

HABEAS CORPUS 114.901 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
PACTE.(S) : MARIO APENSA  
IMPTE.(S) : MARIA ERBENIA RODRIGUES E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** “**HABEAS CORPUS**”.  
**EXPULSÃO** DE ESTRANGEIRO.  
**NATUREZA JURÍDICA DO ATO**  
**EXPULSÓRIO. MEDIDA DE ÍNDOLE**  
**EMINENTEMENTE POLÍTICA,**  
**RESERVADA COM EXCLUSIVIDADE** AO  
PODER EXECUTIVO DA UNIÃO,  
**FUNDADA** NA SOBERANIA DO ESTADO  
BRASILEIRO. **POSSIBILIDADE DE**  
**CONTROLE JURISDICIONAL** QUE SE  
**LIMITA, NO ENTANTO,** À FISCALIZAÇÃO  
DE LEGALIDADE **E/OU** DE  
CONSTITUCIONALIDADE DESSE ATO  
DISCRICIONÁRIO. **DOCTRINA.**  
**PRECEDENTES. PATERNIDADE** SOBRE  
FILHO MENOR IMPÚBERE BRASILEIRO  
**NASCIDO APÓS A PRÁTICA** DO  
DELITO ENSEJADOR DO ATO DE  
EXPULSÃO. **A QUESTÃO DO**  
**NASCITURO E** SUA CONDIÇÃO JURÍDICA:  
**CAUSA OBSTATIVA** AO EXERCÍCIO DO  
PODER EXPULSÓRIO DO ESTADO?  
O “**STATUS QUAESTIONIS**” NA  
**JURISPRUDÊNCIA** DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL. **CONDIÇÕES DE**  
**INEXPULSABILIDADE SOB A ÉGIDE** DA  
LEGISLAÇÃO **ENTÃO VIGENTE**  
(ESTATUTO DO ESTRANGEIRO):  
**DEPENDÊNCIA ECONÔMICA** **OU**

HC 114901 / DF

VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.  
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO  
AFETO COMO VALOR CONSTITUCIONAL  
IRRADIADOR DE EFEITOS JURÍDICOS. A  
VALORIZAÇÃO DESSE NOVO  
PARADIGMA COMO NÚCLEO  
CONFORMADOR DO CONCEITO DE  
FAMÍLIA. A RELAÇÃO SÓCIO-AFETIVA  
COMO FATOR IMPEDITIVO AO PODER  
EXPULSÓRIO DO ESTADO. DEVER  
CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE  
PROTEGER A UNIDADE E DE PRESERVAR  
A INTEGRIDADE DAS ENTIDADES  
FAMILIARES. NECESSIDADE, TAMBÉM,  
DE DISPENSAR PROTEÇÃO INTEGRAL E  
EFETIVA À CRIANÇA E/OU AO  
ADOLESCENTE RESIDENTES NO BRASIL.  
LEGITIMIDADE DESSE TRATAMENTO,  
QUE SE JUSTIFICA, AINDA, PELA  
NECESSIDADE DE RESPEITO AO  
POSTULADO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA DA  
PRETENSÃO JURÍDICA DEDUZIDA EM  
FAVOR DO ORA PACIENTE. MEDIDA  
CAUTELAR CONFIRMADA. PEDIDO DE  
“HABEAS CORPUS” DEFERIDO.

**DECISÃO:** Trata-se de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão  
que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se  
consubstanciada em acórdão assim ementado:

“*HABEAS CORPUS*’. *EXPULSÃO. PORTARIA DO*  
*MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ESTRANGEIRO*  
*NASCIDO NO SURINAME E COM NACIONALIDADE*

HC 114901 / DF

**HOLANDESA. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. PROLE SUPERVENIENTE AO FATO CRIMINOSO E À CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO MENOR EM RELAÇÃO AO PACIENTE (PAI).**

**– Constando dos autos que o nascimento do mencionado filho do paciente ocorreu após o fato criminoso e não havendo comprovação de que o menor dependa economicamente do pai e de que tenham eles convivência sócio-afetiva, a jurisprudência desta Corte, ainda que mais flexível com o propósito de beneficiar a prole brasileira, não ampara a pretensão de impedir a efetiva expulsão do estrangeiro, condenado por tráfico de drogas.**

**'Habeas corpus' conhecido e denegado.'**

**(HC 240.433/DF, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA – grifei)**

**Aduz a parte ora impetrante, em síntese, para justificar sua pretensão, os seguintes fundamentos:**

***“O Paciente foi preso por infração ao artigo 12 c/c art. 18, I e III, da revogada Lei nº 6.368/76, e condenado pelo Juízo da 12ª Vara da Justiça Federal do Ceará à pena de 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, conforme sentença anexa.***

***Após o cumprimento total da pena, obteve a Extinção da Punibilidade, por sentença lavrada pelo Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais de Fortaleza/CE, em 20 de abril de 2006, conforme documento anexo.***

***De outra banda, o Excelentíssimo Ministro da Justiça, por intermédio da Portaria nº 559, publicada na Seção 1, nº 77, do Diário Oficial da União de 22 de abril de 2005, resolveu expulsar o paciente do Território Brasileiro, conforme comprovante anexo.***

***Em dia 18 (dezoito) de junho de 2005 (dois mil e cinco), ou seja, pouco mais de um mês após a publicação da mencionada Portaria, o paciente, conforme se extrai da Certidão de Nascimento anexa, foi abençoado com o nascimento de seu filho, KEVIN CAIO BARBOSA APENSA, fruto do relacionamento com a Sra. Gerlane Maria Barbosa do Nascimento, a qual vive em União Estável com o mesmo desde 11 de janeiro de 2004, conforme declaração anexa.***

HC 114901 / DF

*Enquanto saudava a sua dívida com a sociedade brasileira, o paciente constituiu sua família no Brasil por meio de União Estável com a Sra. Gerlane Maria Barbosa do Nascimento, com quem pretende contrair núpcias, após regularizar sua situação no Brasil, e, conforme já dito, desse relacionamento nasceu KEVIN CAIO BARBOSA APENSA, que atualmente já conta com mais de 05 (cinco) anos de idade, convivendo na companhia do Pai, ora paciente.*

*Ante o risco iminente de expulsão indevida, o paciente impetrou Ordem de 'Habeas Corpus' Preventivo perante o Superior Tribunal de Justiça, visando afastar os efeitos do Ato Coator e garantir os seus Direitos, bem como os Direitos do menor impúbere.*

.....  
*O Ato de Expulsão não leva em consideração a situação que se afigura no presente caso concreto, qual seja, o fato de o paciente ostentar responsabilidade para com a prole, menor impúbere.*

.....  
*Vê-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro ampara a pretensão do paciente que impetrou 'Habeas Corpus' preventivo objetivando impedir a sua expulsão do Território Nacional." (grifei)*

**Busca-se**, nesta sede processual, **a concessão** da ordem, **para** "garantir ao paciente o direito, consagrado por lei, de continuar cuidando de seu filho e, sobretudo, de afastar o risco de expulsão indevida, assegurando, por conseguinte, a efetivação dos direitos do menor impúbere" (grifei).

**Registro que**, em juízo de estrita delibação, **deferi** o pedido de medida liminar formulado nestes autos, **por vislumbrar plausibilidade jurídica** na pretensão deduzida pela parte impetrante.

O Senhor Ministro de Estado da Justiça, **apoiando-se** no parecer da Advocacia-Geral da União, **prestou** informações e **manifestou-se pela denegação** deste "writ" constitucional.

HC 114901 / DF

O Ministério Público Federal, *por sua vez*, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **opinou contrariamente** à concessão da ordem de “*habeas corpus*”.

**O exame** da presente impetração, **considerada a natureza da matéria nela versada**, **impõe** que se estabeleçam algumas premissas **que tenho por essenciais** à resolução deste litígio.

*Como se sabe*, a apreciação judicial do ato expulsório **editado** pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça, **com apoio em delegação presidencial**, **sofre limitações** impostas *pela própria natureza* de que se reveste o instituto da expulsão, que, **por não se qualificar como pena** (MIRTÔ FRAGA, “O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado”, p. 234, 1985, Forense; HAROLDO VALLADÃO, “Direito Internacional Privado”, p. 416, 1968, Freitas Bastos; HILDEBRANDO ACCIOLY, “Manual de Direito Internacional Público”, p. 88, 11ª ed., 1978, Saraiva, v.g.), **projeta-se**, *sem dúvida alguma* – **consoante ressalta o magistério da doutrina** (LUIZ IVANI DE AMORIM ARAÚJO, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 85, 8ª ed., 1995, Forense; FRANCISCO REZEK, “Direito Internacional Público”, p. 235, item n. 116, 14ª ed., 2013, Saraiva, v.g.) –, **como medida de proteção** à ordem pública e ao interesse social, **fundada na prerrogativa eminente de que dispõem** os Estados para, *soberanamente*, admitirem, *ou não*, em seus respectivos territórios, **pessoas juridicamente estranhas** à comunhão nacional.

**O Estatuto do Estrangeiro** (Lei nº 6.815/1980) – *vigente à época em que praticado o ato de expulsão em causa* – prescrevia, **em seu art. 66**, que “*Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação*”.

**A nova Lei de Migração** (Lei nº 13.445/2017), *por sua vez*, **conceituando** o instituto ora em análise como **medida administrativa de**

HC 114901 / DF

*retirada compulsória* de migrante **ou** visitante do território nacional, **manteve a competência exclusiva** do Poder Executivo para “*resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos (...)*” (art. 54, § 2º).

**Torna-se facilmente perceptível**, a partir do próprio discurso normativo que se encerra nos diplomas legislativos em referência, **que a expulsão** de estrangeiros e o ato de sua revogação **constituem expressivas manifestações da soberania estatal**. São medidas político-administrativas de competência exclusiva do Presidente da República, **a quem compete** avaliar, *discricionariamente*, a conveniência, a necessidade, a utilidade e a oportunidade de sua efetivação, **como observa** VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 793/794, item n. 5, 9ª ed., 2015, RT):

*“A expulsão não é pena no sentido criminal, uma vez que o legislador brasileiro não a incluiu no elenco dessas medidas jurídico-penais. (...) A expulsão é, sim, medida político-administrativa (que não deixa, por isso, de ser repressiva) de salvaguarda da ordem pública e do interesse social decorrente do poder de polícia do Estado, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário no que tange ao mérito da decisão. Trata-se de medida administrativa discricionária, e não de ato arbitrário do governo, como se poderia pensar à primeira vista. (...) A discricionariedade é permissiva da medida, não estando o governo obrigado a procedê-la, mesmo nos casos em que todos os requisitos necessários à sua realização se façam presentes.” (grifei)*

*“O instituto da expulsão” – já o proclamou* esta Corte (RTJ 95/589, Rel. Min. DJACI FALCÃO) – *“está consagrado no Direito Internacional como poder inerente à soberania do Estado, tendo por fim afastar o cidadão estrangeiro cuja permanência no país contrarie os elevados interesses nacionais (...). Compete ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida de elevado alcance político, cingindo-se*

HC 114901 / DF

o controle do Poder Judiciário ao que se relaciona com a legalidade ou constitucionalidade do ato discricionário” (grifei).

Segue-se claramente daí que o controle jurisdicional por meio da ação de “*habeas corpus*” não incide, sob pena de grave ofensa ao princípio da separação de poderes, sobre o juízo de valor emitido pelo Chefe do Poder Executivo da União. A tutela judicial circunscreve-se, nesse contexto, apenas aos aspectos de legitimidade jurídica concernentes ao ato expulsório. Esta Corte, por isso mesmo, em reiteradas decisões, tem acentuado a discricionariedade com que é exercitável, na matéria, essa magna competência presidencial (RTJ 34/438 – RTJ 60/398 – RTJ 110/650, v.g.).

O eminente e saudoso Ministro CORDEIRO GUERRA, em voto lapidar proferido sobre a natureza do ato expulsório e a questão do “*judicial review*” no procedimento de expulsão de súditos estrangeiros do território nacional, expendeu irrepreensíveis considerações, que só fazem acentuar os aspectos que venho de referir (RTJ 78/385):

*“No direito brasileiro, a expulsão é ato exclusivo, político, do Poder Executivo. Verificadas a legalidade do procedimento e a inocorrência dos únicos impedimentos previstos na lei, não se pode intervir ou pretender influir no convencimento do Excelentíssimo Senhor Presidente da República ou anular o decreto de expulsão, por via de ‘habeas corpus’.*

*O Poder Executivo, nos termos da lei, é soberano no julgar a conveniência de expulsar ou não o estrangeiro.”* (grifei)

Pertinente e relevante, a esse respeito, a observação proferida pelo eminente e saudoso Ministro RAFAEL MAYER no julgamento do HC 58.409/DF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, da qual destaco a seguinte passagem (RTJ 95/589-634, 616-617):

*“Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade, ultrapassar os limites da apreciação formal e da constatação*

HC 114901 / DF

de vícios nulificantes do ato, para ir ao exame do mérito. Esse aspecto de mérito, compreensivo da conveniência, da oportunidade ou da justiça da decisão administrativa, pertine ao poder discricionário, ao juízo discricionário, inabordável ao controle judicial.

O Juiz, ainda que viesse a ser tomado de convicção a respeito da conveniência ou da justiça do ato, não pode aferi-lo e desfazê-lo sob esse prisma, pois estaria comprometendo o princípio da divisão dos poderes e das competências reservadas, para substituir-se à própria autoridade administrativa, num juízo de valor que somente a esta cabe, na matéria." (grifei)

A discricionariade governamental, no entanto, em tema de expulsão de súditos estrangeiros, possui caráter relativo, pois sobre ela incidem limitações de ordem jurídica, como aquelas previstas no ora revogado Estatuto do Estrangeiro (art. 75, I e II) ou na vigente Lei de Migração (art. 55, I e II), diploma legislativo este que restringiu ainda mais a competência do Poder Executivo para praticar o ato expulsório.

No contexto normativo vigente à época em que efetivada a expulsão do ora paciente, atuavam, como condições de inexpulsabilidade, entre outras, aquelas concernentes ao fato de o estrangeiro possuir cônjuge brasileiro do qual não estivesse divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento houvesse sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos (art. 75, II, "a"), ou, então, na hipótese de o alienígena possuir filho brasileiro que, comprovadamente, estivesse sob sua guarda e dele dependesse economicamente (art. 75, II, "b").

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte, refletindo interpretação literal e mais restritiva do hoje revogado Estatuto do Estrangeiro (art. 75, § 1º), reputava legítimo o ato de expulsão se, não obstante a existência de filho brasileiro, este houvesse sido concebido ou tivesse nascido após a prática do delito ensejador da medida expulsória (HC 82.893/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 85.203/SP, Rel. Min. EROS GRAU –



HC 114901 / DF

HC 99.742/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 110.849/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.):

**“HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHOS NASCIDOS E REGISTRADOS APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º.**

*O nascimento e registro dos filhos do paciente verificaram-se após a ocorrência do fato criminoso que deu ensejo ao decreto de sua expulsão. Hipótese que afasta o impedimento de se expulsar o estrangeiro.*

***Ordem denegada.***

(HC 80.493/SP, Red. p/ o acórdão Min. ELLEN GRACIE – grifei)

**“HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. (...). EXPULSÃO. DISCRICIONARIEDADE. (...). FILHO BRASILEIRO NASCIDO EM PERÍODO POSTERIOR À PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL. (...).**

.....  
2. *O nascimento de filho brasileiro após a prática da infração penal não constitui óbice à expulsão. (...).*

(HC 85.203/SP, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

**Vê-se, daí, que essa orientação jurisprudencial firmou-se** no sentido de que, para a configuração de um direito público subjetivo à permanência do estrangeiro no Brasil, tornava-se necessário que os pressupostos legais **obstativos** da expulsão fossem contemporâneos aos fatos **que deram causa** ao ato expulsório **emanado** do Poder Executivo.

**Impõe-se registrar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário realizado há mais de 70 (setenta) anos, em 1947 (RT 182/438-442) – em atenção ao tratamento conferido pela Carta Política de 1946, primeira e única Constituição brasileira a subordinar o ato presidencial de expulsão a determinados óbices normativos (CF/46, art. 143) –, entendeu dispensável, até mesmo, para o efeito de impedir a expulsão de**

HC 114901 / DF

estrangeiro, **que já tivesse ocorrido** o próprio nascimento de seu filho brasileiro, **bastando, para tanto, o mero fato da concepção, de tal modo que a só existência de um nascituro revelar-se-ia suficiente** para suspender a execução do ato expulsório, **exceto** se não se registrasse o superveniente nascimento com vida:

*“**ESTRANGEIRO** – Indivíduo casado com brasileira – **Expulsão** do país – **Inadmissibilidade se a esposa se acha grávida** (...).*

***NASCITURO** – **Respeito aos seus direitos antes do nascimento** – **Expulsão** pretendida do seu pai do Brasil, sendo a mãe brasileira (...).*

***Suspende-se** o processo de expulsão de estrangeiro casado com brasileira **que se encontra grávida**.*

***O nascimento com vida torna**, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em consequência, **transforma** em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tinham sido atribuídas na fase de concepção.”*

(**HC 29.873/SP**, Rel. Min. LAUDO DE CAMARGO – grifei)

**A compreensão** que o Supremo Tribunal Federal **revelou** no julgamento que venho de mencionar **refletiu-se, igualmente, em preciosa monografia**, cujos autores (ANDRÉ FRANCO MONTORO e ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, “**Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro**”, p. 51/52, 1953, Saraiva) **também qualificaram** a existência **de nascituro como fator juridicamente impeditivo** da expulsão de súdito estrangeiro.

*Na realidade*, e tendo em vista a inquestionável vocação tutelar **resultante** das normas constitucionais **que dispensam “proteção especial” tanto às entidades familiares (CF, art. 226, “caput” e §§ 3º e 4º) quanto às crianças e aos adolescentes (CF, art. 227, “caput” e § 3º)**, é de acentuar-se que o Supremo Tribunal Federal **tem enfatizado** ser essencial dar consequência, **no plano de sua eficácia jurídica**, a tais postulados.

HC 114901 / DF

Com efeito, essa visão em torno da matéria, ainda que desvinculada da questão pertinente à expulsão de estrangeiros, tem sido observada em diversos julgados emanados desta Suprema Corte (MS 21.893/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – MS 23.058/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO – RE 549.095-AgR/RJ, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.), cujas decisões têm assinalado, com particular destaque, a indeclinável obrigação estatal de respeitar e de viabilizar a unidade do núcleo familiar e de tornar exequível a cláusula que assegura a crianças e a adolescentes o seu direito à proteção integral.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que o E. Superior Tribunal de Justiça, na análise de controvérsia jurídica idêntica à suscitada na presente causa, tem entendido, em sucessivos julgamentos, que a necessidade de conservarem-se íntegros os laços afetivos entre os pais e seus filhos afasta a possibilidade de expulsão do genitor estrangeiro, ainda que o filho brasileiro tenha sido concebido e/ou tenha nascido após o fato que motivou o ato expulsório (HC 31.449/DF, Red. p/ o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – HC 32.756/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 38.946/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO – HC 43.604/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 88.882/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA – HC 182.834/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA – HC 197.570/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – HC 212.454/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, v.g.):

“HABEAS CORPUS’. DECRETO DE EXPULSÃO. PACIENTE COM FILHOS NASCIDOS NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E AFETIVA. COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que comprovada a dependência econômica ou afetiva.

2. No direito brasileiro, que prestigia a dignidade da pessoa humana ao ponto de elevá-la, constitucionalmente, ao

HC 114901 / DF

patamar de fundamento da República (CF, art. 1º, III), a dependência familiar não é necessariamente econômica, podendo ser tão-só afetiva. Num e noutro caso, deve estar razoavelmente comprovada para que possa impedir os efeitos de Decreto de Expulsão.

3. O fato de o pai ou a mãe encontrar-se preso – situação que pode impedir a contribuição para o sustento do menor – em nada afeta o reconhecimento da ‘dependência familiar afetiva’, que prescinde do componente financeiro, sobretudo quando o apoio material está inviabilizado pelo exercício legítimo do ‘ius puniendi’ do Estado, na forma de limitação do direito de ir e vir, e de trabalhar, do estrangeiro.

4. No plano da justiça material, é irrelevante o ato ilícito que deu origem ao Decreto de Expulsão haver sido praticado antes do nascimento do menor dependente, pois os laços econômicos ou afetivos não reverberam na caracterização do ‘prius’ (o crime), mas, sim, no ‘posterius’ (as conseqüências administrativo-processuais); sem falar que o sujeito que se protege com a revogação do ato administrativo não é o expulsando, mas a criança e o adolescente.

5. ‘In casu’, demonstrado o vínculo efetivo e afetivo com o Brasil – o paciente mantém união estável com mulher brasileira e possui filhos menores brasileiros –, impõe-se o acolhimento do pedido de revogação do Decreto de Expulsão.

6. Ordem concedida.”

(HC 104.849/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN – grifei)

**Cabe ter presente** que esse entendimento **constituiu** objeto de **uniformização jurisprudencial** por parte da colenda 1ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, **como resulta** de julgamento **consubstanciado** em acórdão assim ementado:

**“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ‘HABEAS CORPUS’. (...). EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. FILHO NASCIDO NO BRASIL APÓS A CONDENAÇÃO PENAL E O ATO EXPULSÓRIO. ARTIGO 75 DA LEI 6.815/90.**

HC 114901 / DF

CONVIVÊNCIA SÓCIO-AFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DE EXPULSABILIDADE. ART. 75, II, DA LEI N. 6.815/80.

.....  
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a interpretação do art. 65, inciso II, da Lei 6.815/80, para manter no país o estrangeiro que possui filho brasileiro, mesmo que nascido posteriormente à condenação penal e ao decreto expulsório, no afã de tutelar a família, a criança e o adolescente.

.....  
6. A prova dos autos indica que o paciente, a impetrante e a criança convivem juntos sob o mesmo teto e constituem uma família. E, tendo em conta que a jurisprudência do STJ, ao conferir temperamentos à regra do art. 65, inciso II, da Lei 6.815/80, fê-lo em prol do 'best interest of the child'. E, na presente hipótese, a concessão da ordem justamente prestigia esse melhor interesse da criança, na medida em que se está assegurando a convivência sócio-afetiva.

7. Logo, diante das provas que evidenciam estar o paciente abrigado pelas excludentes de expulsabilidade, previstas no inciso II do artigo 75 da Lei n. 6.815/80, a ordem deve ser concedida. Precedentes: HC 104.849/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 23 de outubro de 2008; e HC 38.946/DF, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ de 27 de junho de 2005.

8. Ordem concedida. Agravo regimental interposto contra o deferimento da liminar julgado prejudicado."

(HC 157.829/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES – grifei)

Esse particular aspecto da questão, considerado o seu extremo relevo jurídico e social, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a existência, no tema, de repercussão geral da controvérsia constitucional (RE 608.898-RG/SP), cujo julgamento – ainda não concluído, mas no qual já se formou expressiva maioria (7 votos) – orienta-se, tendencialmente, no sentido de proclamar a não recepção, pela vigente Lei Fundamental, do § 1º do art. 75 do hoje revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80),

HC 114901 / DF

**precisamente** a regra legal **que dá suporte jurídico** ao ato de expulsão ora questionado na presente sede processual.

**A nova orientação** que está sendo construída por esta Corte Suprema em sede de repercussão geral **põe em evidência** o dever constitucional do Estado *de preservar a unidade e a integridade da entidade familiar*, **bem assim** o de assegurar *proteção integral à comunidade infanto-juvenil*, **conforme ressaltou**, em referido julgamento plenário, o eminente Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, **valendo reproduzir**, ante a pertinência de suas observações, **o seguinte fragmento** de seu douto voto:

*“É tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Lei Fundamental, no que revelada a família como base da sociedade – artigo 226, cabeça – e o direito da criança à convivência familiar – artigo 227, cabeça. Observem a organicidade do Direito. O fundamento de soberania espelhado na Lei nº 6.815/1980 deve ser compatibilizado com os avanços constantes do Documento Básico.*

*A Carta de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, pelo legislador, na edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direcionou-se o sistema para a absoluta prioridade dos menores e adolescentes, enquanto pressuposto inafastável de sociedade livre, justa e solidária.*

*É impróprio articular com a noção de interesse nacional inerente à expulsão de estrangeiro quando essa atuação estatal alcança a situação da criança, sob os ângulos econômico e psicossocial. O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980 encerra a quebra da relação familiar, independentemente da situação econômica do menor e dos vínculos socioafetivos desenvolvidos. A família, respaldo maior da sociedade e da criança, é colocada em segundo plano, superada pelo interesse coletivo em retirar do convívio nacional estrangeiro nocivo, embora muitas vezes ressocializado.*

*Priva-se perpetuamente a criança do convívio familiar, da conformação da identidade. Dificulta-se o acesso aos meios necessários à subsistência, presentes os obstáculos decorrentes da cobrança de*

HC 114901 / DF

*pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se à criança ruptura e desamparo, cujos efeitos repercutem nos mais diversos planos da existência, em colisão não apenas com a proteção especial conferida à criança, mas também com o âmago do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.*

*O preceito da Lei nº 6.815/1980 afronta o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. Há justificativa constitucionalmente adequada para tal distinção? A resposta é negativa. Os prejuízos associados à expulsão de genitor independem da data do nascimento ou da adoção, muito menos do marco aleatório representado pela prática da conduta motivadora da expulsão. Se o interesse da criança deve ser priorizado, é de menor importância o momento da adoção ou concepção.*

*Percebam que esse entendimento tampouco esvazia a soberania nacional. O estrangeiro continuará obrigado a comprovar ter filho brasileiro sob a própria guarda e dependente economicamente, consoante previsto no artigo 75, inciso II, alínea 'b', da Lei nº 6.815/1980. Ou seja, exige-se do estrangeiro a demonstração de vínculo qualificado com o País, apto a, dentro das balizas legais, autorizar a permanência em território nacional. Cessado o liame, como ocorre no caso de abandono do filho, a expulsão poderá ser efetivada, a teor do § 2º do mesmo dispositivo.*

*O § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, considerada a especial proteção constitucional à família e à criança, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988." (grifei)*

**Impõe-se referir**, por oportuno, **que esse entendimento, em tudo compatível com a presente ordem constitucional, ajusta-se, substancialmente, ao tratamento conferido à matéria pela nova Lei de Migração, cuja vigência, a partir de 21/11/2017, prestou-se a conferir maior expressão às garantias alcançadas pelo compromisso estatal de proteção à entidade familiar **consagrado** pela Constituição da República. **Impende salientar**, entre as diversas alterações promovidas com a entrada em vigor desse novíssimo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das**

HC 114901 / DF

hipóteses legais **obstativas** da expulsão, a **contemporaneidade** dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

*Todos esses aspectos que venho de ressaltar levam-me a reconhecer, no presente caso, a legitimidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante em favor do súdito estrangeiro que ora figura como paciente.*

**É que o exame** dos elementos veiculados **nesta** impetração **revela** que o expulsando, *ora paciente*, **atende a duas condições** essenciais **que se revelavam** – *sob o égide do já revogado Estatuto do Estrangeiro e à luz da interpretação constitucional que vem prevalecendo em julgamento plenário desta Corte* – **inibitórias do poder de expulsão do Estado brasileiro, quais sejam: (a) situação de dependência econômica** do filho brasileiro **em relação** a seu genitor estrangeiro **e (b) existência de vínculo de afetividade** entre o pai estrangeiro **e** o seu filho brasileiro.

**A paternidade** do ora paciente em relação a menor impúbere brasileiro **dependente** da economia paterna **e com quem mantém vínculo de convivência sócio-afetiva** restou **suficientemente demonstrada** pela parte impetrante, **que produziu certidão de nascimento** do filho, *diversos registros fotográficos* reveladores da comunhão afetiva entre o súdito estrangeiro **e** seu filho, *comprovantes de despesas* escolares **e** recreativas, **além de cartas** escritas pelo menor **e** endereçadas ao seu pai, o ora paciente.

*Com efeito*, a hipótese de inexpulsabilidade **concernente** à *comprovada dependência econômica* de filho brasileiro **em face** de pai estrangeiro, *como sucede na espécie*, **tem sido reconhecida em inúmeros precedentes** desta Suprema Corte (**RTJ 85/80**, Red. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES – **RTJ 85/779**, Rel. Min. BILAC PINTO – **RTJ 97/135**, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **HC 74.169/MG**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **HC 79.169/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 82.040/PA**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, *v.g.*).



HC 114901 / DF

**Há a destacar, ainda, o outro requisito** apontado pelos ora impetrantes, cuja satisfação apresenta-se, *de modo autônomo, como causa impeditiva* do ato de expulsão ora impugnado **nesta** sede processual.

**Refiro-me ao vínculo de afetividade que deve conformar, para tal efeito, as relações** entre o súdito estrangeiro e o seu filho brasileiro.

**Isso significa considerar o afeto** como valor jurídico **impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar**, sob tal perspectiva, *esse novo paradigma* como núcleo conformador *do próprio conceito de família e foco de irradiação* de direitos e deveres **resultantes** de vínculos **fundados** no plano das relações familiares.

**Impende enfatizar, por isso mesmo, que essa percepção da matéria – no sentido de que o afeto representa** um dos fundamentos **mais significativos** da família moderna, **qualificando-se**, para além de sua dimensão ética, **como valor** jurídico **impregnado** de *perfil constitucional – tem o beneplácito* de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família”, p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey; GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso”, p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas; MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, “Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência”, p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva; MARIA BERENICE DIAS, “Manual de Direito das Famílias”, p. 40/42, item n. 2.2, 7ª ed., 2010, RT; FLÁVIO TARTUCE, “Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro”, “in” Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Capítulo 1/47-50, item. n. 9, 2008, Del Rey/Mandamentos; FERNANDA DE MELO MEIRA, “A Guarda e a Convivência Familiar como Instrumentos Veiculadores de Direitos Fundamentais”, “in” Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite

HC 114901 / DF

Ribeiro, Capítulo 11/296-297, item. n. 5.3, 2008, Del Rey/Mandamentos; CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “**Instituições de Direito Civil**”, p. 43/45, item n. 372-B, 17ª ed., 2009, Forense, v.g.).

**É importante acentuar** que, **subjacente** a esse entendimento, **evidencia-se** a ideia, já anteriormente destacada, de *proteção integral à criança e/ou ao adolescente*, cujo interesse – vinculado ao resguardo da convivência familiar e à obtenção de assistência efetiva **por parte** dos seus pais, **inclusive** estrangeiros – *há de ser considerado de maneira preponderante, como tem sido assinalado* pelo magistério jurisprudencial, **notadamente** pelo do E. Superior Tribunal de Justiça:

**“HABEAS CORPUS’. LEI 6.815/80 (ESTATUTO DO ESTRANGEIRO). EXPULSÃO. ESTRANGEIRO COM PROLE NO BRASIL. FATOR IMPEDITIVO. TUTELA DO INTERESSE DAS CRIANÇAS. ARTS. 227 E 229 DA CF/88. DECRETO 99.710/90 – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.**

1. **A regra do art. 75, II, ‘b’, da Lei 6.815/80 deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios da CF/88, da Lei 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico.**

2. **A proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais.**

3. **Precedentes da 1ª Seção:** HC 31.449/DF, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.05.04; HC 88.882/DF, Min. Castro Meira, DJ de 17.03.2008; HC 43.604/DF, Min. Luiz Fux, DJ de 29.08.2005.

4. **Ordem concedida.”**

(**HC 102.459/DE**, Red. p/ o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI – grifei)

HC 114901 / DF

Observo, por necessário, que a benignidade desse tratamento dispensado aos súditos estrangeiros que possuem, sob sua dependência econômica ou vínculo de afetividade, menores impúberes residentes em território nacional é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990.

Faz-se mister assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CE, art. 227, “caput” e § 3º) qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos de nossa ordem jurídica, subsumindo-se à noção de direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161, v.g.), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em um “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CE, art. 227, “caput” – grifei).

Para BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO (“O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral à criança e ao adolescente exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se

HC 114901 / DF

**afirmará** com a expansão das liberdades públicas, **quaisquer** que sejam as dimensões em que estas se projetem:

*“Neste ponto é que entra a função do Estado, que conceituando a proteção à criança como um direito social e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo ‘menor’ seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.” (grifei)*

**Cabe destacar**, na apreciação da matéria ora em julgamento, **que envolve** a discussão **em torno da (in)admissibilidade** de expulsão do estrangeiro que tenha sob sua guarda menor impúbere residente em território brasileiro e nascido **após** o decreto expulsório, **seja examinando-se** o tema **sob o ângulo** do direito constitucional ao afeto, **notadamente** como pressuposto essencial à integridade do núcleo familiar, **seja analisando-se** a questão **sob a perspectiva** da proteção às crianças e aos adolescentes, **que o postulado** da dignidade da pessoa humana, **nesse contexto**, **assume** papel relevante, **pois representa** – considerada a **centralidade** desse princípio fundamental (CF, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz**, **de modo expressivo**, **um dos fundamentos** em que se assenta, **entre nós**, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte (RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **cujas decisões**, **no ponto**, **refletem**, **com precisão**, **o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos

HC 114901 / DF

Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe *ao Poder Público* de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de assistência integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227, “caput” e § 3º) – não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem no aparelho estatal um de seus precípuos destinatários.

O fato inquestionável, portanto, *é um só: o objetivo* perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, tanto mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

Entendo, em suma, analisados os diversos aspectos da presente impetração, que o súdito estrangeiro em questão, ora paciente, possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, eis que comprovada a ocorrência, no caso, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de filho brasileiro dependente da economia paterna e com quem mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de “habeas corpus”, para invalidar a Portaria nº 559, de 22/04/2005, emanada do Ministro de Estado da Justiça e publicada no Diário Oficial da União em 25/04/2005,

HC 114901 / DF

**em ordem a impedir a expulsão** do ora paciente do território brasileiro **motivada** pela condenação criminal que lhe foi imposta pela 12ª Vara da Justiça Federal de Fortaleza/CE (**Processo** nº 2001.81.00.023164-2).

2. **Comunique-se**, *com urgência*, **transmitindo-se** cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC** 240.433/DF), ao Senhor Ministro de Estado da Justiça, ao Senhor Juiz Federal da 12ª Vara da Justiça Federal de Fortaleza/CE (**Processo** nº 2001.81.00.023164-2) e ao Senhor Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

**Arquivem-se** estes autos.

Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2018. (20h25)

Ministro CELSO DE MELLO  
Relator