora. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, vol. 7, n. 01, p. 83-96, 2002.
[144] FARIA, op. cit., p. 64.
[145] FARIA, op. cit., p. 63-64. No mesmo sentido, PARDI, op. cit., p. 65.

Deste contexto, extrai-se que o governo imperial estava aberto a entrada de estrangeiros, mas apenas aqueles que considerasse desejáveis para a construção do "povo brasileiro". Além de que a permanência ou não destes indivíduos não estava ligada a nenhum texto legal, apenas à vontade do soberano.

Em 15 de novembro de 1889, proclamou-se a República dos Estados Unidos do Brasil e, com ela, chega ao fim o regime monárquico e começa o período chamado de República Velha, que dura até a Era Vargas.

Foi durante a primeira parte desse período, durante o Governo Provisório liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que a primeira legislação sobre expulsão de estrangeiros foi promulgada: os artigos 399 a 404 do Código Penal de 1890. A nova Constituição só seria promulgada no ano seguinte:

> Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:
> Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias.
> § 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.
> § 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.
> Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.
> **Paragrapho unico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.**
> Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.
> Paragrapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.
> Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:
> Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes.
> Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta.
> Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.
> Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.
> **Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.**

> Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

Atente-se para o contexto deste recorte observando-se dois detalhes: (1) a escolha de termos do legislador e (2) o momento histórico em que esta Lei foi promulgada.

Em primeiro lugar, o texto legal não usa do termo "*expulsão*", mas "*deportação*"[146]. Hoje, usa-se este termo para referir-se à retirada forçosa de um estrangeiro do território nacional em função de sua estadia irregular. Isto é, o indivíduo em questão entrou no país ou nele permaneceu irregularmente e precisará sair, pagar uma multa e, logo em seguida, pleitear nova entrada, dessa vez regular.

Contudo, expulsão refere-se à retirada forçosa do país em virtude não de uma irregularidade, mas do comportamento considerado intolerável dentro do país.

É possível concluir que o texto acima trata da expulsão de estrangeiros na definição usada hoje, pois corresponde a uma conduta tida como criminosa e era direcionada especificamente para estrangeiros. Assim, mesmo que o texto não use a nomenclatura moderna, assume-se que essa é a primeira vez que a medida de expulsão é incluída no ordenamento brasileiro.

Destaca-se que nesta legislação se trata de uma pena, no sentido jurídico-penal, posto que é a medida correspondente a uma condenação criminal. Nas legislações modernas, a expulsão é uma medida administrativa.

Em segundo lugar, atente-se para o fato de que a Lei Penal é direcionada especificamente para indivíduos que não estavam em boas condições financeiras (sem emprego, sem moradia) ou que praticavam a "capoeiragem", expressão cultural em ritmo de música, trazidas pelos africanos para o Brasil[147] para defender-se de seus captores. Basicamente, esse texto legal traduz

---

[146] FARIA, op. cit., p. 64. No mesmo sentido, PARDI, op. cit., p. 25.

[147] PAIVA, Ilnete Porpino de. **A capoeira e os mestres.** 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Humanas, Letras e Arte, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007. Orientador: Prof. Dr. Edimilson Lopes Junior. Doutorado Ciências Humanas, Letras e Arte, UFRN.

a condição de vida de escravos recém-libertos em um tipo penal. Afinal, a Lei Áurea fora assinada em 1888, apenas dois anos antes da vigência do Código Penal de 1890.

Disto, pode-se supor que esta Lei tinha por propósito gerar uma forma de retirar do Brasil indivíduos provenientes do continente africano que se tornaram moradores de rua, formalmente libertos do regime escravocrata e abandonados à própria sorte. O que se destaca para este trabalho é a rejeição da elite brasileira em relação aos escravos libertos e a tentativa de removê-los do país.

Com essa ideia em mente, perceba-se que, com o fim da escravatura e a rejeição da mão-de-obra negra[148], os grandes fazendeiros do café e os empreendedores que intentavam industrializar o Brasil precisavam de braços para trabalhar. Daí o governo brasileiro passou a incentivar a imigração de europeus para o Brasil[149]. Não apenas abertura a entrada, mas ação positiva nesse sentido. Consoante o fluxo de imigrantes, expulsão foi usada como filtro mais uma vez.

O governo adotou políticas de incentivo à migração para o Brasil: disponibilizava passagens e prometia emprego nas lavouras de café[150]. Daí vieram italianos, portugueses, espanhóis, japoneses, entre outras nacionalidades para trabalhar nas plantações e na nascente indústria.

Voltando-se novamente para a análise legislativa, na vigência da Constituição do Brasil República, de 1891 a 1934, o Código Penal de 1890 continuou em vigor, porém, a legislação que disciplina a expulsão de estrangeiros foi expandida. Passaram a viger os decretos nº 1.566, de 13 de outubro de 1893 e nº 1.609, de 15 de dezembro de 1893 e a Lei n° 1.641 de 7 de janeiro de 1907.

---

[148] "*A abolição da escravidão no final do século XIX proporcionou um novo cenário e trouxe consigo novos desafios; a grande expansão da produção cafeeira, associada à falta de um contingente satisfatório de trabalhadores no território nacional, possibilitou a abertura do Brasil para a imigração. Nesse mesmo intervalo, a Europa se via em voltas com a propagação da nascente industrialização – a qual atraiu grande parte da população para as cidades – e com os efeitos da transição demográfica. A junção desses elementos fez com que um considerável número de indivíduos não fosse absorvido no mercado de trabalho europeu. Tais fatores contribuíram para que uma substancial leva de imigrantes provenientes da Europa adentrasse no Brasil a partir da década de 1870*." CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), loc. cit.

[149] FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995. p. 275. No mesmo sentido, CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), op. cit., p. 160.

[150] FAUSTO, op. cit., p. 276.

O primeiro e o segundo decreto supramencionados compõem uma série de medidas tomadas por ocasião dos esforços governamentais em conter as Revoltas Federalistas. Estas buscavam aproveitar-se do vácuo de poder centralizado deixado pela transição de formas de governo para formar governos próprio. Dentre elas, pode-se citar a Primeira e a Segunda Revolta da Armada, a Revolta Federalista, no Rio Grande do Sul, entre outras[151].

Boris Fausto denomina esse período de República Velha e subdivide este em alguns subperíodos. O primeiro deles, conhecido como República da Espada, foi marcado por uma série de levantes contra o governo vigente. Segundo o mesmo autor, o grupo de indivíduos que se juntou para retirar Dom Pedro II do poder apenas concordava quanto ao fim da Monarquia; quanto a como deveria se constituir o novo governo, todos discordavam[152].

Nesse cenário de conflito, o primeiro decreto regula as motivações e o procedimento de como seria feita a expulsão de estrangeiros do território brasileiro durante o evento da declaração de estado de sítio e o segundo revoga o primeiro pouco tempo depois.

Acontece que, em 10 de abril de 1892, ano anterior ao decreto n°1.566, Floriano Peixoto, então presidente dos Estados Unidos do Brasil, editou o Decreto 791, o qual estabeleceu em Nytheroi, o então Distrito Federal, Estado de Sítio por 72 horas. A razão para tal era a contenção da Primeira Revolta da Armada, "*rebelião causada por motins de militares da Marinha Nacional, que tomaram navios de guerra e exigiram a saída de Floriano Peixoto da presidência com a convocação de novas eleições*" [153].

Como explica Rodrigo Luz Peixoto, as delimitações dos poderes do presidente em período de Estado de Sítio não estavam claramente descritas na Constituição, de forma que o presidente se utilizou daquele intervalo de tempo para deter e condenar um grupo de revoltosos, e expulsar alguns. Ruy Barbosa, atento às manobras do presidente, veio em socorro de alguns desses marinheiros e defendeu que as condenações eram inconstitucionais e que não deveriam prosperar[154].

---

[151] FAUSTO, op. cit., p. 255.
[152] Ibidem, p. 139–140.
[153] PEIXOTO, Rodrigo Luz. O Supremo Tribunal Federal e o Estado de Sítio na República Velha: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893-1930). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 2, p.1090-1124, abr. 2017.
[154] Ibidem, p. 1094.

Diante disto, o presidente achou por melhor concentrar e regular poderes para si, dentre eles a liberdade de expulsar estrangeiros. No texto legal, fica evidente que o Marechal tinha por objetivo barrar a entrada e forçar a remoção de indivíduos que de alguma forma pudessem escalar as revoltas federalistas que estouravam no Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

O decreto foi revogado no mesmo ano, porém, a ideia não se perdeu.

Prova de que a administração não estava preocupada com a legalidade de seus atos é que expulsões ocorreram durante esse hiato legislativo, mesmo sem norma correspondente[155].

Foi durante esse momento de vácuo legal que Ruy Barbosa participou como advogado no processo que apelidou "*deportação de um brasileiro*". O caso ilustra bem como funcionava a expulsão no Brasil até aquele momento. Em verdade, a administração importava-se apenas com a manutenção da "paz" e da "ordem pública".

No caso, Antônio da Costa Borlindo, um nacional português que residia no Brasil há quase quarenta anos, foi expulso no ano de 1900 sob a acusação de ter conspirado contra o Presidente Campos Salles. Barbosa sustentou que a medida era incabível, pois rompia o liame entre um indivíduo que já residia no Brasil por tempo suficiente para ser brasileiro.

Em 1907, já na chamada República do Café com Leite, durante o mandato do presidente Afonso Pena, a Lei n° 1.641, que tratava especificamente da expulsão de estrangeiros, foi promulgada.

Uma vez em vigência, a Lei causou alvoroço entre juristas. A Constituição Federal de 1891 determinava em seu art. 72 que estrangeiros e nacionais gozariam em mesmo grau do direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Nesse cenário, já que não se permite o banimento de nacionais, também não seria cabida a expulsão de estrangeiros.

Esse debate prolongou-se muitos anos; apenas em 1926, a Constituição foi emendada, momento no qual foi adicionado o §33 ao art. 72, garantindo ao Estado o Direito de Expulsão nos seguintes termos:

---

[155] BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. Com lei ou sem lei: As Expulsões de Estrangeiros na Primeira República. **Cadernos do Arquivo Edgard Leuenroth**: Universidade Estadual de Campinas, Campinas, vol. 14, n. 16, p.185-214, jan. 2009.

> Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os suditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica.

Porém, a celeuma não impediu que expulsões continuassem acontecendo. Outro caso de que se tem notícia vem de uma coletânea jurisprudencial publicada no "*The American Journal of International Law*" [156]. O caso trata de Albert Benamow, nacional francês que sustentou que não poderia ser expulso justamente porque os valores consagrados na Constituição Federal deveriam prevalecer sobre aqueles da Lei ordinária; sendo ele titular de tanta liberdade quanto um brasileiro, o Estado não teria arcabouço legal para expulsá-lo.

Contudo, ele foi expulso sob o argumento de que:

> "Le droit d'expulser un étranger est un attribut essentiel de la souveraineté, un droit préexistant a l'admission de l'étranger sur le sol de la nation et dont l'exercice est une condition toujours présumé de cette admission; l'article 72 de la constitution du Brésil assurant à l'étranger, durant sa résidence, au Brésil les mêmes garanties qu'au national n'a pas pour effet d'empêcher la nation d'expulser celui qui trouble l'ordre et la tranquillité publics." [157]

Vale ressaltar que a Lei n° 1.641 de 1907 já trata da expulsão nos moldes utilizados atualmente: tanto usa o vocábulo moderno – "expulsão", e não "deportação" - quanto a descreve como medida administrativa, ligada à soberania estatal[158], em oposição à pena.

Perceba-se que esta sucessão de normas se amolda bem à proposta apresentada. A administração estimulou a imigração de indivíduos seletos, pois tanto queria afeiçoar a população a um fenótipo específico e conseguir mão-de-obra, como os passou pela peneira da

---

[156] Decisions Concerning Expulsion of Foreigners from Brazil. **The American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 3, n. 2, p.496-505, abr. 1909.

[157] The American Journal of International Law, loc. cit.

[158] «*L'expulsion n'a pas le caractère d'une peine proprement dite; elle est une mesure de police administrative rentrant, comme telle, dans les attributions du pouvoir ex6cutif. Et lorsqu'il a et6 fait régulièrement notification A l'6tranger d'une décision du ministre de la Justice " lui prescrivant de quitter le territoire national, parce que son séjour dans la capitale compromet la tranquillit6 publique," un tel ordre d'expulsion est suffisamment motivé aux termes des articles 1 et 8 de la loi du 7 janv. 1907, et, par suite, doit recevoir son exécution.*» Ibidem.

expulsão. Só que desta vez, centrou-se nas ideias sindicalistas e libertárias que esses indivíduos traziam consigo[159].

A Revolução de 30 e os anos que se sucederam, período conhecido como Era Vargas, foi marcado por restrições à entrada de estrangeiros no país e grupos étnicos específicos foram alvos de repressão e de expulsão[160]. Se eram bem-vindos e estimulados a migrar duas décadas antes, agora sofriam repressão estatal.

No início da Era Vargas, a então administração almejava formar o que eles consideravam ser a "nacionalidade brasileira" e a presença de estrangeiros turvava esse projeto. As restrições à entrada de estrangeiros começaram em dezembro de 1930, reflexo da crise econômica mundial de 1929, e a consequente crise do café. O movimento anti-imigração evoluiu, tanto que dentre os artigos da Constituição de 1934 e de 1937, foram estabelecidas cotas de imigração.

> ...uma das decisões de maior relevância na política imigratória nacional ocorreu com a aprovação da emenda que ficou conhecida como "lei de cotas". Na Constituição de julho de 1934, o parágrafo 6 do artigo 121 determinava que restrições deveriam ser impostas à entrada de imigrantes com o objetivo de garantir a "integração étnica e capacidade física e civil do imigrante". Essas restrições estipulavam o limite anual, para cada nacionalidade, de dois por cento do número total dos respectivos membros já fixados no Brasil nos cinqüenta anos anteriores à aprovação da lei. Ficou ainda proibida, de acordo com parágrafo seguinte do mesmo artigo, a concentração de imigrantes em qualquer parte do território brasileiro. Esse dispositivo legal, até agora bastante citado, mas pouco discutido nos estudos sobre o período, suscitou uma densa polêmica que extrapolou os debates da Assembléia Constituinte, espalhando-se pela imprensa e em publicações oficiais nos anos que se seguiram, e que repercutiu nos discursos e medidas do próprio presidente Vargas[161].

Durante a Segunda Guerra Mundial, a aversão a estrangeiros agravou-se, principalmente contra italianos, alemães e japoneses, acusados de conspirar em favor de seus países de origem.

Em verdade, por um bom tempo o governo do Presidente Vargas afeiçoou-se aos regimes nacionalistas implantados na Alemanha e Itália. Porém, em virtude da integração do Brasil aos

---

[159] RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. Direito e autoritarismo: A expulsão de comunistas no Estado Novo. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 7, n. 1, p. 163-183, jan. 2008. Disponível em: <https://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/1049/1065>. Acesso em: 11 jul. 2018.
[160] GERALDO, Enrica. A "Lei de Cotas" de 1934: Controle de Estrangeiros no Brasil. **Cadernos do Arquivo Edgard Leuenroth**: Universidade Estadual de Campinas, Campinas, vol. 15, n. 27, p. 175 - 207, 2009.
[161] Ibidem, p.176.

Aliados (compostos principalmente por Estados Unidos da América, Inglaterra e França) e a declaração de guerra ao Eixo, o governo empenhou-se em alinhar-se aos valores e metas deste grupo.

Para tal, colocou em prática medidas de perseguição a esses indivíduos, de forma que a população se voltou contra eles, as quais foram nomeadas de "Campanha de Nacionalização"[162].

Destaque-se que, neste período, muitas comunidades isoladas de estrangeiros se formaram predominantemente no interior de São Paulo e nos estados do Sul; muitas delas não falavam português. Fenômeno que possui resquícios ainda hoje[163]. É possível encontrar no Brasil cidades que tradicionalmente falam o idioma dos imigrantes que as fundaram.

A legislação sobre expulsão não sofre grandes alterações até o Regime Militar. A razão para tal é que a administração estava confortável com a margem de atuação proporcionada pela legislação de 1907. Só que o inimigo nesse momento é a ameaça comunista.

Conforme o mecanismo lá estabelecido, aliado às restrições à imigração, a administração brasileira começa a utilizar-se da expulsão para filtrar indivíduos estrangeiros apoiadores do comunismo ou que não coadunam com o processo de "nacionalização" da população, marcado por mais fechamentos de escolas, jornais e clubes destinados a imigrantes[164].

Com a redemocratização após o Governo Vargas, surge a Constituição de 1946, que vigora até a Constituição de 1967, já do Período Militar. Concomitantemente, o período entre 1931 e 1963 é conhecido como a última grande leva de imigração para o Brasil. Pois, nesse período, mesmo com as restrições implementadas, o país passou por uma reestruturação de sua economia, tornando-se mais industrial[165], período marcado pelo projeto "50 anos em 5" do presidente Juscelino Kubitschek. Porém, os brasileiros até então não haviam sido capacitados

---

[162] SEYFERTH, Giralda. Os imigrantes e a campanha de nacionalização do Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 199-228. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6762/142.pdf?sequence=>. Acesso em: 09 jul. 2018.

[163] MALTZAHN, Paulo. A língua alemã como marcador de identidade étnica em Pomerode. **Pandaemonium Germanicum**, [s.l.], vol. 21, n. 33, p.113-135, 23 nov. 2017. Disponível em: Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBiUSP, <http://dx.doi.org/10.11606/1982-88372133113>.

[164] SEYFERTH, op. cit., p. 200–219.

[165] CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), op. cit., p. 165.

para esse tipo de trabalho. Assim, era necessário trazer capital humano de economias com mais desenvoltura industrial.

Apenas com o Governo Militar é que o Brasil se fecha para o mundo. Foi durante esse período que foi outorgada uma Constituição, em 1967, e um grande emenda constitucional, em 1969, e a Lei n° 6.815 em 19 de agosto de 1980. Apelidada de Estatuto do Estrangeiro, ficou conhecida por refletir o caráter autoritário do governo militar[166]. A Lei disciplina em detalhes a condição jurídica do estrangeiro e estabelece um vão entre os direitos dos nacionais e de estrangeiros.

Para exemplificar o caráter da Lei retro mencionada, observe-se o primeiro artigo sobre expulsão, o artigo 65:

> Art. 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.
> Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro 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 que deixa evidente o caráter autoritário da Lei é que a redação dá margem a expulsões que não sejam devidamente motivadas ou que possuam motivações vagas. Perceba-se que, logo no *caput*, o legislador escolheu termos vagos como “ordem política ou social”, “tranquilidade”, “moralidade pública”, “nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”. Essas palavras não são delimitadas de qualquer forma nem por essa Lei nem por nenhuma outra vigente a mesma época. Note-se que o legislador reserva ao Estado a possibilidade de expulsão por razão única de conveniência.

Durante o Período Militar, a administração não se preocupava muito em fazer registro de seus atos, ou, pelo menos, estes não se tornaram públicos[167], de maneira que é difícil

[166] NICOLAU, op. cit., p. 169-185.
[167] CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), op. cit., p. 168.

exemplificar ou demonstrar esse ponto. Contudo, até 2015, o Estatuto do Estrangeiro vigorou, o que deu margem a documentação de um ótimo exemplo.

Em 9 de maio 2004, o jornalista americano Larry Rhoter publicou por meio do jornal "*New York Times*" que:

> Luiz Inácio Lula da Silva has never hidden his fondness for a glass of beer, a shot of whiskey or, even better, a slug of cachaça, Brazil's potent sugar-cane liquor. But some of his countrymen have begun wondering if their president's predilection for strong drink is affecting his performance in office[168].

Essas quatro linhas foram o suficiente para a administração do país considerar que a presença de Rother no Brasil fosse inconveniente e, no dia 11 de maio, foi publicada a seguinte nota:

> NOTA À IMPRENSA
>
> Em face de reportagem leviana, mentirosa e ofensiva à honra do Presidente da República Federativa do Brasil, com grave prejuízo à imagem do país no exterior, publicada na edição de 9 de maio passado do jornal The New York Times, o Ministério da Justiça considera, nos termos do artigo 26 da Lei nº 6.815, inconveniente a presença em território nacional do autor do referido texto. Nessas condições, determinou o cancelamento do visto temporário do sr. William Larry Rohter Junior.
> Brasília, 11 de maio de 2004.
> Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto
> Ministro interino da Justiça

Perceba-se deste contexto duas coisas: a motivação apontada para tornar a presença do jornalista ilegal no Brasil foi basicamente uma restrição à liberdade de expressão e ele não foi formalmente "expulso", porém, todos os elementos da expulsão estão presentes.

Quanto ao primeiro ponto, o jornalista, em termos formais, agiu dentro da legalidade: redigiu sua história e a publicou. Hipoteticamente, ele poderia ser levado à seara penal para

---

[168] RHOTER, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. **The New York Times,** New York. 09 maio 2004. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leader-s-tippling-becomes-national-concern.html>. Acesso em: 08 jul. 2018.

responder por calúnia, porém isso não ocorreu. Invés disso, o que a administração decidiu fazer foi declarar sua presença no Brasil como nociva aos “interesses nacionais”.

Não se discutirá aqui o significado de “interesses nacionais”. O que é relevante para o presente raciocínio é que a imagem do Presidente da República foi incluída nesse conceito por conta da falta de esmero – ou talvez interesse – do legislador na redação do artigo.

Quanto ao segundo ponto, atente-se para o uso do termo “inconveniente”. Na nota de imprensa, o então Ministro da Justiça aponta para o art. 26 do Estatuto do Estrangeiro como sendo o dispositivo que possibilita a expulsão de Rhoter. Contudo, este artigo trata da revogação de vistos:

> Art. 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça.

Este artigo reflete de forma clara o caráter do Estatuto do Estrangeiro: determina que a presença de uma pessoa no Brasil é revogável apenas pelo julgamento de conveniência do Ministro da Justiça. Daí, observe-se: (1) materialmente, o objetivo era retirar forçosamente o indivíduo do Brasil por conta de suas ideias, (2) a Lei dá margem para que isso seja feito por meio de mais de um dispositivo (art. 26 ou 65) e sem a instauração de contraditório ou oportunidade de defesa.

A única real diferença entre os dispositivos é que a expulsão tinha caráter perpétuo na vigência dessa Lei (o ato poderia ser revogado, mas tinha expectativa de ser por tempo indeterminado) e a revogação do visto temporário era condicionada ao pagamento da multa.

Percebe-se, pois, que a Lei n° 6.815 de 1980, o Estatuto do Estrangeiro traduzia a aversão da administração brasileira ao estrangeiro. O Regime Militar, da mesma maneira que a administração do Governo Vargas, era inspirado em valores como a “manutenção da segurança nacional” e da gestão autoritária do tecido social, inadmitindo opiniões contrárias. Essas ideias que sobreviveram às iniciativas de redemocratização geraram incongruência entre a Lei que regia o relacionamento entre o espaço brasileiro e os estrangeiros que aqui tentam transitar e as constituições vigentes.

O fim do Regime e a redemocratização marcam a reinserção do Brasil no mapa migratório mundial. Inaugurado esse novo contexto nas migrações, a Lei de 1980 tornou-se um dispositivo ultrapassado.

Conforme explicam Neide Patarra e Durval Fernandes, até 1950 os países da América Latina eram claramente receptores de imigrantes (estima-se que 3,8 milhões de estrangeiros entraram no Brasil entre 1887 e 1930[169], sem contar com os estimados três milhões de africanos durante o Império[170]). Porém, a partir da década de 60, observa-se o movimento de emigração de brasileiros para o exterior e o estabelecimento da rota de migração sul-sul.

Essa repolarização do fluxo migratório no Brasil possui algumas causas importantes de serem mencionadas: (1) insatisfação de brasileiros com a estagnação da economia brasileira e a consequente busca de melhores condições de vida e trabalho; (2) a estagnação política e monetária do Brasil, em contraste com outros países do eixo sul; (3) as medidas de integração da América Latina e o fluxo de refugiados para o Brasil. Observe-se:

> A partir da década de 1980 o Brasil inaugura uma nova fase no tocante aos deslocamentos de sua população, período em que fica nítido que um crescente número de brasileiros passa a residir no exterior, tema que, de forma recorrente, passou a ser abordado tanto pela mídia como pelos pesquisadores da área. De um país historicamente receptor de imigrantes, o Brasil passa a ser um intenso expulsor de população (CARVALHO e CAMPOS, 2006). Os principais destinos dos emigrados brasileiros são Japão, Estados Unidos e alguns países da Europa. Nesse mesmo período passamos a observar novas modalidades da imigração internacional no país, que passa a ser receptor de coreanos, chineses, bolivianos, paraguaios, chilenos, peruanos e africanos procedentes de diferentes países.
> Nas últimas três décadas, portanto, passamos a observar no Brasil novas modalidades na migração internacional, que incluem não só a emigração de brasileiros, mas também a imigração de estrangeiros predominantemente originários de outros países em desenvolvimento, além da recepção de refugiados de diferentes partes do mundo[171].

A partir da década de 90, com a disponibilização de meios de transporte mais eficientes, percebe-se com claridade o surgimento de "rotas de imigração": trilhas seguidas por indivíduos,

---

[169] FAUSTO, op. cit., p. 275.
[170] LEVY, Maria Stella Ferreira. O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972). **Revista Saúde pública**, São Paulo, v. 8 (supl.): p. 49 – 90, 1974.
[171] CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), op. cit., p. 167.

em oposição à migração de grupos com estímulos estatais. O novo movimento migratório é caracterizado, principalmente, por pessoas que buscam melhores condições de vida.

Assim sendo, na década de 90, o Brasil se redemocratizava e estabilizava sua moeda. Mesmo estagnado, essas singelas melhorias no cenário nacional tornaram o Brasil um ambiente atrativo para quem residia nos países vizinhos, que passavam por problemas econômicos e sociais mais graves. Assim, o país passa a atrair pessoas dos outros países da América Latina[172] e de outros países ditos "em desenvolvimento"[173] sem que tenha havido necessariamente incentivo estatal, por meio do estabelecimento de políticas de atração da população imigrante.

Diante dessa modificação no contexto nacional, a Lei n° 6.815 de 1980 já mostrava sinais de que não possuía os mecanismos necessários para lidar com a entrada e saída de estrangeiros com essa nova configuração. Afinal, em um cenário onde se busca efetivar a doutrina dos Direitos Humanos, caso da Constituição de 1988, é necessário implementar um novo regime de funcionamento.

Mesmo com a mudança de funcionamento dos órgãos estatais, decisões judiciais em favor dos expulsandos que passaram a privilegiar os novos valores do Estado Democrático de Direito, não havia solução legislativa para o assunto.

Em atenção a este contexto, foi promulgada em 24 de maio de 2017 a Lei n° 13.445, a Lei de Migração, a qual disciplina a expulsão entre os artigos 54 e 60.

Pelo fato de a Lei ser muito próxima temporalmente desta dissertação, não é possível ainda delimitar seu grau de sucesso. Porém, imagina-se que o novo texto busca tratar imigrantes de maneira mais humanizada e respeitosa, invés de considerá-los inimigos como pressuposto.

Destaque-se que, naquilo que concerne ao presente trabalho, a expulsão foi largamente modificada: (1) ela não possui mais caráter permanente, já que o decreto de expulsão estipula um período de tempo em que o expulso não poderá tornar ao Brasil; (2) as hipóteses de expulsão são bem delimitadas e claramente ligadas à conduta criminosa; (3) o rol de pessoas que não podem ser expulsas foi expandido.

---

[172] CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo), op. cit., p. 167.
[173] Idem.

Assim, por tudo quanto exposto, conclui-se que a expulsão funcionou até o momento como filtro social. A legislação brasileira, aliada ao contexto histórico, demonstram que já foi, pelo menos, filtro racial e ideológico.

Colocando o exposto no item anterior em contraste com o apresentado neste, é difícil observar congruência entre o que propõe a teoria e o que aplica o Estado. Enquanto as motivações teóricas apontam para elementos de precaução e controle do cerne daquilo que compõe uma determinada sociedade, a realidade aponta para legislações que se preocupavam mais com medidas estratégicas para implementar ideologias.

2.5 A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO E A AMEAÇA TERRORISTA.

Como explica Eric Hobsbawm[174], o terrorismo, enquanto estratégia para desestabilizar a ordem social vigente, não é um fenômeno recente. Porém, atos terroristas se tornaram a preocupação central no mundo ocidental no século XXI no que tange planejamento de segurança e defesa.

Cometer atos para provocar terror na população é uma estratégia que pode ser traçada até o período conhecido como "O Terror", que ocorreu durante a Revolução Francesa. Explica Hobsbawm, no livro "A Era das Revoluções: 1789-1848", que "O Terror" corresponde ao período entre 1793 e 1794 em que Robespierre e os membros do Comitê de Segurança Pública promoveram execuções em praça pública de indivíduos que acusavam de traição[175].

Hobsbawm explica que essas execuções tinham o propósito de incutir medo na população, para que se conformasse com o novo regime. Segundo explica, revolta se espalhava pelo território francês contra Paris e príncipes alemães marchavam no Norte, em direção à fronteira, de forma que, ao menos em Paris, era necessário manter a ordem[176].

Desde já, percebe-se que prática de um ato de terrorismo não tem por foco o ato em si, mas seus efeitos. Por mais que os revolucionários guardassem ódio contra aqueles indivíduos e

---

[174] HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e terrorismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007. (6° impressão). Tradução de José Viegas, p. 21.
[175] HOBSBAWM, Eric. The Age of Revolution:: 1789-1848. Londres: The Orion Publishing Group, 1962. (Publicado em e-book em 2010). O autor destaca que as datas variam conforme opinião do historiador. Alguns afirmam que "O Terror" começou com a primeira execução em 1789.
[176] Idem.

quisessem executá-los, um dos propósitos do “Terror” era incutir medo. E não apenas de forma abstrata, mas em praça pública, para que qualquer um pudesse ver. A meta é deixar uma mensagem

Destaca-se, pois, alguns elementos da definição de atos terroristas: atos de violência, feitos para serem vistos por muitas pessoas com o propósito de incutir medo.

O *modus operandi* de um grupo terrorista se assemelha um pouco ao de *franchising*, como explica Consuelo Ramon Chornet, Catedrática de Direito Internacional Público e Relações Internacionais da Universidade de Valência[177]. São grupos, ou até indivíduos, isolados, conectados a um líder central e profundamente motivados. Essa estrutura é vantajosa, pois o planejamento e execução dos atos são deixados a cargo das células, nem sempre há uma ordem hierárquica.

Um marco importante de se destacar é que, em 1972, os Jogos Olimpícos, realizados em Munique, foram palco de um ato terrorista promovido pelo grupo Setembro Negro. Onze membros da delegação de Israel e um policial da Alemanha Ocidental foram mantidos reféns e mortos pelos terroristas.

Por que esse evento é tão marcante? Porque a busca pela maior audiência possível é o foco da atuação de grupos terroristas. As Olimpíadas são um evento televisionado no mundo todo e a oportunidade foi aproveitada. Ainda hoje, a segurança contra atos terroristas é um foco de preocupação para países que recebem eventos esportivos mundiais.

Márcio Paulo Buzanelli, Oficial de Inteligência, ex-Diretor-Geral da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), publicou um artigo intitulado “*Porque é necessário tipificar o crime de terrorismo no Brasil*” em 2013, logo antes da realização da Copa do Mundo de Futebol da FIFA, realizada no Brasil em 2014, e os Jogos Olímpicos de 2016, realizados no Rio de Janeiro. Em seu artigo, o autor expressa preocupação com o fato de que o país não possuía, à época, infraestrutura para garantir a segurança frente a ataques terroristas nesses eventos e destaca que a legislação brasileira penal precisava de adaptar à essas novas condutas:

[177] CHORNET, Consuelo Ramon, Current Evolution of the Counterterrorism Strategy: Assessment of the European Common Security and Defense Policy, 33 **Anuario Espanol de Derecho Internacional** 103 (2017).

> Em segundo lugar – e mais importante – porque o crime de terrorismo não se exaure nos comportamentos criminosos já devidamente tipificados no CP. No crime de terrorismo, transcendendo as condutas, há um plano maior, o de ameaçar a ordem e a paz social ou impor uma vontade ou ainda coagir entes institucionalmente estabelecidos. Assim, os tipos penais existentes revelam-se insuficientes para combater o terrorismo, pois aqueles praticados por um agente terrorista, mesmo atuando isoladamente, como no caso norueguês ou do "Unabomber", nos Estados Unidos, obedecem, quase sempre, a um plano cuidadosamente preparado, voltado para um objetivo que transcende a finalidade intrínseca de cada uma das condutas delitivas individualmente consideradas.[178]

O foco do presente item é analisar como o direito é moldado (ou forçado) para garantir a segurança nacional e a ordem pública diante a pluralização de ataques terroristas e as demandas populares.

A preocupação com ataques terroristas escalou com os ataques de 11 de setembro de 2001. Neste dia, quatro ataques terroristas coordenados tomaram a vida de 2.977 pessoas e feriram 25.000. Quatro aviões comerciais foram sequestrados: dois deles colidiram com as torres World Trade Center Norte e Sul, outro com o Pentágono e o quarto não chegou ao seu destino programado pelos terroristas, a cidade de Washington, centro administrativo dos Estados Unidos da América[179].

Como adaptar a infraestrutura administrativa e legal para responder a um evento dessa magnitude destrutiva?

No capítulo anterior, abordou-se como os ataques terroristas influenciaram a rigidez que hoje se observa tanto no direito penal americano, como nas políticas de migração, que expulsão no menor sinal de irregularidade de presença no território ou pelo cometimento de ofensas simples. No presente item, pretende-se comentar a dificuldades que os legisladores encontram para dar respostas eficientes à ataques terroristas e, em seguida, discutir de que maneira a expulsão de estrangeiro poderia ser proporcional em sentido estrito nesses cenários.

Assim, destaca-se dois desafios principais:

---

[178] BUZANELLI, Márcio Paulo. PORQUE É NECESSÁRIO TIPIFICAR O CRIME DE TERRORISMO NO BRASIL. Revista Brasileira de Inteligência, Brasília, v. 8, set. 2013, p. 12.

[179] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The 9/11 Comission Report**. The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States. Publicado em 2002. Acesso em: <https://govinfo.library.unt.edu/911/report/index.htm>.

O primeiro deles é estabelecer políticas públicas efetivas para o combate ao terrorismo. De um ponto de vista estritamente lógico, é necessária uma adaptação da infraestrutura administrativa e ordenamento jurídico. Assim, dever-se-ia estudar o comportamento e preparar uma resposta.

Contudo, não é tão simples. O grande propósito do terrorismo é provocar o terror em uma população. Assim, os efeitos de um ataque terrorista são uma população com medo e vontade de retribuição. Os próprios dirigentes defendem retribuição. O destaque que se quer fazer é que o estado de pânico e insegurança que se instaura após um ataque terrorista tem efeito sobre como a administração pública reagirá aquele evento.

Manuel Cancio Meliá, autor do artigo "*Terrorism and Criminal Law: The dream of prevention, the nightmare of the rule of law*" explica que existe uma diferença entre responder ao problema do terrorismo de um ponto de vista estratégico e responder ao público, que não o compreende[180]. O efeito disso é que a administração desvia seu propósito que deixa de lado o Estado de Direito em favor de um Estado de Exceção, onde os direitos fundamentais são deixados de lado.

O segundo desafio tem, novamente, o terror que fica após um ataque: a percepção da população e dos governantes sobre o terrorismo talvez esteja distorcida.

Afinal, quão ruim é a ameaça terrorista?

Hobsbawm argumenta que o fenômeno terrorista da segunda metade do século XX não produziu o efeito que pretendia, isto é, desestabilizar a ordem pública de maneira a encontrar uma forma de tomar o poder. Ele destaca que, mesmo em países como a Índia, em meio a disputas políticas, não foi desestabilizada por ataques terroristas; a Espanha, o país europeu com a legislação mais dura para o combate ao terrorismo, não sucumbiu aos ataques do Euskadi Ta Askatasuna (Pátria Basca e Liberdade, o conhecido ETA), grupo separatista que funciona por células terroristas; o Reino Unido não sucumbiu ao ataque do *Irish Republican Army*, IRA, e nem seu sucessor, o *Real Irish Republican Army*¸ RIRA, basculhou a ordem no Reino Unido[181].

---

[180] MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol. 14, No. 1 (Winter 2011), pp. 108-122 Published the University of California Press.
[181] HOBSBAWM, op. cit., p. 134 e 135.

Esses ataques provocam mortes e pânico, mas, nas palavras de Hobsbawm, "*eles são sintomas, não agentes históricos significativos*"[182].

Contudo, é pertinente notar que o livro do autor foi publicado em 2007, antes do Estado Islâmico do Iraque e do Levante, conhecido apenas como "Estado Islâmico" aproveitar-se da guerra civil na Síria e tomar uma porção de seu território.

Ainda assim, o alerta do autor foi no sentido de que uma boa parte de porque o terrorismo afeta tanto uma nação é que a percepção popular é de que ele é uma ameaça dantesca e que demanda constante urgência. Como explica Chornet:

> En definitiva, todas esas consideraciones ofrecen un mapa de problemas extraordinariamente complejo y, a la vez, apremiante. En todo caso, me gustaría llamar la atención precisamente sobre la dimensión de urgencia, que sugiere que está en juego la supervivencia del propio proyecto europeo. Porque podría hacer verosímil, paradójicamente, un avance sustantivo hacia el objetivo de alcanzar una política de defensa común que, reitero, se encuentra ahora inserto en el Tratado de la propia UE. De nuevo, se trata de la verosimilitud que proporciona la necesidad, que fuerza, como reza el dictum, la aparición de la virtud[183].

O resultado desses dois fatores é que o clamor popular aliado a percepção de que o terrorismo ameaça a própria subsistência dos estados faz com que as medidas tomadas para o combater sejam desproporcionais e, por vezes, ilógicas.

Na visão da autora, o combate ao terrorismo é apontado como justificativa para normalizar o estado de exceção. Isto é, um ato terrorista é o suficiente para colocar o país em estado de alerta por semanas e suspender a proteção dos direitos fundamentais.

Perceba que a discussão promovida por esses autores não questiona se eles deveriam ser punidos. Com certeza devem. Contudo, eles se questionam se o aumento da pena é uma medida que promoveria segurança e prepararia meios de defesa.

Qual seria a solução, portanto?

A autora sugere que as medidas que efetivamente possuem efeito sobre os grupos e células terroristas é estabelecer uma rede de inteligência, criminalizar e combater o

---

[182] HOBSBAWM, op. cit, p. 135.
[183] CHORNET, op. cit, p. 124.

financiamento de grupos e indivíduos, atentar para a recuperação das vítimas e estabelecer uma estratégia de comunicação com o público, de modo a manter a calma e passar medidas de segurança.

2.6 A NECESSIDADE DA MEDIDA DE EXPULSÃO.

O primeiro tópico que precisar ser analisado na presente conclusão e qual seria a natureza jurídica da expulsão. Essa já era um tópico controverso quando discutindo a Lei Antiga. Porém com a Lei Nova, a confusão jurídica ficou mais evidente.

Para dar início a análise, observe o seguinte parágrafo do livro "*O Estatuto do Estrangeiro*" de Yussef Cahali.

> No vigente direito brasileiro, é certo que a expulsão não se coloca, de regra, na mesma categoria na pena, no sentido específico de sanção à conduta criminosa imposta por sentença judicial: a expulsão não se encarta entra as penas principais e acessórias previstas nos arts. 32 a 35 do Código Penal, e os pressupostos que a autorizam prescindem da configuração de um ilícito criminal; embora, eventualmente, a existência de uma sentença condenatória criminal possa servir de fundamento para a instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro (Estatuto, art. 68, parágrafo único), como também é certo que a infração a determinadas regras da Lei 6.815/1980 acarreta como penalidade a expulsão (art. 125, XI, XII, XIII e XV), penalidade imposta pela autoridade administrativa.[184]

A primeira observação que deve ser feita é de que já havia discussão sobre a natureza jurídica da expulsão. Alguns doutrinadores defendiam seu caráter de ato administrativo ou de que parecia deveras uma pena jurídico penal. Oficialmente, ela era considerada administrativa. Como explica Cahali acima, tanto o poder de onde emana a expulsão é administrativo, não judiciário, e ela não está contida no rol de penas jurídico-penais do Código Penal.

Em segundo lugar, é pertinente destacar que nem todas as hipóteses de expulsão emanavam da Lei Penal em si. Segundo o estrito texto legal, outras atividades civis poderiam levar a instauração de um inquérito de expulsão.

[184] CAHALI, op. cit., p. 199.

Tal destaque é importante se considerada sobreposição de matérias discutida nos textos acima. Apesar de existir razão para supor que a expulsão seria uma pena acessória, ainda havia o argumento de que não necessariamente um estrangeiro seria forçosamente removido por ser condenado por um crime.

Aplicando essas duas observações a Lei Nova, é possível observar que alguns dos argumentos para sustentar seu caráter administrativo caíram por terra.

Em relação a autoridade de onde emana a ordem de expulsão, é possível sustentar que, de uma perspectiva ou de outra, trata-se de uma reação estatal. Antes, a redação da Lei levava a suposição de que esta reação era uma resposta a um grupo de fatos que tornariam o estrangeiro intolerável. Contudo, na redação atual, há uma sobreposição de matérias entre expulsão e direito penal.

Quanto a segunda observação, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, é um avanço que a Lei não mais prevê meras atividades civis como razão para forçosamente remover um indivíduo do território nacional, contudo, essa sobreposição reaviva a dúvida da natureza da expulsão.

Nem toda condenação penal levará a aplicação da medida de expulsão, como se discutirá no próximo capítulo, porém é importante destacar que apenas condenações penais têm o condão de instaurar um processo de expulsão. Uma das observações de Cahali foi que a expulsão não consta no Código Penal como uma pena. Contudo, essa observação foi feita no ângulo da independência estrita das instâncias, enquanto o adotado neste trabalho trata de reação estatal e é razoável considerar que ocorre violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Levando o raciocínio além, é aceita a ideia de que a expulsão é uma consequência acessória de uma condenação criminal. É possível sustentar que a nova configuração cria uma diferenciação a mais entre nacionais e estrangeiros.

Como explicado na Introdução, a Constituição Federal afirma que brasileiros e estrangeiros devem usufruir dos mesmos direitos e deveres, à exceção dos direitos ora elencados, sendo vedado a outros textos no ordenamento expandirem a desigualdade jurídica.

Desse ponto de vista, suponha um nacional condenado por tráfico de drogas. Ele não pode ser banido. Seu direito de permanecer no território do Estado que lhe concedeu

nacionalidade é assegurado pela constituição e por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Contudo, se um estrangeiro for condenado pelo mesmo crime, nas mesmas circunstâncias, pode ser apenado em mais um grau.

Supõe-se que a origem da discussão sobre a natureza jurídica da expulsão seja um reflexo do enfraquecimento do conceito de soberania. Como discutido no capítulo passado, a soberania interna é progressivamente limitada pelo Estado Democrático de Direto, o qual não permite mais que a autoridade soberana seja exercida com discricionaridade máxima.

De uma perspectiva como a de Carl Schimdt, seria perfeitamente aceitável que um Estado soberano pudesse considerar a presença de um estrangeiro intolerável e, mesmo sem o amparo legal necessário, expulsá-lo. Nesse cenário, isso seria perfeitamente legal. Contudo, esta ordem não é mais considerada adequada. Se um direito fundamental há de ser maculado, que haja, pelo menos, justificação do ato e defesa de um outro direto fundamental, dessa vez da coletividade.

Assim, supõe-se que o legislador quis adaptar a expulsão do estrangeiro ao conceito do Estado de Direito, removendo as hipóteses de expulsão que, em verdade, são diretos de um indivíduo. Contudo, nesse processo, reavivou a dúvida quanto à natureza jurídica da expulsão quando deixou apenas a hipótese de condenações penais.

Não é razoável concluir o presente raciocínio propondo que a expulsão seja extinta. Ela ainda pode ter razão de ser, como se explicará no próximo capítulo. Contudo, o modo como ela é redigida deve ser repensado.

CAPÍTULO 3 - PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.

3.1 DEFINIÇÃO DE PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.

O dever de proporcionalidade possui quatro etapas: duas jurídicas, duas factuais.

A análise de "adequação" (junção da análise de legitimidade dos fins e relação causal entre meios e fins) é uma mistura de análise jurídica com factual. As considerações feitas para "necessidade" foram voltadas apenas para a comparação pragmática entre dois meios adequados. Na proporcionalidade em sentido estrito, volta-se para o campo da análise jurídica: analisar-se-á a interação entre direitos (afetados e protegidos) na medida de expulsão do estrangeiro[185].

Definida de outra maneira, na "proporcionalidade em sentido estrito" volta-se a considerar os fins propostos. Já se sabe que ambos são legítimos, porém, no caso concreto, qual deles tem mais urgência em ser protegido?

A resposta a essa pergunta não é simples. Em verdade, a definição exata do conteúdo da prova é assunto de debate teórico. Não há consenso sobre o que é ou como deveria ser feita por conta da abstração envolta discussão sobre direitos fundamentais. O próprio Alexy dedica poucas páginas a descrever a prova e passa o restante de sua descrição explicando a fórmula matemática que a traduz.

Um primeiro ponto que se deve abordar é um pressuposto para realizar a prova: a possibilidade de balanceamento dos princípios.

Matthias Klatt e Moritz Meister explicam em seu livro, especificamente dedicado ao teste de "proporcionalidade em sentido estrito", que é necessário partir do pressuposto que todos os direitos podem ser sopesados. Trata-se de um pilar lógico que permeia toda a definição dos direitos fundamentais e que possibilita a aplicação do terceiro teste da proporcionalidade[186].

Os direitos fundamentais nem sempre convivem em perfeita otimização. Por vezes, uns afetam os outros. É nesse cenário que se diz que eles "colidem". Usando o tema desta tese como exemplo, tem-se que um direito coletivo (direito a segurança e ordem pública) e um direito

[185] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 01-06.
[186] Idem.

individual (direito a não ser forçosamente movido, direito a vida familiar) entram em colisão quando se considera a expulsão como meio.

Como explica Alexy, enquanto mandados de otimização, a própria existência dos direitos fundamentais demanda que eles sejam aplicados na maior medida possível. Aliando um raciocínio ao outro, é possível concluir que os direitos terão de ser "acomodados", isto é, aplicados em sua maior medida e a interferência tem que ser justificada[187].

Nesse momento, é importante compreender quais os interesses protegidos por um direito fundamental para, em seguida, proceder a tentativa de moldá-los.

Assim, os autores Matthias Klatt e Moritz Meister explicam que o conteúdo dos direitos fundamentais pode ser visto como interesses especiais de indivíduos ou como "avanços".

O modelo de interesses é definido da seguinte forma:

> The interest model presumes that rights are relative rights, which means rights with limitations. Whether a right's restriction is justified depends, inter alia, on the proportionality test. In the interest model, the proportionality test is applied as follows: the legitimate aim is any lawful aim. Therefore, any interest can legitimately be pursued by a state's measure which infringes a fundamental right. In particular, the state can pursue a wide range of public interests. The broad understanding of the legitimate aim in turn means that a wide range of aims, in particular a wide range of public interests, are allowed to play out as competing interests on the balancing stage. Rights and all the public interests would compete on the same level. The right can thus be, at least theoretically, outweighed by any lawful, even if minor, interest[188].

Percebe-se que nesse modelo, direitos e interesses estatais competem no mesmo nível, o que significa que qualquer direito pode ser colocado em segundo plano para que um interesse estatal seja atingido.

Mas o real problema não é a competição, mas a presunção de que todos estão no mesmo nível e que, portanto, podem competir. Os autores dizem que esse modelo não é o ideal pois permite que qualquer interesse, até os pequenos, interfira com os direitos fundamentais.

---

[187] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 575.
[188] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 16.

Assim, eles descartam-no como apto a permitir o sopesamento de direitos fundamentais, uma vez que sua inflexibilidade o torna rígido demais para contemplar uma ponderação.

A partir daí eles começam uma análise dos direitos como "avanços" em três níveis: forte, médio e fraco.

O modelo de direitos fundamentais "fortes" considera que os direitos fundamentais são invioláveis. Esse modelo não permite uma análise de como os direitos entram em colisão, pois parte do pressuposto de que são inflexíveis. É interessante destacar que nenhum modelo jurídico que adota o constitucionalismo utiliza esse como parâmetro para o conteúdo dos direitos fundamentais[189].

O modelo médio[190] considera que os direitos fundamentais são revestidos de uma proteção especial e só podem ser substituídos quando há uma situação grave que justifique a interferência. Os autores descartam a utilização desse modelo, pois ele torna a aplicação dos direitos bem mais complicada do que ela precisaria ser: quais seriam os especiais? O que significa uma situação de importância especial? E medidas mais simples?

Isto é, adotar essa perspectiva faz com que novos critérios precisem ser criados para categorizar os direitos fundamentais, coisa que talvez não tivesse relevância prática, a não ser mera retórica.

Além de que os direitos fundamentais sofrem interferência todos os dias, mesmo que pequenas. Esse modelo criaria uma situação de estagnação da atuação estatal, na qual a administração não poderia interferir nos direitos fundamentais, a não ser para profundas intervenções.

Por fim, o modelo fraco. Neste, direitos fundamentais estão considerados no mesmo nível de outros valores constitucionais e podem ser balanceados de igual para igual. Mesmo reconhecendo que alguns direitos têm valor inerente maior que outros, como o direito à vida em

---

[189] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 17-22.

[190] "The 'medium trump model' translates the basic liberal intuition that rights enjoy some kind of special priority into a model of relative rights. It is aware of the fact that rights need to be limited in certain cases. But since rights are considered to be trumps, the limitations are defined rather narrowly. Certain reasons must be excluded from limiting a right. Only 'reasons of a special strength are able to override the position protected by the right. Rights can only be overruled where it is immediately apparent that countervailing concerns have significantly greater importance than the protected interest". Ibidem, p. 22.

relação ao direito de propriedade, os autores explicam que é necessário partir do pressuposto que direitos fundamentais constitucionais podem ser comparados e acomodados entre si, permitindo a análise do caso concreto[191].

A razão para essa breve exposição é que para proceder com a prova de "proporcionalidade em sentido estrito" é necessário compreender como os direitos fundamentais se comportam quando colidem entre si. Eles são comparáveis. Isso significa que, para cada caso, será necessário proceder com a acomodação proporcional ao caso. Em outras palavras, as circunstâncias fáticas da interferência do princípio precisam ser analisadas.

Passando para a definição de Robert Alexy da prova em análise, em seu livro "Teoria dos Direitos Fundamentais", o autor expõe sua opinião de forma clara: "*Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*[192]".

Assim, tem-se que, para Alexy, a resposta é clara: trata-se do sopesamento. Dessa simples frase apreende-se que o propósito da prova de proporcionalidade é analisar se há ganho que justifique a interferência. Há um direito sendo ressaltado propulsionado pela interferência em outro?

Percebe-se que não se trata apenas de um pequeno ganho. O autor menciona que a promoção do outro direito deve ser múltipla, isto é, para cada ingerência, a promoção do outro direto deve ser geometricamente potencializada. O autor sintetiza seu raciocínio em três perguntas[193]:

> A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro, é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Laurentiis critica a configuração original da prova. Por mais que a intensão de sopesar valores seja interessante, o autor destaca que a enche de insegurança e torna as deliberações sobre princípios um embate de argumentos morais; por vezes, sequer constitucionais. Em outros

---

[191] Ibidem, p. 23.
[192] ALEXY, op. cit., p. 593.
[193] Ibidem, p. 594.

termos, a técnica jurídica fica tão rebuscada e complexa que se perde ao tentar balancear princípios dessa maneira[194].

De fato, o que a prova pede aos juristas é que atribuam valores abstratos aos princípios (enquanto deveriam partir do pressuposto de que tem o mesmo conteúdo), avaliar o grau de interferência (enquanto não dão qualquer referencial de como isso deveria ser feito, a não ser três níveis: leve, médio e sério) e usar esse resultado como referencial para delimitar se a interferência em um princípio promoveria o outro.

Além disso, Laurentiis explica que isso coloca a prova de proporcionalidade em sentido estrito em posição ativa em relação ao cenário que analisa. Isto é, o jurista deixa a posição de analista que determina os limites da atuação estatal, funcionando como um bloqueio, e passa a ter uma função mais legislativa[195], delimitando como os princípios deveriam se relacionar.

O autor não responde em seu trabalho como a prova deveria ser aplicada especificamente, mas explica o que acreditaria ser a melhor formulação do postulado. Sua crítica mais forte é de que o exame só deveria ser aplicado ao caso concreto. Ele considera que não deveria haver consideração de uma medida isoladamente. Afinal, é papel do Legislativo discutir as medidas e não é papel do Judiciário reconsiderá-las sem razão.

Note que a análise da proporcionalidade em sentido estrito é diferente das provas anteriores. Para adequação e necessidade, considerou-se o arcabouço lógico de uma medida estatal, isto é, se faria sentido esperar um determinado fim pela escolha de um meio. Assim, apresentou-se estatísticas, estudos empíricos e análises econômicas do que seria realista esperar da adoção de um determinado meio. Contudo, na análise de proporcionalidade em sentido estrito, Alexy e seus comentadores apontam sempre para as circunstâncias de um caso prático. O que leva a conclusão de que se trata da reclamação de um indivíduo à uma medida já adotada pelo Estado.

Como conclusão desse raciocínio, ele considera que a atuação da prova deveria ser negativa, isto é, manter-se fiel ao propósito da prova como um todo: barrar a ação (ou reação) exagerada do Estado. O propósito inteiro da prova é colocar o Estado em posição de ter que

[194] LAURENTIIS, op. cit., p. 246 - 247.
[195] Ibidem, p. 250 - 252.

argumentar em prol da verossimilhança e coerência de seu ato, isto é, precisa demonstrar que é factualmente adequado e necessário e juridicamente que é legítimo e proporcional.

Em atenção a essas fontes, decidiu-se considerar o seguinte: (i) que a meta ulterior do exame é argumentar que a importância do fim justifica a restrição do meio, portanto, intentar-se-á aplicar o método de pesos proposto por Alexy; (ii) estudar-se-á e comparar-se-á as Lei sem análise no presente trabalho para delimitar se são capazes de se moldar ao caso concreto.

3.2 SOPESAMENTO CONFORME PROPOSTO POR ALEXY.

O sopesamento tem um problema que ameaça a qualidade jurídica da análise de proporcionalidade: a subjetividade do julgador.

Sopesar direitos exige a seleção de argumentos em favor e contra a interferência no direito fundamental. O resultado desse processo de consideração argumentativa é escolha de qual deve se sobressair. Contudo, quem as partes ou os representantes devem convencer é a entidade abstrata "Judiciário", representada pelo juiz, não a pessoa exercendo essa função.

Assim, a tarefa do juiz é ser a interface da Lei. O desafio de ser juiz é saber o limite entre suas opiniões e aquela do legislador.

Humberto Ávila ensina que os argumentos jurídicos devem se sobrepor a argumentos desconectados do ordenamento jurídico[196]. Em outras palavras, o autor determina que um julgador deve dar preferência aos argumentos construídos a partir da norma jurídica vigente, isto é, que a premissa maior do argumento parta do ordenamento legitimado.

Para o teste de proporcionalidade isto é um desafio, pois é comum que valores extra constitucionais sejam trazidos em meio aos pedidos de proteção ou reforço de direitos. Segundo o raciocínio de Ávila, um sistema jurídico perde seu sentido quando a legitimidade de um dos poderes é desconsiderada pelo outro. Desse ponto de vista, os valores elevados a nível constitucional deveriam ter primazia no processo decisório do julgador.

[196] ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001.p. 9

Com essa questão em mente, Alexy propôs uma fórmula para auxiliar os juristas a visualizar o balanceamento. A fórmula está pronta e bastaria preencher seus espaços.

Klatt e Meister explicam que o propósito da fórmula não é substituir as considerações do jurista, mas auxiliar na visualização do caminho lógico a ser seguido[197]. A fórmula é basicamente a conversão de suas três perguntas em variáveis quantificáveis, de maneira a aferir as possíveis soluções. A ideia era desenhar o caminho o qual os juristas deveriam trilhar para chegar a um resultado menos subjetivo e poder dizer qual direito deveria prevalecer e como isso deveria ser feito.

Porém, o efeito de criar uma fórmula matemática foi exatamente o contrário.

A fórmula já existe há décadas e ainda não há consenso sobre como deve ser aplicada. A razão para isso é que a arbitrariedade argumentativa foi substituída pela arbitrariedade em selecionar as grandezas representativas de cada uma das quatro variáveis propostas por Alexy.

Além disso, uma boa parte dos casos concretos sequer chega a fase de sopesamento, e, quando chegam, são resolvidos sem o auxílio da fórmula[198]. Aplicar a fórmula, infelizmente, não é uma atividade tão simples quanto se imaginou.

Para este trabalho, decidiu-se seguir a proposta de Alexy para guiar o raciocínio, mas vale o alerta que não há qualquer pretensão de verdade ou precisão. O uso da teoria da proporcionalidade é limitado ao seu potencial de analisar uma situação. No caso, a expulsão de estrangeiros.

Assim, atente para a seguinte fórmula:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Figura 1- Fórmula da Proporcinalidade em Sentido Estrito

[197] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 12-13.
[198] MARZAL, Toni. From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law. **Oxford University Press and New York University School of Law,** Oxford, vol. 15, n. 3, p. 621–648, 2017.

A fórmula acima foi retirada do livro de Klatt e Meister. Existem quatro letras nessa fórmula. Cada uma delas representa uma variável a ser estimada.

"*W*" representa peso (*weight* em inglês). Wi e Wj são o peso abstrato atribuído a cada direito fundamental. Como explicado acima, considerando que o conteúdo dos direitos no modelo "*weak trumps*" adota que todos têm peso igual, não importa o valor adotado para um princípio, eles se cancelam.

De um ponto de vista moral, isso não parece muito verdade. É no mínimo absurdo afirmar, por exemplo, que o direito à vida tem o mesmo conteúdo que o direito à propriedade. Contudo, dizer que Wi = Wj equivale apenas a dizer que ambos têm a mesma natureza de direito fundamental. A primazia de um sobre o outro pode ser determinada no item seguinte.

"*I*" representa a intensidade de interferência no caso concreto (*intensity of interference* em inglês). Essa variável representa o grau de interferência da ação do Estado sobre o direito fundamental do indivíduo ou grupo. Alexy estabelece três graus de interferência: leve (l), médio (m) ou sério (s).

Na visão do autor, seria possível aferir em cada caso, ou pelo menos estimar, o quanto a ameaça representa. E, para representar matematicamente esses números, ele aplicou a progressão geométrica do número 2, isto é: 2^{0}, 2^{1} e 2^{2}, que equivalem a 1, 2 e 4, respectivamente.

Assim, caso o aplicador considere que a interferência sobre o direito do indivíduo é *leve*, ele colocará no lugar de *Ii* o número 1. Se considerar a urgência da atuação do Estado *séria*, colocará no lugar de *Ij* o número 4, e assim por diante.

"R" refere-se à confiabilidade das premissas empíricas e normativas para a aplicação da fórmula. Basicamente, se refere à qualidade e à quantidade de informação que se tem sobre o caso.

Klatt e Meister explicam que Alexy não se delongou muito sobre essas grandezas e que, para fins de aplicação, não fariam tanta diferença. Em verdade, só adicionam complexidade a uma fórmula sensível de ser aplicada[199]. Tal opinião é partilhada por Laurentiis[200].

---

[199] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 11-12.
[200] LAURENTIIS, op. cit., p. 250 - 252.

Condensando todas essas explicações, pode-se concluir que o teste de proporcionalidade em sentido estrito só pode ser aplicado diante de um caso concreto. Observe.

Partindo do pressuposto que todos os direitos nascem iguais, Wi sempre corresponderá a Wj, assim, qualquer número pode representá-las. Adotou-se "1". Se "R" é uma grandeza que é frequentemente desconsiderada, no mesmo grau, adota-se 1 para representá-las. De maneira que a única variável que resta é o grau de interferência.

No fim das contas, a observação de Laurentiis estava certa. Só faz sentido analisar o grau de interferência no direito e se o Estado foi proporcional em sua resposta quando se está diante de um caso concreto.

Essa observação, contudo, não anula os testes anteriores, fortemente baseados em discussão teórica e especulativa, pois chegar à análise de "proporcionalidade em sentido estrito" significa superar as análises anteriores. Em outras palavras, a norma Estatal não é, por definição, desproporcional, e o Judiciário passa a analisar apenas interferências pontuais.

Klatt e Meister apontam em seu livro um caso que chegou a Corte Europeia de Direitos Humanos que envolvia o direito de não sofrer tortura, por parte do indivíduo, e o direito do Estado de preservar a segurança nacional. Dado a sua relevância para este trabalho, abordar-se-á o caso e as observações dos autores[201].

Karamjit Singh Chahal ("Sr. Chahal") entrou pela primeira vez no Reino Unido em 1971 de forma ilegal, mas conseguiu legalizar sua estadia em 1984, por meio de um programa do Estado. No Reino Unido, o Sr. Chahal casou-se e teve dois filhos.

O Sr. Chahal e sua família são da religião Sikh e, em 01 de janeiro de 1984, eles viajaram para a capital de sua fé, Punjab, na Índia. Acontece que essa região da Índia passa por protestos e lutas separatistas desde 1947, quando a Índia conquistou sua independência.

O Sr. Chahal conta que, durante sua estadia em Punjab, visitou várias vezes o Templo Dourado (templo central de sua religião) e teve uma audiência pessoal com Sant Bhindranwale (chefe da religião à época) e, em razão de seu envolvimento, foi preso e torturado pela polícia indiana por trinta dias.

[201] KLATT; MEISTER, op. cit., p. 32-42.

Depois de voltar ao Reino Unido, o Sr. Chahal tornou-se uma figura de liderança na comunidade Sikh. Promoveu passeatas para denunciar a violência do regime indiano, recebeu o sobrinho do líder da religião e viajou o Reino Unido em sua companhia e ajudou a estabelecer a *International Sikh Youth Federation* ("ISYF").

Porém, o movimento de resistência do qual o Sr. Chahal era integrante mostrou sinais de radicalização e seu próprio comportamento mudou. Ele foi preso mais de uma vez por suspeita de conspiração contra Sikh moderados no Reino Unido e foi condenado por atacar pessoas em um atentado ao templo "East Ham Gurdwara", em Londres.

Em 16 de agosto de 1990, Ministro do Interior emitiu um aviso de intenção de deportação e, em 11 de setembro do mesmo ano, o Sr. Chahal pediu asilo no Reino Unido. Assim, começou uma discussão judicial que culminaria no julgamento do caso no. 22414/93 em Estrasburgo, em 1996.

A decisão da Corte reafirmou a supremacia do direito a ser privado de tortura, mas, para isso, não utilizou o método de balanceamento. Apenas considerou que a evidência e certeza de grave ameaça, que ficou constatada com extensa documentação, foram suficientes para prevenir sua expulsão.

O pertinente deste caso para o presente trabalho não é, precisamente, a consideração da CEDH, mas a maneira como Klatt e Meister utilizaram-no para explicar como o método de balanceamento funcionaria em um caso de expulsão.

Em seu livro, os autores explicam ser possível traduzir os argumentos das partes em resultados do método de balanceamento.

Da perspectiva do Sr. Chahal, ele não era uma ameaça real ao Reino Unido (*l* para *Ij*), e a ameaça de que seria torturado era séria (*s* para *Ii*). Assim, o resultado seria 4/1, e seu direito deveria prevalecer.

Já da perspectiva do Estado, estava comprovado que o Sr. Chahal havia se radicalizado pelo seu frequente envolvimento em ataques a indivíduos mais moderados de sua religião e que sua presença no Reino Unido poderia levar a escalada dessas tensões, dado sua posição de destaque entre os praticantes da religião Sikh. Além de que havia comprovação de que a violência policial na Índia diminuiu como um todo, de maneira que não havia certeza de que

seria torturado. Assim, para o Estado, a ameaça que o Sr. Chahal representava era séria (*s* em Ij), e as chances de que seria torturado eram pequenas (*l* em Ii), de maneira que o resultado do balanceamento seria ¼ e o direito de removê-lo forçosamente deveria prevalecer.

O interessante deste caso é a sua análise casuística. Parou-se para observar as circunstâncias do caso, para considerar qual seria a medida apropriada. Mesmo no Reino Unido, o Sr. Chahal envolveu-se em mais de um incidente antes de ser considerado radicalizado e o Secretário do Interior emitir a carta de intenção de expulsão.

Em verdade, o teste de "proporcionalidade em sentido estrito" faz referência ao caso concreto e, neste caso, a dúvida era justificável.

3.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO DA MEDIDA DE EXPULSÃO.

Uma consequência direta da análise de proporcionalidade em sentido estrito é que deve ser possível individualizar a (re)ação estatal ao caso concreto. A razão para isso é que se uma medida estatal é aplicada sem considerar as circunstâncias do indivíduo que sofrerá a ingerência, invariavelmente, a aplicação da medida será desproporcional na maioria dos casos.

Voltando um pouco para considerar o sistema americano de direito de imigração, observa-se que a maior crítica à atual configuração da Lei é, justamente sua inflexibilidade ao caso concreto.

Como explicado no item anterior, as duas leis ACCA e IIRIRA criaram uma dinâmica que promove a deportação por cometimento de crime indiscriminadamente. Enquanto uma classifica tipos criminais em categorias, a outra escolhe quais categorias são passíveis de instaurar um processo de expulsão. Aliado ao fato de que juízes de imigração não possuem mais discricionariedade para decidir por não expulsar, cria-se situações em que um indivíduo condenado por urinar em público seja expulso da mesma forma que outro condenado por estupro, dado que ambos foram condenados por crimes classificados como "*sex offense*"[202].

[202] Como bem denota Kari Hong: *"First, the current immigration law's means of attaching consequences is crude and overinclusive. Since IIRIRA, the seriousness of a state offense is based on general categories - theft offense, crime of violence, controlled substance offense, etc. - rather than how criminal courts in fact viewed the crime. The*

Assim, tem-se que a inflexibilidade do sistema acontece em dois níveis: primeiro, quando categoriza condutas criminosas e as considera de igual periculosidade e; segundo quando não permite ao juiz de imigração que dê "segundas chances" aos não-nacionais indiciados.

Existe mais uma implicação nesse cenário que merece atenção. Nos Estados Unidos, o direito de migração é considerado uma demanda de natureza civil. O efeito disso é que a oitava emenda, a demanda proporcionalidade das punições estatais[203], não se aplicaria à deportação por cometimento de crime.

Deixando de lado a discussão sobre a natureza jurídica da expulsão nos Estados Unidos, cumpre observar as críticas apontadas pela doutrina a falta de acesso a individualização da expulsão ao caso concreto.

Angela Banks explica em seu artigo "*Proportional Deportation*" que a expulsão, mesmo que não seja considerada uma pena criminal, deveria ser vista como uma medida punitiva grave. Afinal, a remoção de um indivíduo do local onde construiu sua vida pode trazer consequências graves a sua vida.

Como exemplo, pode-se citar a história de Paul Fernando Schreiner[204]. Trata-se de um brasileiro que foi adotado aos cinco anos de idade por um casal de americanos, mas foi expulso dos Estados Unidos aos trinta e seis anos.

Por mais que não tenha se naturalizado como cidadão americano, ele viveu como tal por trinta anos. Tinha previdência social e pagava impostos. Contudo, quando tinha vinte e um anos, ele foi condenado por manter relação sexual com uma adolescente de quatorze anos.

---

problem with attaching consequences by categories is that a rapist who violently attacks strangers may be placed in the same category as a college student who urinates in public after drinking too much at a party. Both individuals have committed a ***sex offense****, which depending on which state statute the conduct is prosecuted under, could fall within a crime of moral turpitude - a category that may both commence proceedings and bar particular remedies. As much as there is a compelling argument to exclude dangerous rapists, it is harder to exclude a drunken college student based on the same reasoning".* HONG, op. cit., p. 2130, grifo nosso.

[203] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "Eighth amendment: Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."

[204] **Adotado aos 5 anos, brasileiro é deportado após mais de 30 anos nos EUA.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/05/adotado-aos-5-anos-brasileiro-e-deportado-apos-mais-de-30-anos-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2019.

Depois de passar oito anos na prisão, ele saiu e começou a recompor sua vida: conseguiu um emprego e começou um relacionamento. Contudo, pouco depois, foi detido pela *U.S. Immigration and Customs Enforcement* (ICE) e, pouco depois, ele foi "devolvido" ao Rio de Janeiro. Ele não fala português, tampouco tem parentes ou amigos no Brasil.

Percebe-se, pois, que a expulsão é uma medida grave. Não se trata apenas de preservar a vida familiar do indivíduo, mas todo seu modo de vida. Há uma grande diferença entre a restrição de liberdade de uma medida jurídico-penal (confinamento de um indivíduo a um espaço) e a restrição de liberdade da expulsão (remoção do território de um determinado estado).

No caso acima, é latente a desproporcionalidade da aplicação a Lei ao caso concreto. Não foi levada em consideração a periculosidade do indivíduo ou mesmo sua possibilidade de ressocialização, a qual já estava em andamento.

É possível afirmar que a Lei Anterior, Estatuto do Estrangeiro, era um reflexo desse raciocínio. Dispunha o artigo 71:

> Art. 71. 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 a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.

Vale colacionar também o artigo 106 para efeito de comparação o que seriam as proibições especialmente prevista em Lei para estrangeiro:

> 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.

Além de se observar a arbitrariedade das condutas vedadas ao estrangeiro, a Lei generaliza todos esses cenários. Imagine um estrangeiro que monta uma rádio para seu bairro, apenas para divulgar notícias relativas ao bairro. Não haveria, à época da vigência da Lei, qualquer juízo sobre a gravidade, periculosidade ou ameaça real à ordem pública ou à segurança nacional.

O procedimento e o julgamento no inquérito de expulsão descrito no Estatuto do Estrangeiro e no Decreto 86.715 de 10 de dezembro de 1981 não mencionava qualquer garantia processual ao estrangeiro, a exceção de que possuía direito a um defensor[205].

O único tipo de individualização que a Lei previa era a de rito sumário para condutas que considerava mais graves. Isto é, ela dividia os prazos ao meio para processos que deveriam ser considerados mais sensíveis.[206]

Ainda nesse raciocínio, é importante mencionar que a expulsão tinha pretensão de ser perpétua. Isto é, uma vez declarada, a expulsão do estrangeiro impedia seu retorno para o resto de sua vida. A medida de expulsão vigorava até que fosse revogada (outro ato administrativo exposto a discricionaridade da administração)[207].

Considera-se que esta legislação não foi moldada para a individualização da conduta e periculosidade de cada caso. De maneira que reaviva o debate sobre o caráter autoritário da Lei promulgada durante o Regime Militar. É pouco razoável afirmar que a intenção do legislador

---

[205] Artigo 103, §6°, do Decreto 86.715 de 1981: Art. 103. A instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro será iniciada mediante Portaria. § 6° Será nomeado defensor dativo, ressalvada ao expulsando a faculdade de substituí-lo, por outro de sua confiança: I – se o expulsando não indicar defensor; II – se o indicado não assumir a defesa da causa; III – se notificado, pessoalmente ou por edital, o expulsando não comparecer para os fins previstos no § 4°.

[206] Brasil. [Estatuto do Estrangeiro (1980). **Estatuto do estrangeiro**: regulamentação e legislação correlata. – 2. ed. – Brasília:Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. *"Art. 71. 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 a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fi ca assegurado ao expulsando o direito de defesa"*.

[207] Estatuto do Estrangeiro - Art. 66: "*Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação. Parágrafo único. A medida expulsória ou a sua revogação far-se-á por decreto."*

era prevenir inferências na ordem pública e segurança nacional em caráter preventivo. Algumas dessas condutas não parecem criar qualquer problema para o Estado brasileiro.

Não havia espaço para um juízo de periculosidade do indivíduo, nem mesmo a consideração da conduta que instaurou o processo de expulsão. Uma vez estabelecida a conduta, o foco da análise no inquérito de expulsão era se havia qualquer impedimento para obstar a expulsão.

Porém, na Lei Atual, a Lei de Migração, o legislador adotou diversos mecanismos que permitem a individualização da aplicação da expulsão.

O primeiro deles é a determinação do prazo de duração da expulsão, o qual deverá ser proporcional ao prazo total da pena aplicada e não poderá exceder o dobro de seu tempo[208]. Por mais que seja uma outra manifestação da sobreposição entre direito penal e expulsão, não se pode ignorar que o fato de a medida passar de *ad infinitum* para possuir um teto é uma evolução considerável.

Ainda nesse sentido, na nova configuração da Lei, é possível que o julgador competente opte pelo arquivamento do pedido de expulsão por meio da consideração da gravidade da conduta. Observe:

> Art. 54. A expulsão consiste em medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado.
> § 1º Poderá dar causa à expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de:
> I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002; ou
> II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Assim, a configuração da Lei vigente permite que a medida de expulsão seja aplicada conforme os fatos apresentados. Isso dá ao expulsando a oportunidade de argumentar em favor de si, isto é, pode destacar que é réu primário, que sua conduta não foi violenta, que possui

[208] Lei de Migração - Art. 54, §4°.

emprego e contribui positivamente na comunidade da qual faz parte, de maneira a convencer o julgador da possibilidade de ressocialização em território nacional.

Além das considerações materiais, a Lei também apresenta garantias processuais, como o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa (art. 58, *caput*), a indicação de um Defensor Público, caso não tenha havido um constituído (art. 58, §1°), a remoção do rito sumário para condutas mais graves.

Dessa perspectiva, a Lei Nova tem mais potencial para passar em uma prova de "proporcionalidade em sentido estrito" que a Lei Anterior.

3.4 COMO AVALIAR A PERICULOSIDADE DE UM INDIVÍDUO PARA FINS DE EXPULSÃO.

Apesar dos avanços explicitados acima, a Lei cria um desafio adicional quando possibilita a individualização da expulsão: o juízo de valor sobre a gravidade da conduta que gerou a condenação por crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade e sobre a possibilidade de ressocialização em território nacional.

A Lei não dá indicações sobre como esse juízo de valor deve ser feito: quais os indícios para maior ou menor periculosidade? Como saber se o processo de ressocialização é possível em território nacional? Será que há como medir a periculosidade de um indivíduo para determinar se sua presença é perigosa?

Por certo, existem casos em que é evidente que a presença do indivíduo é problemática e que provavelmente reincidirá em sua conduta que inspirou a expulsão, porém, existem casos em que o cometimento do crime foi singular, ou ainda sem violência. Nesses casos, como proceder com a ponderação.

Tal ponto é relevante se observadas as críticas feitas à própria análise de proporcionalidade em sentido estrito: deixa a critério subjetivo do julgador (no caso, o Ministro da Justiça) como proceder com a expulsão.

Assim, encontrou-se duas sugestões de *framework* para guiar a análise.

A primeira delas é aproveitar o sistema utilizado no direito penal para fixação de penas privativas de liberdade, contido nos artigos 59, 61 e 65 do Código Penal (Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940), os quais exploram três perspectivas dos fatos, respectivamente, dos regimes de fixação da pena, agravantes e atenuantes.

Para fixação da pena, o juiz deve considerar a reprovabilidade da conduta e, para isso, deve considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos apontados para a conduta criminosa, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Todos esses padrões acima concernem o caráter do indivíduo.

No mesmo sentido, as circunstâncias do cometimento do crime são razões para o aumento da pena:

> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada[209].

Ou diminuição:

> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a

[209] Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

> autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.[210]

Tem-se, portanto, um método de análise que poderia ser analogamente aplicado para ponderar sobre a gravidade do crime e a possibilidade de reintegração. Assim, o julgador responsável poderia aproveitar as observações já feitas durante o processo penal para formar seu juízo de conveniência da expulsão[211].

Nesta conclusão, cabe a pergunta: qual seria, então, a diferença entre o juízo que faz o julgador e o que faz o Ministro da Justiça para decidir, respectivamente, se houve crime e cabe aplicação de pena e se cabe a medida de expulsão? Reflexo da nova configuração da Lei, ambos analisam a mesma conduta para aplicar sanções em áreas diferentes, podendo o Ministro da Economia valer-se do julgamento do Juiz Penal sobre a conduta criminosa. Haveria, portanto, uma diferença marcante?

Respondendo a esta pergunta, Angela M. Banks explica que uma metodologia foi proposta no julgamento do caso *BMW v. Gore* (517 u.s. 559) que adotou critérios adicionais para avaliar as condutas dos estrangeiros condenados pelo cometimento de um crime para fins de expulsão:

> While the relevant factors in the deportation context would vary slightly, they would similarly seek to evaluate (1) whether or not the deportation is based upon behavior generally deemed reprehensible; (2) whether or not the behavior in a particular case is problematic enough to warrant deportation; and finally (3) how deportation compares to other civil and/or criminal sanctions available for the same behavior. The factors examined in *In re C-V-T* would be instructive to this inquiry, but the test must be whether or not deportation in light of these factors is grossly excessive, not whether relief from deportation is in the best interest of the country[212].

---

[210] Idem.

[211] Segundo o Decreto n° 9199, de 20 de novembro de 2017, o qual regulamenta a Lei de Migração, no art. 195, a Polícia Federal adiciona ao Inquérito de Expulsão documentos que permitam analisar de há condição de inexpulsabilidade, medidas de ressocialização e a gravidade do crime. "*Art. 195. O procedimento de expulsão será iniciado por meio de Inquérito Policial de Expulsão. § 1º O Inquérito Policial de Expulsão será instaurado pela Polícia Federal, de ofício ou por determinação do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, de requisição ou de requerimento fundamentado em sentença, e terá como objetivo produzir relatório final sobre a pertinência ou não da medida de expulsão, com o levantamento de subsídios para a decisão, realizada pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, acerca: I - da existência de condição de inexpulsabilidade; II - da existência de medidas de ressocialização, se houver execução de pena; III - da gravidade do ilícito penal cometido*."

[212] BANKS, op. cit., p. 1676-1677.

Empreende-se, dessa passagem, que o padrão de revisão da expulsão deveria ser mais baixo. Isto é, apesar de o juiz de direito e o Ministro da Justiça terem que examinar os mesmos fatos, a conclusão do juiz é pela materialidade da conduta criminosa, e a do Ministro, pela permanência em território nacional.

Em tese, a expulsão é uma medida que se destina a prevenção de condutas que venham a ameaçar o estado. Assim, tratando-se de uma análise de probabilidade de conduta lesiva no futuro, a análise deveria ser voltada para a necessidade de medida adicional contra o estrangeiro.

CONCLUSÃO

A Conclusão está dividida em duas partes. Na primeira, sintetizar-se-á as conclusões de cada um dos capítulos, de como a fechar o raciocínio e observar a progressão da análise da argumentação que sustenta a existência da expulsão de estrangeiro no Estatuto do Estrangeiro e na Lei de Migração. Na segunda parte, aponta-se formas de tornar a configuração da expulsão na Lei de Migração mais proporcional e em sintonia com o restante do ordenamento.

A. QUANTO A APLICAÇÃO DA PROVA DE PROPORCIONALIDADE À EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO.

Em primeiro lugar, a prova de "**adequação**". Viu-se que, é necessário verificar a legitimidade dos meios. Logo em seguida, inicia-se a análise da argumentação por trás da escolha do meio com a verificação de ele é capaz, em algum nível, de provocar o fim. A tarefa do revisor é, portanto, averiguar se havia alguma lógica em escolher aquele meio.

Assim, historicamente, os fins da expulsão de estrangeiro são a manutenção da segurança nacional e a da ordem pública. Considera-se que, não havendo obrigação de abrigar um indivíduo, posto que não possui nacionalidade daquele Estado, ele pode ser expulso se sua presença for considerada intolerável.

Viu-se que é legítimo um Estado guardar para si o dever de proteger esses dois direitos coletivos. Trata-se, inclusive, de um direito reconhecido internacionalmente de exercer controle sobre a admissão de estrangeiros em seu território, como atributo da soberania. Contudo, vale a ressalva de que a expulsão não pode ser arbitrariamente exercida. Limitações existem internacionalmente e internamente.

Internacionalmente, o exercício do direito de expulsão de um Estado é limitado por tratados internacionais de proteção aos direitos humanos que tem por foco grupos específicos, como refugiados, apátridas, e pessoas sob o regime de asilo. Estes demandam que a expulsão só seja feita por motivo de proteção à ordem pública e segurança nacional, quando não houver possibilidade de reintegração. Ainda em termos de limitação, as convenções pedem que os indivíduos não sejam enviados para locais onde correriam perigo de vida.

Internamente, a expulsão é limitada por direitos fundamentais. O Estado tem que respeitar garantias processuais (direito à ampla defesa e ao contraditório) e deve individualizar cada caso de expulsão.

Assim, conclui-se que os fins são legítimos, tanto por terem valor constitucional como reconhecimento internacional de que podem e devem ser da responsabilidade de cada Estado, mas devem ser exercidos considerando as limitações de direitos fundamentais acessórios ao processo de expulsão.

Com isso em mente, cabe analisar se a expulsão de estrangeiro tem o potencial de promover a proteção à ordem pública e a segurança nacional.

Chegar a essa resposta cabe considerar os cenários em que a expulsão conseguiria atingir esses fins. Para o Estatuto do Estrangeiro, é fácil imaginar situações em que seria uma medida administrativa injusta. A Lei descrevia hipóteses de expulsão abertas a interpretação de forma que tornar várias condutas em motivos para expulsar.

Assim, atividades triviais poderiam incitar a instauração de um processo de expulsão antes mesmo de permitir que o expulsando se adequasse a Lei ou que apresentasse defesa com base nos fatos. Assim, a expulsão poderia ter o efeito de remover forçosamente do território um indivíduo que não representava qualquer perigo para a segurança nacional ou ordem pública brasileira.

Já a Lei de Migração possui uma redação bem objetiva: ela faz coincidir o conteúdo dos tipos penais apurados pelo Tribunal Penal Internacional e os tipos penais referentes a crimes comuns pelo Código Penal Brasileiro. Isso gera um outro problema. Antes a expulsão tinha um propósito próprio que poderia coincidir com uma conduta criminosa; agora, *apenas* condutas criminosas descritas no Estatuto de Roma e no Código Penal são hipóteses de expulsão.

Tal redação cria um cenário em que a expulsão não aparenta ser uma medida administrativa com propósito próprio, com o *caput* do artigo 54 determina. Em verdade, sua função parece estar mais próxima de uma consequência acessória de uma condenação criminal exclusiva para estrangeiros.

Essa perspectiva é agravada pelo fato de que a atual configuração da expulsão não inclui em seu texto os específicos fins que a medida busca atingir. A expulsão perde um pouco de

propósito quando as hipóteses especificamente coincidem com condutas já penalizadas por outros meios.

Reconhece-se, porém, que existe um cenário em que a expulsão é uma medida adequada: quando comprovada a periculosidade do indivíduo.

Como discutido no trabalho, existem cenários em que é possível averiguar a periculosidade de um indivíduo: quando se constata a radicalização de um indivíduo quando este é condenado pelo cometimento de ato terrorista, quando é reincidente em conduta violenta. Para essas situações, a expulsão pode ser adequada.

É justo destacar que tanto a possibilidade de descartar a expulsão como a previsão de um teto para o período que durará o impedimento de regresso tornam a expulsão mais apta a ser adequada. Isto é, a expulsão agora tem potencial de ser a medida adequada para um caso específico.

Em segundo lugar, a prova de "**necessidade**". O teste determina que alternativas ao meio escolhido sejam analisadas para concluir que uma delas deve ser descartada, ou devem coexistir.

Como explicado para a prova anterior, há uma confusão entre o conteúdo material do direito penal e a expulsão de estrangeiro. Já que a redação do artigo 54 da Lei de Migração não apresenta fins específicos para a expulsão e faz com que as hipóteses coincidam especificamente com o conteúdo material de crimes comuns descritos no Código Penal Brasileiro e no Estatuto de Roma.

Assim, pareceu aceitável adotá-lo como meio igualmente adequado por duas razões. A razão para isso é que, uma vez que se concluiu que é razoável crer que a ameaça de uma medida coercitiva fará com que um indivíduo se abstenha das condutas lá descritas, o Direito Penal também se apresenta como guardião da ordem pública e da segurança nacional.

Assim sendo, tanto as sanções previstas no Código Penal como a medida administrativa expulsão de estrangeiro existem como reação estatal a uma determinada conduta, considerada nociva.

Com isso em mente, questiona-se, a aplicação de uma penal jurídico-penal já não corresponderia à resposta estatal suficiente para atingir os fins descritos?

Com base no analisado, concluiu-se que é difícil argumentar pela necessidade da expulsão quando já há todo um sistema legal instalado no país para proteger esses bens jurídicos. Tribunais, especialistas, doutrina robusta, códigos específicos e detalhados, enquanto a expulsão é doutrinada por alguns artigos.

Aliado a este raciocínio, o aparato necessário para promover o inquérito de expulsão coincide com o utilizado para promover inquéritos policiais. É da competência da Polícia Federal investigar e nutrir o Inquérito de Expulsão. Por mais que o crime de que o estrangeiro foi condenado seja da competência estadual, ainda assim, são policiais que congregam as informações necessárias para analisar se um estrangeiro deve ser expulso. Além disso, o Inquérito Policial e o processo judicial são aproveitados pelo Ministro da Justiça para formar seu convencimento sobre a conveniência de expulsar ou não.

Desse ângulo, não existem muitas razões para defender a "necessidade" da expulsão diante de um sistema jurídico mais robusto e uma infraestrutura mais apta a perseguir os fins. O único argumento encontrado é de cunho formal: expulsar indivíduos é direito do Estado, posto que é atributo da soberania sobre o território.

Contudo, ainda assim, é possível sustentar que "soberania" não possui mais o significado de absoluta hegemonia, além de que a figura do soberano não coincide com um indivíduo, mas com o Estado de Direito, de maneira que deve haver sentido constitucional nas medidas adotadas. Sendo necessário encontrar um lugar para a expulsão dentro do ordenamento, e já existindo o Direito Penal cumprindo essa tarefa, seria necessário apontar outra função para a expulsão, nem que seja complementar ao Direito Penal.

Assim, conclui-se que é necessário encontrar, ou pelo menos reforçar, o papel da expulsão no ordenamento brasileiro. Da maneira como está colocada na Lei de Migração, ficou inconclusivo qual seria seu fim e seu papel na manutenção da ordem pública e segurança nacional.

Diferente da Lei Atual, o Estatuto do Estrangeiro era bem claro quanto aos propósitos da Lei: expulsar indivíduos indesejados. Por mais que o procedimento não fosse o mais compatível com direitos processuais ou permitisse que o expulsando construísse argumentos baseados em si, a Lei tinha um propósito claro.

De um ponto de vista estritamente legal, não se vislumbra uma razão pela qual o legislador decidiu limitar a expulsão a condenações criminais. Afinal, é um direito do Estado Brasileiro, reconhecido em vários acordos internacionais.

Não se questiona o Direito do Estado Brasileiro de expulsar indivíduos "indesejáveis", mas como a definição de quem é "indesejável" é feita. Como se viu, a Lei Anterior deixava ao arbítrio da autoridade competente apontar quem deveria ser expulso, por mais que a doutrina insistisse que não era.

Da mesma forma com na análise de "adequação", abre-se a exceção para situações em que fica demonstrado o potencial de periculosidade de um indivíduo. Viu-se que a expulsão ganha sentido quando ela se torna uma análise de necessidade de medida acessória a condenação penal. Isto é, para além da condenação, mas uma consideração de medida preventiva. Não é necessário que perca sua natureza de medida administrativa, apenas que a fundamentação assuma outro rumo.

Por fim, a análise de "**proporcionalidade em sentido estrito**". Atender a este teste significa analisar se a aplicação da Lei foi em medida adequada ao caso concreto. Isto é, se a reação estatal foi excessiva se consideradas as circunstâncias do caso concreto.

Pelo que se pôde apreender, a intensão original de Alexy é que fossem sopesados os direitos fundamentais para que nenhum foi desconsiderado, e todos fossem aplicados na maior extensão possível. Em sua visão, a inferência em um direito fundamental só seria justificada se os efeitos no outro (em nome do qual a inferência foi feita) sejam exponenciais. Para isso, desenvolveu uma fórmula que serviria de guia para a revisão da conduta estatal.

Porém, viu-se que a precisa forma como o padrão de revisão deve ser aplicado permanece um impasse doutrinário. Segundo alguns autores, a prova apenas transforma a subjetividade do julgador ao considerar direitos fundamentais ao seu modo em subjetividade para atribuir valores matemáticos a conceitos abstratos.

Para evitar o subjetivismo da prova, optou-se por analisar a capacidade de cada Lei de se moldar ao caso concreto. Isto é, analisou-se o que o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração oferecem em termos de adaptabilidade às circunstâncias de cada caso.

Conclui-se que o Estatuto do Estrangeiro não era muito flexível. Tanto porque a medida de expulsão tinha pretensão de perpetuidade, como por que as oportunidades de defesa a disposição do expulsando apenas rendiam argumentos em favor de direitos fundamentais de terceiros, isto é, o direito a reunião familiar de filho (dependente emocionalmente e economicamente do genitor estrangeiro) ou cônjuge/parceiro.

Já para a Lei de Migração, o cenário muda bastante. Primeiro, porque a medida de expulsão dura por tempo determinado, o qual deve ser proporcional a gravidade da conduta. Segundo, porque o acusado agora pode apresentar razões pelas quais a medida de expulsão seria excessiva em seu caso. Assim, pode argumentar ser réu primário, possuir um emprego, contribuir com sua comunidade, demonstrar que sua ofensa não foi violenta, nem seus motivos, torpes. Isso abre um leque de oportunidades argumentativas o qual permite a análise de periculosidade do indivíduo, isto é, o grau de ofensividade que sua presença representa.

B. COMO A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO PODERIA SER MAIS PROPORCIONAL.

Na Introdução ao presente trabalho, explicou-se o que são falácias. Basicamente, são argumentos cuja falta de coerência não permite que sejam considerados válidos. São armadilhas de pensamento. Apresenta-se, para concluir o raciocínio desta dissertação, mais uma falácia comum: a falácia da falsa dualidade.

Segundo este raciocínio, uma solução teria apenas duas saídas. Seria o equivalente a dizer que, se uma medida estatal não está funcionando da maneira que se pretende, só existem duas soluções: permanecer com ela da forma que esta ou livrar-se dela inteiramente.

Contudo, de um ponto de vista lógico, esse raciocínio raramente se sustenta. Se a medida apresenta falhas, primeiro deve-se questionar se há possibilidade de ajustes, de adaptação. Apenas quando se demonstrar que o custo de promover ajustes supera os benefícios ou quando não há racionalidade alguma na medida escolhida, deve-se considerar o cancelamento da medida.

Com base nesse raciocínio, reconhece-se que a Lei de Migração tem mais “potencial” de ser proporcional que o Estatuto de Estrangeiro, dado que este não orientava a devida

aplicação do instituto. Contudo, existem modificações que, em tese, promoveriam uma melhor aplicação da Lei.

A primeira delas seria de nominalmente indicar os fins que a Lei pretende atingir. Hoje, a Lei de Migração não menciona qual o propósito da expulsão de estrangeiro. Concede-se que, caso isso entrasse em questão judicial, o julgador poderia lançar mão da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, de modo a adotar a que os propósitos da Lei Atual são os mesmos da Anterior. Afinal, a expulsão de estrangeiro existe dentro de uma tradição jurídica e seu significado não está isolado no tempo.

Contudo, é necessário considerar que também é papel da Lei de Migração trazer a maneira como a condição jurídica do estrangeiro é tratada para os padrões do Estado Democrático de Direito. Como se viu, existem vários elementos no Estatuto do Estrangeiro que refletem o autoritarismo do Regime Militar e tendência políticas que não são compatíveis com os direitos fundamentais.

Além disso, não há razão jurídica para deixar implícito o direito do Estado Brasileiro de expulsar estrangeiros cuja presença dê ao Estado razões suficientes para acreditar numa ameaça plausível à ordem pública e à segurança nacional. Controlar a entrada e permanência no território é um direito que advém da soberania do Estado, mesmo que esta esteja mitigada em alguns pontos.

Outro argumento em favor de emendar a Lei para indicar seus fins é explicitar o propósito prático a que ela se destina. A maneira como a Lei disciplina a expulsão hoje leva à conclusão de que há uma sobreposição entre o conteúdo material do direito penal e a medida administrativa de expulsão. Assim, a expulsão assemelha-se mais a uma consequência adicional a uma condenação penal, não contida no Código Penal ou Código de Processo Penal, exclusiva para estrangeiros.

Nesse cenário, tanto aparenta ser uma medida excessiva contra uma conduta, como cria uma diferença adicional entre nacionais e estrangeiros, coisa que não é permitida pela Constituição Federal de 1988.

A segunda sugestão de alteração que se pode fazer é que seja incluído no texto padrão de revisão da gravidade da conduta do estrangeiro e da possibilidade de ressocialização em território nacional.

A semelhança procedimental e material do Direito Penal com a Expulsão de Estrangeiro pode levar a um julgamento da conduta do estrangeiro nos mesmos moldes que é feita em um processo judicial. Porém, como discutido acima, é importante que a expulsão de estrangeiro tenha um propósito além do direito penal, isto é, ela não pode ser confundida com ele.

Portanto, seria útil ter um padrão de revisão que ressaltasse que a expulsão somente é necessária quando possuir caráter preventivo, e não punitivo. Não se trata de adicionar uma sanção administrativa a uma sentença criminal, mas de preservar a ordem pública de um indivíduo que realmente a ameaça.

Vale ressaltar que a expulsão desencadeia efeitos graves na vida de um indivíduo que, mesmo que não tenha constituído família com um nacional, ainda investiu seu tempo, dinheiro e afeição no país, de maneira que, ser removido, pode deixá-lo sem meios para recomeçar a vida. Desse modo, a interferência nos direitos fundamentais de um sujeito deve ser proporcional às circunstâncias, sob pena de se cometer uma injustiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMOSSAWI, Ali. **O livro ilustrado dos maus argumentos.** Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. Crimigração: a criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos, **Revista de Informação Legislativa**, vol. 50, n. 197, p. 143-160, jan. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANKS, Angela Marie. Proportional deportation. **The Wayne Law Review**, vol. 55, n. 04, p. 1651-1682, 2009.

BATIFFOL, Henri. **Aspects Philosophiques du Droit International Privé.** Paris: Dalloz, 1956.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas:** São Paulo: Martin Claret, 2001.

BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. Com lei ou sem lei: As Expulsões de Estrangeiros na Primeira República. **Cadernos do Arquivo Edgard Leuenroth**: Universidade Estadual de Campinas, Campinas, vol. 14, n. 16, p.185-214, jan. 2009.

BRASIL. Lei n° 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigrantes.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2 Paraná.** Brasília, 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 12 out. 2019.

BUZANELLI, Márcio Paulo. PORQUE É NECESSÁRIO TIPIFICAR O CRIME DE TERRORISMO NO BRASIL. Revista Brasileira de Inteligência, Brasília, v. 8, set. 2013, p. 12.

CADE, Jason A. Judging Immigration Equity: Deportation and Proportionality in the Supreme Court, **U.C. Davis Law Review**, vol. 50, n. 3, p. 1029-1108, fev. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CENTRO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS (CEM) (São Paulo) (Org.). Políticas Públicas e Migração Internacional no Brasil. In: CHIARELLO, Leonir Mario (Org.). **Las Políticas Públicas sobre Migraciones y La Sociedad Civil en América Latina:** Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y México. Nova Iorque: Scalabrini International Migration Network, 2011.

CERDÁ, Magdalena et al. Misdemeanor Policing, Physical Disorder, and Gun-related Homicide: A Spatial Analytic Test of "Broken-Windows" Theory. **Epidemiology**, New York, v. 20, n. 4, p.533-541, jul. 2009.

CHORNET, Consuelo Ramon, Current Evolution of the Counterterrorism Strategy: Assessment of the European Common Security and Defense Policy, 33 **Anuario Espanol de Derecho Internacional** 103 (2017).

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: Banalizando a violência. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 5, n. 2, p.1-22, jan. 2000.

CUNHA, Francisco. Poder estatal: a hodierna manifestação da função moderadora. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, vol. 7, n. 01, p. 83-96, 2002.

Decisions Concerning Expulsion of Foreigners from Brazil. **The American Journal of International Law**, Cambridge, vol. 3, n. 2, p.496-505, abr. 1909.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DICKERSON, Caitlin et al. **ICE Launches Raids Targeting Migrant Families.** Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/07/14/us/ice-immigration-raids.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

DOLINGER, Jacob. A Ordem Pública em seus Diversos Patamares. In: DOLINGER, Jacob. **Direito e Amor.** São Paulo: Renovar, 2009. p. 269-281.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: parte geral. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2014.

DOW, Mark. Designed to Punish: Immigrant Detention and Deportation, **Social Research**, vol. 74, n. 2, p. 533-546, jun. 2007.

DUCROQUETZ, Anne-lise. **L'expulsion des étrangers en droit international et européen.** 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Droit Et Santé, Faculté Des Sciences Juridiques, Politiques Et Sociales, Université de Lille 2.

DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The 9/11 Comission Report. The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States. Publicado em 2002. Acesso em: <https://govinfo.library.unt.edu/911/report/index.htm>.

FARIA, Antônio Bento de. **Sobre o Direito de Expulsão.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, p.64.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GERALDO, Enrica. A "Lei de Cotas" de 1934: Controle de Estrangeiros no Brasil. **Cadernos do Arquivo Edgard Leuenroth**: Universidade Estadual de Campinas, Campinas, vol. 15, n. 27, p. 175 - 207, 2009.

GRIMM, Dieter. **Sovereignty: The origin and future of a political and legal concept.** New York: Columbia University Press, 2015.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HONG, Kari. "The Absurdity of Crime-Based Deportation." **U.C. Davis Law Review**, vol. 50, n. 5, p. 2067-2148, jun. 2017.

JAIME, Erik. Visões para uma teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, ano 88, p.24-40, jan. 1999.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality.** Oxford: Oxford University Press, 2012

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática.** São Paulo: Malheiros, 2017.

LEVY, Maria Stella Ferreira. O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972). **Revista Saúde pública**, São Paulo, v. 8 (supl.): p. 49 – 90, 1974.

MALTZAHN, Paulo. A língua alemã como marcador de identidade étnica em Pomerode. **Pandaemonium Germanicum**, [s.l.], vol. 21, n. 33, p.113-135, 23 nov. 2017. Disponível em: Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBiUSP, <http://dx.doi.org/10.11606/1982-88372133113>.

MARZAL, Toni. From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law. **Oxford University Press and New York University School of Law**, Oxford, vol. 15, n. 3, p. 621–648, 2017.

MCCGWIRE, Michael. The paradigm that lost its way. **International Affairs**, [s.l.], v. 77, n. 4, p.777-803, out. 2001. Oxford University Press (OUP). http://dx.doi.org/10.1111/1468-2346.00219. Acesso em 22 jun. 2018.

MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and Criminal Law: The Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law. **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, Vol. 14, No. 1 (Winter 2011), pp. 108-122 Published the University of California Press.

MIGUEL, Luis Felipe. Segurança e desenvolvimento: peculiaridades da ideologia da segurança nacional no Brasil. **Diálogos Latinoamericanos**, Aarhus, v. 1, n. 5, p.40-56, jan. 2002.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NICOLAU, Jean Eduardo Batista. A condição do estrangeiro em vista do direito ao reagrupamento familiar. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos et al (Org.). **Famílias Internacionais:** Seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 169-185.

NOGUEIRA, Nadja Ponte. Os efeitos da expulsão sobre a propriedade de bens imóveis do estrangeiro expulso. 2016. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** Parte geral: arts. 1º a 120 do Código Pena. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OPAS/ OMS Brasil. **Folha Informativa - Acidentes de trânsito.** 2019. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5147:acidentes-de-transito-folha-informativa&Itemid=779>. Acesso em: 11 nov. 2019.

PAIVA, Ilnete Porpino de. **A capoeira e os mestres.** 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Humanas, Letras e Arte, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007. Orientador: Prof. Dr. Edimilson Lopes Junior. Doutorado Ciências Humanas, Letras e Arte, UFRN.

PARDI, Luis Vanderlei. **O regime jurídico da expulsão de estrangeiro no país, à luz da Constituição Federal e dos Tratados de Direitos Humanos.** 2013. 192 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Orientador: Prof. Associado André de Carvalho Ramos, São Paulo, 2013.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. O Supremo Tribunal Federal e o Estado de Sítio na República Velha: A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893-1930). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 2, p.1090-1124, abr. 2017.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

RHOTER, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. **The New York Times,** New York. 09 maio 2004. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leader-s-tippling-becomes-national-concern.html>. Acesso em: 08 jul. 2018.

RIBEIRO, Mariana Cardoso dos Santos. Direito e autoritarismo: A expulsão de comunistas no Estado Novo. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 7, n. 1, p.163-183, jan. 2008. Disponível em: <https://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/1049/1065>. Acesso em: 11 jul. 2018.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e terrorismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007. (6° impressão). Tradução de José Viegas.

HOBSBAWM, Eric. **The Age of Revolution**: 1789-1848. Londres: The Orion Publishing Group, 1962. (Publicado em e-book em 2010).

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SEYFERTH, Giralda. Os imigrantes e a campanha de nacionalização do Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). **Repensando o Estado Novo.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6762/142.pdf?sequence=>. Acesso em: 09 jul. 2018.

SHAW, Malcolm Nathan. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty.** Chicago: University Of Chicago Press, 2005.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. **American University Law Review**, Washington, vol. 56, n. 2, p. 367-420, dez. 2006.

TOULMIN, Stephen Edelston. **The Uses of Argument.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). **International Migration Report 2017: Highlights**. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.