

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

MARIA ROSA LOULA

(COORDENADORES)

**DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO:
TRAJETÓRIA E PERSPECTIVAS**

HOMENAGEM AOS 70 ANOS DO PROFESSOR CATEDRÁTICO

RUI MANUEL MOURA RAMOS

VOLUME I

**ESTUDOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
E DIREITO PRIVADO COMPARADO**

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, verão de 2021
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

12. EXCLUDENTE DE EXPULSABILIDADE

Geraldo Miniuci

INTRODUÇÃO

Após cumprir pena por tráfico de drogas, Jean-Louis (nome fictício), natural da República de Camarões, enfrentou processo administrativo de expulsão e, no inquérito a que foi submetido, alegou excludente de expulsabilidade por ser pai de criança brasileira, menor de idade. Embora tenha apresentado certidão de nascimento da filha, em que demonstra sua paternidade, comprovante de depósito bancário, em que prova ter realizado transferências de valores em favor da mãe da criança, embora tenha apresentado declaração dessa mesma mãe, com firma reconhecida, de que ele tinha importância para a menina, embora tenha exibido tudo isso, Jean-Louis foi comunicado que o Ministério da Justiça decretou sua expulsão do País.

O mesmo ocorreu com Teju (nome fictício), cidadão nigeriano que, igualmente após cumprir pena por tráfico, respondeu a processo administrativo de expulsão e, nele, ao alegar a excludente de expulsabilidade por ser pai de criança brasileira, apresentou, como prova de vínculo com essa criança, sentença de homologação de alimentos e de regulamentação de visitas, fotos, comprovantes bancários, declaração da mãe da criança em seu favor, mas, não obstante tudo isso, o Ministério da Justiça não aceitou as provas e determinou sua retirada compulsória do território brasileiro.

Tanto Jean-Louis, como Teju serão obrigados a buscar tutela judicial para anular o decreto de expulsão. Impetrarão *Habeas Corpus* (HC) no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Estatisticamente, “em trinta e nove habeas corpus, todos com pedido liminar, apenas nove (vinte e três por cento) foram deferidos”.¹ Dos casos em que a liminar foi deferida, o STJ concedeu a ordem em metade deles.² Por mais robustas que possam ser, se as provas apresentadas por Jean-Louis e Teju não convencerem nem o relator, nem os demais ministros daquela corte, eles serão expulsos e deverão deixar o País.

Trata-se de problema recorrente, que atinge homens, pois, ainda na vigência da lei anterior, decidiu o STJ que “a dependência de filho menor em relação à mãe é presumida, dispensando produção de provas nesse sentido.”³ A maior parte das ordens de HC é denegada a essas homens, seja por deficiência da instrução do processo (59%), seja porque não foi comprovado que a

1 Maia e Pa dua, Antonio de. «Expulsão na prática do Superior Tribunal de Justiça, 2017-2019». In. *Série analises em andamento n. 1*. Brasília: Coordenac. ão dos Ofícios Superiores Cíveis da Defensoria Pública da União, 2019, p. 12

2 id., p. 12

3 id., p. 6

expulsão era iminente (10%) ou porque se indicou equivocadamente a autoridade coatora (4%)⁴.

Neste artigo pretende-se examinar a excludente de expulsabilidade prevista no Art. 55, II, *a* da Lei no. 13.445 de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), em cujos termos “não se procederá à expulsão quando [...] o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela”.

O exame dessa excludente será feito tendo-se em consideração o objetivo implícito na sua existência e as condições asseguradas pela lei para alcançá-lo. Noutras palavras, trata-se de responder às seguintes questões: a que serve e a quem serve a exclusão de expulsabilidade? Se ela busca proteger direitos, atingirá essa proteção a todos os seus destinatários?

Tais perguntas, contudo, somente podem ser respondidas dentro de contextos jurídicos específicos, que se distinguem pelas noções de justiça que orientam suas respectivas constituições. Essas noções podem ser de dois tipos: nacionalista e universalista. Na primeira, vigora a ética da nacionalidade, em que, “ao reconhecer a identidade nacional, eu também reconheço que tenho, em relação aos membros de minha nação, obrigações especiais que não devo a outros seres humanos”⁵. Sob essa perspectiva, a Nação se coloca em primeiro plano e, como ideologia, estabelece os fundamentos da organização social.

Na dimensão universalista, evidenciam-se indivíduos, em vez de nações. Esses indivíduos são titulares de direitos fundamentais, que lhe são reconhecidos, desde o nascimento, independentemente de suas circunstâncias pessoais, como nacionalidade, religião, raça ou etnia. Se, na ética da nacionalidade, tenho mais deveres em relação a meus compatriotas do que a membros de outras nações, na ética universalista, presente nos direitos fundamentais da pessoa, essa preferência não existe, devendo cada indivíduo ser tratado com igual dignidade.

Em qualquer uma das dimensões, nacionalista ou universalista, as perguntas que se colocam e que serão examinadas a seguir são estas: por que não serão expulsos aqueles que se encontrarem nas condições estabelecidas pela lei? A quem ela protege? Essa proteção é assegurada a todos os destinatários e cumpre integralmente com a finalidade nela implícita?

DIMENSÃO NACIONALISTA

Na dimensão nacionalista, os agentes orientam-se por referências nacionais, desenvolvem uma noção de coletivismo lastreada na nacionalidade, podendo, a partir dela, colocar a Nação acima dos indivíduos.

4 Maia e Pa dua, Antonio de. «Expulsão na prática do Superior Tribunal de Justiça, 2017-2019». *op. cit.*, p. 20

5 Miller, David. “The Ethics of Nationality”. In: *The Global Justice Reader*. Oxford: Blackwell, pp. 284-305, p. 284.

Vejamos, a título de ilustração, o antigo Estatuto do Estrangeiro⁶. Uma de suas características era o estatocentrismo, expresso em diversos de seus dispositivos. O Art. 65, por exemplo, tonava passível de expulsão “o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”. O Art. 66, por sua vez, dispunha que “caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação”, e o Art. 67 autorizava que a expulsão do estrangeiro, desde que conveniente ao interesse nacional, pudesse efetivar-se ainda que houvesse processo ou tivesse ocorrido condenação.

Havia, a exemplo da Lei de Migração, igualmente excludente de expulsabilidade, porém em limites mais estreitos. Assim, na lei anterior, não poderia ser expulso o estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro, em casamento celebrado há mais de cinco anos⁷. Na nova legislação, não se exige esse tempo de enlace matrimonial, bastando apenas que o estrangeiro tenha “cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente”. Em caso de dissolução do vínculo, a legislação anterior previa que a expulsão poderia ser efetivada a qualquer tempo. Essa hipótese não é mais contemplada na nova lei.

Em certa medida, portanto, sobretudo se comparado com o Estatuto do Estrangeiro, o estatocentrismo da Lei de Migração foi atenuado. Nos termos do art. 54 daquele instrumento, 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”. No Brasil, pode resultar em expulsão de migrantes ou visitantes uma condenação pela prática de crimes definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) ou pela prática de crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade.

Se, sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, os crimes que ensejavam a expulsão atentavam contra a segurança nacional ou a ordem política ou social, sendo o Estado a vítima da violência cometida, na Lei de Migração, os crimes que poderão levar à expulsão de um estrangeiro não são aqueles que atentem

6 Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980

7 Nos termos do Art. 75 do Estatuto, não se procederá à expulsão:

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou

II - quando o estrangeiro tiver:

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

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

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

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

contra o Estado e suas instituições, mas contra pessoas que poderão ser vítimas dos crimes de genocídio, de guerra, de agressão, contra a humanidade, ou de crime comum doloso punível com privação da liberdade. Em suma, as vítimas dos crimes que podem ensejar a expulsão de seu responsável, se estrangeiro for, podem ser indivíduos ou grupos sociais, não o Estado.

No que diz respeito à excludente de expulsabilidade dos estrangeiros que tiverem filho brasileiro, as duas leis apresentam como diferença isto, que, na Lei de Migração, não se retomou o dispositivo do Estatuto do Estrangeiro que tornava possível a expulsão a qualquer tempo de quem abandonasse o filho, como tampouco se manteve a distinção, feita no Estatuto, entre crianças adotadas ou reconhecidas antes do fato que motiva a expulsão e as adotadas ou reconhecidas depois desse fato.

Além de eliminar a distinção, a Lei de Migração ampliou as hipóteses excludentes de expulsabilidade: se, antes, não se expulsava quem tivesse filho comprovadamente sob sua guarda e dependência econômica, agora tampouco são expulsos aqueles que desenvolveram dependência socioafetiva com sua prole ou que tiverem pessoa brasileira sob sua tutela.

Esse avanço, contudo, não abarca todos os filhos de expulsandos, mas somente os filhos daqueles expulsandos que provarem a existência seja do vínculo econômico, seja do afetivo.

Com isso, percebem-se dois problemas: de um lado, a excludente de expulsabilidade se concretiza quando provada determinada situação exigida pela lei, o que nem sempre é muito fácil. Se alguns vínculos econômicos são demonstrados sem muito esforço, mediante apresentação de documentação bancária, recibos de pagamento ou declaração de renda, a prova de vínculos afetivos não se faz sem dificuldades, sendo necessário coletar como matéria probatória fotos, vídeos, testemunhos, enfim, qualquer coisa que convença as autoridades brasileiras da existência de um vínculo afetivo entre determinado expulsando e uma criança brasileira.

De outro lado, o problema que se coloca refere-se ao fato, permitido pela lei, de que, ao fazer tais exigências de vínculo econômico ou afetivo para que não se expulse alguém, a lei termina por tratar de modo desigual crianças brasileiras em idêntica situação: enquanto algumas terão assegurada a convivência com o pai que, tendo provado o vínculo, já não mais será expulso, outras não terão sequer a oportunidade de desenvolver qualquer tipo de relacionamento. Se entre o pai e sua prole não houver vínculo econômico ou afetivo, a lei trata de impedir ou, pelo menos, de dificultar que venham a ter.

Essas consequências permitidas pelo ordenamento são, porém, inadmissíveis na dimensão nacionalista e estatocêntrica. Afinal, ao colocar-se o Estado

nacional acima de tudo, essa distinção ensejada entre dois brasileiros que se encontram na mesma situação não se sustenta, pelos seguintes motivos: quais são os valores protegidos pelas expulsões e pelas excludentes? Ao prever a possibilidade de, mediante ato administrativo, expulsar pessoa condenada criminalmente, com sentença transitada em julgado, assegurou o legislador ao Estado o poder de livrar-se de alguém que, por ser condenado, pode tornar-se também indesejável e ser expulso. Esse poder, contudo, não é ilimitado, pois há valores sociais que se sobrepõem aos interesses do Estado. Assim, a mesma concepção estatocêntrica de mundo, pela qual o Estado, no uso de seu poder soberano, por meio de seu poder legislativo, se autoriza a si mesmo a expulsar os condenados por suas cortes, impondo-lhes, com isso, pela via administrativa, uma segunda punição, essa mesma concepção de mundo, repita-se, também obriga o poder público nacional a zelar pelos interesses de seus cidadãos, razão pela qual não se expulsam aqueles que têm dependentes brasileiros. Disso resulta que, em consonância com o estatocentrismo, os interesses dos cidadãos brasileiros deverão ter preferência sobre os interesses do Estado brasileiro, sem qualquer tipo de distinção, pois, o Estado nacional não diferencia entre seus nacionais. Afinal, num mundo onde o pensamento humano é, desde o nascimento da pessoa, moldado pelo estatocentrismo, usam-se a ideia de Nação e o sentimento nacionalista para fazer-se tábula rasa das especificidades do indivíduo e dar-se a todos o mesmo tratamento. Nesse contexto, qualquer discriminação que se faça entre brasileiros precisará ser justificada e lastreada na lei.

Como, então, fazê-lo? Como justificar a situação daqueles que, por força das circunstâncias, independentemente de culpa de qualquer uma das partes, não puderam desenvolver relação de afeto e, por insuficiência de recursos, tampouco puderam manter uma relação de dependência econômica com seus filhos? Como justificar que, no universo dos filhos de migrantes sujeitos a expulsão, distinguem-se entre crianças com acesso assegurado aos pais e crianças que, não tendo esse acesso, tampouco conseguirão reclamá-lo, se o pai for expulso. A lei garante que as relações já estabelecidas possam prosseguir, mas não permite que se construam novas. Permite uma distinção e, nela, uma discriminação entre brasileiros que se encontram na mesma condição de nacionais que são filhos de estrangeiros em processo de expulsão: de um lado, estão os brasileiros cujos pais provaram a existência de vínculo econômico ou afetivo com o descendente biológico; de outro, estão os brasileiros cujos pais não puderam provar a existência desse vínculo, seja porque ele nunca existiu, seja porque a prova apresentada não foi suficiente para convencer as autoridades competentes.

Se, porém, todos os cidadãos brasileiros têm direito de conhecer o próprio pai, direito de buscar e manter contato com ele, direito de dele exigir aten-

ção e afeto, permitir que esse pai seja expulso inviabiliza tudo isso e se torna uma contradição dentro de um ordenamento que prevê excludente de expulsão para pais de brasileiros, justamente para proteger os interesses desses brasileiros. Por que o ordenamento assegura apenas a uma parcela dos nacionais que se encontram na mesma situação essa possibilidade de exercer direitos que lhe são inerentes desde o nascimento?

Se a excludente de expulsabilidade valesse para todos os expulsandos que tivessem filhos brasileiros, independentemente de existir ou não vínculos entre eles, toda a questão probatória desapareceria e, com ela, as discussões relativas sobretudo à prova de vínculo afetivo. Se a dependência econômica pode ser quantificada, e, mesmo assim, nem sempre a quantificação é considerada suficiente para comprovar o vínculo, a afetiva dependerá de outros elementos menos objetivos que sirvam e possam ser aceitos como prova. Disso resulta que, além dos filhos daqueles que nunca desenvolveram qualquer tipo de vínculo com o menor brasileiro, igualmente os filhos daqueles que não conseguirem provar esse vínculo não terão as mesmas condições para exercer o direito de procurar o pai asseguradas pela lei aos brasileiros, filhos de estrangeiros que provaram o vínculo exigido.

Vê-se, em suma, que, na dimensão nacionalista, não há como justificar tratamento diferenciado entre membros da mesma comunidade ética, que mantêm entre si relações especiais de deveres e obrigações, inexistentes quando se relacionam com estrangeiros. A excludente de expulsão foi concebida para proteger os interesses do dependente brasileiro, filho de estrangeiro, que se encontra nas condições do art. 55, II, *a* da Lei de Migrações. Ainda que houvesse, nalgum caso concreto, interesse político do governo em expulsá-lo, nenhum ordenamento de Estado comprometido com os direitos fundamentais da pessoa e com os direitos da criança e do adolescente permitiria que essa expulsão se consumasse. Mas, ao impor aos pais condições que eles deverão cumprir para que os filhos possam ter a possibilidade de, imediatamente, lançar mão desse direito, a Lei faz a fruição desse direito depender da ação de terceiros, tirando da norma a eficácia imediata inerente às normas fundamentais. Se os pais comprovarem os vínculos, não serão expulsos, ficam no país e seus filhos brasileiros poderão, a qualquer momento, requisitar-lhes ajuda, pedir que não os abandone e que se tornem mais presentes. Se, contudo, essa comprovação não for feita, e a expulsão consumir-se, apenas muito remotamente haverá o estabelecimento de vínculo entre pai e filho e a realização dos direitos inerentes a semelhante relação.

DIMENSÃO UNIVERSALISTA

Se, na dimensão nacionalista, não se permite, sem justificativa, tratamento diferenciado entre membros da mesma comunidade ética, na universalista menos ainda, e pelo mesmo motivo: não se discriminam membros de uma comunidade universal, fundada em instrumentos de direitos fundamentais da pessoa.

No que consiste essa dimensão universalista, num contexto ainda estatocêntrico? Juridicamente, o universalismo, em semelhante ambiente, se forma a partir de tratados e convenções celebrados entre Estados que, voluntariamente, aderem a seus termos. Nesse sentido, há dois tipos de instrumentos de direitos humanos: os de proteção geral, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Convenção sobre direitos políticos da mulher, de 1953, ou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984, e os instrumentos de proteção particular, como aqueles relativos à prevenção da discriminação, ao asilo, aos refugiados e apátridas, aos trabalhadores, aos conflitos armados, aos crimes contra a humanidade, aos crimes de guerra e ao crime de genocídio.⁸

Esse conjunto normativo, forma, hoje, o tecido de uma ordem universal, centrada no ser humano, capaz de contrapor-se ao Estado e até mesmo à Nação. Os direitos fundamentais da pessoa são direitos que visam fundamentalmente protegê-la contra violações cometidas pelo Estado e “o descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário”⁹

Na dimensão universalista, formada pelo conjunto de normas de direitos fundamentais da pessoa, a excludente de expulsabilidade poderá, de um lado, a exemplo do que ocorre na dimensão nacionalista, assegurar que filhos fiquem com seus pais; de outro, porém, ao contrário do que ocorre na dimensão nacionalista, a excludente de expulsabilidade não se restringirá apenas às crianças brasileiras e seus interesses, mas a todas as crianças que habitem o território brasileiro e cujo pai se encontra em processo de expulsão. Na dimensão universalista, portanto, prestigia-se o vínculo familiar, pouco importando a nacionalidade de quem dele faz parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a perspectiva nacionalista, a excludente de expulsabilidade de quem tiver filho brasileiro se justifica para proteger os interesses dessa criança brasi-

8 Para uma visão abrangente e introdutória sobre o tema, cf. A. A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos* (São Paulo, Saraiva 1991, p. 1-71).

9 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, pp. 486, p. 442

leira, membro de uma comunidade ética, em que as pessoas são, umas em relação às outras, sujeitos de direitos e deveres, excluídos os estrangeiros. Conforme visto anteriormente, se permitir que se consuma a expulsão de alguém por ter sido incapaz de convencer as autoridades brasileiras de seu vínculo com o menor brasileiro, não obstante possa ter sido provada sua paternidade, o Estado nacional gerará uma distinção indevida entre brasileiros cujos pais provaram o vínculo, nos termos da Lei de Migração, e brasileiros cujos pais não foram capazes de provar esse vínculo.

Já num contexto universalista, a excludente de expulsabilidade buscaria resguardar não apenas os interesses de uma criança brasileira, mas de qualquer criança que habitasse o território nacional, razão pela qual condições como as existentes na Lei de Migração, que terminam por distinguir entre pessoas, num ambiente em que elas deveriam ser tratadas em condições de igualdade, representariam flagrante contradição com os valores universais.

Em suma, as condições impostas pela Lei de Migração, para que se configure a excludente de expulsabilidade prevista no Art. 55, II, *a*, são incompatíveis com a ordem jurídica, tanto num contexto nacionalista e estatocêntrico, como num contexto universalista. De um lado, porque prejudica os interesses de cidadão brasileiro, que se verá injustificadamente em posição desfavorável, sujeito a receber tratamento diferenciado dos demais membros da mesma comunidade ética. De outro, na dimensão universalista, porque ao estabelecer condições para a excludente de expulsabilidade, a Lei de Migração permite que se coloque injustificadamente obstáculo na relação familiar e que danos decorrentes da ausência do pai possam ocorrer, violando com isso os interesses de pessoa vista não como alguém que pertença a uma comunidade, mas como alguém que tem valor em si mesma, sendo titular de direitos fundamentais, consagrados em tratados e convenções internacionais.

REFERÊNCIAS

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MAIA E PÁDUA, Antonio de. “Expulsão na prática do Superior Tribunal de Justiça, 2017-2019”. In. *Série análises em andamento n. 1*. Brasília: Coordenação dos Ofícios Superiores Cíveis da Defensoria Pública da União, 2019.
- MILLER, David. “The Ethics of Nationality”. In: *The Global Justice Reader*. Oxford: Blackwell, pp. 284-305.