

**EFEITO “BACKLASH” NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL**

**“BACKLASH” EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL**

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito “backlash”, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: “Backlash”. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the “backlash” effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: “Backlash”. Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito “backlash” 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito “backlash” 3.2 Efeito “backlash” no direito brasileiro 3.3 Efeito “backlash” na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de

1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de

modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu *status* especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38)

Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro – consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado em 13/12/1963 –, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.

2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua

complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que *“A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.”* (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com

sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresse, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin “*é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais*”. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde “*A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana*”. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a)

sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO “*BACKLASH*”

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular, reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno “*backlash*”.

O efeito “*backlash*” pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (*Oxford English Dictionary*).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do *status quo*. A maioria dos autores refere-se ao efeito *backlash* da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário.

O efeito *backlash* é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO “*BACKLASH*”

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o *backlash* apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do *backlash* pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresse, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

Portanto, mostra-se evidente que o *backlash* se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.

3.2. EFEITO “*BACKLASH*” NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito *backlash* ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito “backlash” aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO “*BACKLASH*” NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito “backlash” pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou “*a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando*

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como “backlash” expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades”.

E continua: *“obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular”.* (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito “backlash” devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta “pressão” foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como *amicus curiae* variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.

Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, “a”, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII – Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra “b”, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora.

Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que “não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito”. Sustenta que “o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana”. Alega que “o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes”. A parte recorrente requereu “a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial”.

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade – artigo 226, caput – e o direito da criança à convivência familiar – artigo 227, caput.

A Constituição Federal 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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no “direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos”.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando – preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 – deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que “a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais”, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada.

Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que “tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela”. Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II) – 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado “Estatuto do Estrangeiro”, passando o artigo 55, inciso II, alínea “a”, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado – situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei – e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo – privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, expressou entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma “condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...”. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito “backlash”, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito “backlash”, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito “backlash” se deu nas situações debatidas tais quais: o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. **Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da expulsão.** Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal de Direitos Humanos

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família,** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Morais; GURGEL, Yara Maria Pereira. **A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais.** Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. **O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?.** Revista da UNIFEBE: Edição 2020 – Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. **Direito constitucional esquematizado.** 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

NOVELINO, MARCELO. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. **O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. **Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. **O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira**. *Revista Dat@venia*, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr 2015.



Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Relatório gerado por: caiodosanjos01@hotmail.com

| Arquivos | Termos comuns | Similaridade |
|--|---------------|--------------|
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm | 605 | 3,38 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365069&ori=1 | 101 | 1,05 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X https://portal.stf.jus.br | 9 | 0,09 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://portal.stf.jus.br | 9 | 0,09 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://www.dhnet.org.br | 4 | 0,04 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X https://core.ac.uk/display/153796573 | 2 | 0,02 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266067 | 1 | 0,01 |
| CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL (5).pdf X http://www.childstats.gov/AMERICASCHILDREN/press_release.asp | 0 | 0,00 |

Arquivos com problema de download

| | |
|---|---|
| https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941069207/recurso-extraordinario-re-608898-df/inteiro-teor-941069214 | Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941069207/recurso-extraordinario-re-608898-df/inteiro-teor-941069214 |
| https://www.jusbrasil.com.br/topicos/154170853/artigo-55-da-lei-n-13445-de-24-de-maio-de-2017 | Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/154170853/artigo-55-da-lei-n-13445-de-24-de-maio-de-2017 |



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm (9553 termos)

Termos comuns: 605

Similaridade: 3,38%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm (9553 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO **E A EXPULSÃO** DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL

?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões **do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão** de estrangeiros com filhos **no Brasil e** a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, **por meio de** fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro.

Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 **As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17** 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de



1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de **Direito Internacional** da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de **Direito Internacional** Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do **Supremo Tribunal Federal** - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou **em outro país** que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos **Direitos Humanos**, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem **o direito de ser, em todos os** lugares, reconhecido como pessoa **perante a lei**, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais **perante a lei** e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na **Constituição Federal** de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais **perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao **direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem **no país, de** modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, **ao migrante é** assegurado, além das garantias acima elencadas, o **direito à reunião familiar** deste **com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com** o art. 4º, inc. III, da **Lei n.º 13.445/17**. Sendo assim, aos



estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir **autorização de residência** no Brasil com a **finalidade de** reunir-se com suas famílias, sendo que **a concessão de** tal autorização depende do preenchimento do requisito **de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda**, além de outras **hipóteses previstas na** legislação.

Apesar disso, **não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre** na hipótese prevista **de reunião familiar**. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, **no caso do Brasil**, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia **de que o** estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38) Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Nã obstante, **a Lei 6.964, de 9/12/1981**, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual **Estatuto do Estrangeiro** ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula **do Supremo Tribunal Federal**, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro **há mais de cinco anos** ou filho **brasileiro sob sua guarda** e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como **Estatuto do Estrangeiro** - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento **da Lei n.º 13.445/2017** - chamada de **Lei de Migração** - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de **direitos e obrigações**.



2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17). Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que ?A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem



inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é **medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado**, onde tal medida é dada em decorrência de **condenação com 6sentença transitada em julgado** referente à prática de: I - **crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**; ou II - **crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional**.

Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando **configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa**, devendo ser notificada a **Defensoria Pública da União**, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com **a possibilidade de** cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se **pendente de decisão**, não sendo impedido de sair voluntariamente **do país, ou** seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que **em território nacional** não possui prole, dependentes econômicos, **pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil**, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores **da instauração de** tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se **em território nacional**, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer **do processo de expulsão**, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a **entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17**, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, **as possibilidades de ressocialização em**



território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular,



reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições **no processo de** revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no **exercício de sua** função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo **em razão de** movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) **do Poder Judiciário**. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais **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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da **criança ou adolescente**.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, **por meio das** manifestações de diversas entidades **nacionais e internacionais** que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção



dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, **com vistas à** crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresse, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações **do Supremo Tribunal Federal**, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte **do Poder Judiciário**, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos **do Supremo Tribunal Federal**, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é **a promoção de políticas públicas**, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há **a existência de** direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, **do Supremo Tribunal Federal**, que é tido como guardião **da Constituição Federal** e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.



3.2. EFEITO ?BACKLASH? NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito ?backlash? aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o **Supremo Tribunal Federal** que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas **em que a** sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na **prestação de serviços** à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou ?a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

12

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como ?backlash? expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio **da sociedade civil**, à resistência **do Poder Judiciário** na relativização da presunção de inocência **para fins de** estabelecimento das inelegibilidades?.

E continua: ?obviamente, o **Supremo Tribunal Federal** não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?. (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito ?backlash? devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta ?pressão? foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.



4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, **sobre a expulsão** de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da **República Federativa do Brasil** de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES **DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o **Superior Tribunal de Justiça**, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar **do disposto no** artigo 75, § 1º, **da Lei nº 6.815/1980**, óbice ao implemento da medida, visando os princípios **da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à** identidade, à convivência familiar **e à assistência** pelos pais, presentes tanto **na Constituição Federal** de 1988 e **na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**.

Embora o **Estatuto do Estrangeiro** (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador **do ato de expulsão não** constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto **da Criança e do Adolescente**).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base **na alínea ?a?** do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e **da criança e a** defesa da soberania e **do território nacional**, **a Lei nº 6.815/1980** previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, **da Convenção sobre** a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio **do Decreto nº 58.826/1965**. Arguiu **a ausência de** circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do **estrangeiro em território nacional** assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses **do Estado brasileiro**, no tocante à proteção de **direitos e garantias** fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.



Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o **Juízo Federal** da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da **Lei nº 6.368/1976**. Após o **cumprimento da** sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente **do território nacional, por meio de** Portaria Ministerial, com **publicação no Diário Oficial** da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, **com o intuito de** comprovar **a existência de** causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica **de que trata o art. 55, II, ?a?**, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente **há mais de 5 anos**.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa **da existência de** causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII ? Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui **no Brasil**. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, **nos termos da** norma mais benéfica que se extrai **do art. 55 da Lei 13.445/2017**.

Chegou-se **ao Superior Tribunal de Justiça** com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser **o caso de** superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a **execução da pena** administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra ?b?, **da Lei nº 6.815/1980**. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral **da criança e do adolescente**. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15
Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu **o pedido de** medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No **Superior**



Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora.

Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão" monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?.

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se



reconhecer caracterizada a **situação de** inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório **pelo Estado brasileiro**.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º **do art. 71 da** 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no **art. 227 da Constituição**, ao lado **de atender a** um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura **do § 2º do art. 5º da Constituição** Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, **nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos** da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, **a garantia de** que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança?

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o **Chefe de Estado** deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira **tem como objetivo** não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar **os direitos à** identidade, à convivência familiar **e à assistência** pelos pais?, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. **Assim como a** gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do **fato no momento** da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão



do Governo brasileiro de expulsão; **o reconhecimento de filho**, a Lei era de 1980, numa época
19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa **e que, se** o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar **o disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro** como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele **à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária**. Fez menção que deve-se registrar que o **Estatuto do Estrangeiro** foi integralmente revogado pela **Lei de Migração** (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de **casos em que** sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que **?tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela?**. Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. **A Lei de Migração** não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do **Estatuto do Estrangeiro**, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após **o fato que** lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver **filho brasileiro que** com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-*vista* proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que **a expulsão consiste em medida** coercitiva de caráter discricionário **de um Estado**, levado a efeito **em face de** 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - **Estatuto do Estrangeiro**).

20
Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro **a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980**, de modo que é suficiente **a existência de** descendente **brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva** do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente **da data de** formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-*vista* do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), **no qual o STJ** adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto **da Criança e do Adolescente**), para admitir a permanência do estrangeiro, desde



que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da **Constituição Federal**, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo **art. 227 da Constituição** de 1988. Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do **art.75 da Lei 6.815/1980**, ao permitir a expulsão **de estrangeiro em** virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a **aplicação da sanção** administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova **Lei de Migração** (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o **Estatuto do Estrangeiro**, ao qualificar o instituto em análise como **medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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** que, ao restringir ainda mais a competência **do Poder**
21

Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção **sobre os Direitos** da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta **dias após o** depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II) ? 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado ?Estatuto do Estrangeiro?, passando o artigo 55, inciso II, alínea ?a?, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um



desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência **de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou** dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que **as disposições da nova lei devem ser observadas**, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só **no âmbito do Poder Executivo**, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o **art. 227 da Constituição**, porque 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. Nos casos em que** exista a guarda, a **dependência econômica ou** a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova **Lei de Migração** o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, **por meio de** seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual **Lei de Migração** não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove **a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela**. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando **a existência de** descendente **brasileiro que esteja sob** a **guarda ou dependência econômica ou socioafetiva** do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o **interesse da criança**.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela



razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões **do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão** de estrangeiros com filhos **no Brasil e** a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões **sobre a expulsão** de estrangeiros com filhos no Brasil, **do Supremo Tribunal Federal** e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras **nacionais e internacionais**, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: **o Supremo Tribunal Federal**, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões **de direito internacional**, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25
maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso **das medidas de expulsão** de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (**Lei de migração**). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do **estrangeiro do território nacional**: a família como causa impeditiva da



expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4.

ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal **de Direitos Humanos**

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição **e Garantia de** Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O **direito à reunião familiar** frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?.

Revista da UNIFEBE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

26

NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz **da Constituição Federal** e dos tratados **de direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões **do Supremo Tribunal Federal sobre** união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo **como instrumento de** realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141

Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365069&ori=1> (695 termos)

Termos comuns: 101

Similaridade: 1,05%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365069&ori=1> (695 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL
?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões **do Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro.

Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos **da expulsão de** estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial **da expulsão de**



1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos



estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro **sob sua tutela** ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38) Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual **Estatuto do Estrangeiro** ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula **do Supremo Tribunal Federal**, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro **sob sua guarda e** dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com **a lei anterior** que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como **Estatuto do Estrangeiro** - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de **Lei de Migração** - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca **da expulsão de** estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.



2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua 5complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17). Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O **Supremo Tribunal Federal**, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, **até o julgamento** da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento **do Supremo Tribunal Federal** sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma **que ?A expulsão** é um modo coativo de retirar o estrangeiro **do território nacional** por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem



inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante **do território nacional**, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, **tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela**. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão **da expulsão de** estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS **DA EXPULSÃO DE** ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com **filhos no país**, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, **pessoa brasileira sob sua tutela**, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da **Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17**, a hipótese **da expulsão de** estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em



território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular,



reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção



dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações **do Supremo Tribunal Federal**, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos **do Supremo Tribunal Federal**, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado **o fato de que a expulsão** de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há **a existência de** direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, **do Supremo Tribunal Federal**, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.



3.2. EFEITO ?BACKLASH? NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito ?backlash? aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o **Supremo Tribunal Federal** que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou ?a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

12

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como ?backlash? expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?.

E continua: ?obviamente, o **Supremo Tribunal Federal** não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?. (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito ?backlash? devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta ?pressão? foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.



4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental **no habeas corpus** nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o **Estatuto do Estrangeiro** (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção **de filho brasileiro** posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o **juízo** do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e **do território nacional**, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada **a repercussão geral**, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade **de filho brasileiro** e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.



Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a **expulsão do paciente do território nacional**, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a **existência de** causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da **certidão de nascimento** do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, **da nova lei de imigração**; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII ? Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise **do Ministério da Justiça**, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o **decreto expulsório**, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado **o artigo 75, inciso II, letra ?b?**, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante **o fato de** possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a **expulsão do paciente**. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a **expulsão do paciente**. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior



Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora. Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?. Sustenta que o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?. Alega que o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?. A parte recorrente requereu a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?.

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto **que a expulsão** de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência **do Supremo Tribunal Federal** tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido **em data posterior à** conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do **Estatuto do Estrangeiro**, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se



reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança?

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam **que a expulsão** seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais?, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas **para impedir a fraude**, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão



do Governo brasileiro de expulsão; **o reconhecimento de filho**, a Lei era de 1980, numa época
19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art. 75, § 1º, do **Estatuto do Estrangeiro** como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que **o Estatuto do Estrangeiro** foi integralmente revogado pela **Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017)**, que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, **alínea a**, da lei mencionada proíbe **a expulsão do estrangeiro que tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela?** Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A **Lei de Migração** não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do **Estatuto do Estrangeiro**, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar **a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que** com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento **que a expulsão** consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - **Estatuto do Estrangeiro**).

20
Pelo que se observa, **a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815**, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente **a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão**, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde



que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988. Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente **ao fato que** gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou **o Estatuto do Estrangeiro**, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que**, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), **entrou em vigor, no plano internacional**, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II), 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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 infante-juvenil. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente **a existência de uma filha brasileira**, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento **do Habeas Corpus** 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu **que a Lei** nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, **o chamado ?Estatuto do Estrangeiro?, passando o artigo 55, inciso II, alínea ?a?, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.**

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões **do Supremo Tribunal Federal** em que se coloca o receio de um



desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob **guarda ou dependência econômica ou** dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E **a nova lei** afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que **a nova Lei** ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a **dependência econômica ou** a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na **nova Lei de Migração** o requisito cronológico do nascimento do filho **para impedir a expulsão**. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual **Lei de Migração** não autoriza **a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela**. Tal como consignado pelo Min. **Marco Aurélio em** voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma **?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?**. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou **que o paciente** estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da **certidão de nascimento** da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela



razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões **do Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, **do Supremo Tribunal Federal** e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o **Supremo Tribunal Federal**, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25
maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (**Lei de migração**). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro **do território nacional**: a família como causa impeditiva da



expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal de Direitos Humanos
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?. Revista da UNIFEDE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

26

NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://portal.stf.jus.br> (768 termos)

Termos comuns: 9

Similaridade: 0,09%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://portal.stf.jus.br> (768 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL

?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro.

Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de

1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail:



caiodosanhos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do **Supremo Tribunal Federal** - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e



constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38)

Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do **Supremo Tribunal Federal**, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.

2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO



COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O **Supremo Tribunal Federal**, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do **Supremo Tribunal Federal** sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que "A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das



relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresse, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de



regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal **de Direitos Humanos**.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana **de Direitos Humanos**, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular, reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente



previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular



perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do **Supremo Tribunal Federal**, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do **Supremo Tribunal Federal**, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do **Supremo Tribunal Federal**, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.

3.2. EFEITO ?BACKLASH? NO DIREITO BRASILEIRO



O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o **Supremo Tribunal Federal** que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em **que a sociedade** seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do **Min. Luiz Fux** no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio **da sociedade civil**, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?.

E continua: "obviamente, o **Supremo Tribunal Federal** não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM



FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea ?a? do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada **a repercussão geral**, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral. Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal,



processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII - Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra b, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora.



Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

pelo legislador, na edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direccionou-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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do



poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que "a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais", explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época



19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art.

75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela?. Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20

Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo



75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II), 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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. Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado "Estatuto do Estrangeiro", passando o artigo 55, inciso II, alínea "a", a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do **Supremo Tribunal Federal** em que se coloca o receio de um desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um



filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também **do Poder Legislativo** ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do **Supremo Tribunal Federal** e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o **Supremo Tribunal Federal**, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25

maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.



- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.
- Declaração Universal **de Direitos Humanos**
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.
- GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?. Revista da UNIFEDE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.
- LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.
- 26
- NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.
- Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.
- PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados **de direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2015.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o **Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.
- VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://portal.stf.jus.br> (768 termos)

Termos comuns: 9

Similaridade: 0,09%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://portal.stf.jus.br> (768 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL

?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro.

Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de

1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail:



caiodosanhos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do **Supremo Tribunal Federal** - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e



constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38)

Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do **Supremo Tribunal Federal**, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.

2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO



COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O **Supremo Tribunal Federal**, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do **Supremo Tribunal Federal** sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que "A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das



relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de



regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal **de Direitos Humanos**.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana **de Direitos Humanos**, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular, reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente



previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular



perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do **Supremo Tribunal Federal**, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do **Supremo Tribunal Federal**, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do **Supremo Tribunal Federal**, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.

3.2. EFEITO ?BACKLASH? NO DIREITO BRASILEIRO



O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o **Supremo Tribunal Federal** que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em **que a sociedade** seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do **Min. Luiz Fux** no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio **da sociedade civil**, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?.

E continua: "obviamente, o **Supremo Tribunal Federal** não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM



FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea ?a? do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada **a repercussão geral**, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral. Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal,



processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII - Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra b, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora.



Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

pelo legislador, na edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direccionou-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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do



poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que "a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais", explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época



19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art.

75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que "tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela". Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20

Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo



75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II) 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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. Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado "Estatuto do Estrangeiro", passando o artigo 55, inciso II, alínea "a", a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do **Supremo Tribunal Federal** em que se coloca o receio de um desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um



filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também **do Poder Legislativo** ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do **Supremo Tribunal Federal** e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o **Supremo Tribunal Federal**, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25

maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.



- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.
- Declaração Universal **de Direitos Humanos**
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.
- GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?. Revista da UNIFEDE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.
- LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.
- 26
- NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.
- Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.
- PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados **de direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2015.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do **Supremo Tribunal Federal** sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o **Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.
- VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://www.dhnet.org.br> (307 termos)

Termos comuns: 4

Similaridade: 0,04%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://www.dhnet.org.br> (307 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL

?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de

1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail:



caiodosanhos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal **dos Direitos Humanos**, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e



constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38)

Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.

2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO



COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que a expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das



relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de



regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal **de Direitos Humanos**.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana **de Direitos Humanos**, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular, reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente



previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agrandar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular



perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde incluí-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.

3.2. EFEITO ?BACKLASH? NO DIREITO BRASILEIRO



O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?".

E continua: "obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM



FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea ?a? do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral. Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal,



processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII - Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra b, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora.



Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

pelo legislador, na edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Direccionou-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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do



poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que "a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais", explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época



19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art.

75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que "tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela". Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20

Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo



75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II), 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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. Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado "Estatuto do Estrangeiro", passando o artigo 55, inciso II, alínea "a", a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um



filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25

maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.



- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.
- Declaração Universal **de Direitos Humanos**
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.
- FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.
- GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?. Revista da UNIFEDE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.
- LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.
- 26
- NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.
- Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.
- PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados **de direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2015.
- PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.
- VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://core.ac.uk/display/153796573> (347 termos)

Termos comuns: 2

Similaridade: 0,02%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://core.ac.uk/display/153796573> (347 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL
?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de



1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos



estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38) Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.



2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua 5complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que ?A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem



inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em



território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular,



reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção



dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.



3.2. EFEITO "BACKLASH" NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

12

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?".

E continua: "obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.



4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea ?a? do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.



Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, ?a?, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII ? Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra ?b?, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior



Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora. Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se



reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança?

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais?, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão



do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época
19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que "tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela". Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20
Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde



que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988. Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II), 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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 infante-juvenil. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado ?Estatuto do Estrangeiro?, passando o artigo 55, inciso II, alínea ?a?, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um



desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela



razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25

maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da



expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4.

ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal de Direitos Humanos

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?.

Revista da UNIFEBE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

26

NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141

Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266067> (138 termos)

Termos comuns: 1

Similaridade: 0,01%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266067> (138 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL
?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de



1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos



estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38) Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.



2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua 5complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que ?A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem



inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em



território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular,



reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção



dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresse, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.



3.2. EFEITO "BACKLASH" NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

12

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?".

E continua: "obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.



4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.



Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, ?a?, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII ? Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra ?b?, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior



Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora. Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se



reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança?

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais?, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão



do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época
19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que "tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela?". Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20
Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde



que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988. Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II), 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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 infante-juvenil. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado ?Estatuto do Estrangeiro?, passando o artigo 55, inciso II, alínea ?a?, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um



desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela



razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25
maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da



expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4.

ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal de Direitos Humanos

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?.

Revista da UNIFEBE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

26

NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141

Jan-Abr



=====

Arquivo 1: [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Arquivo 2: http://www.childstats.gov/AMERICASCHILDREN/press_release.asp (482 termos)

Termos comuns: 0

Similaridade: 0,00%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [CAIO HENRIQUE - TCC - FINAL \(5\).pdf \(8943 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

http://www.childstats.gov/AMERICASCHILDREN/press_release.asp (482 termos)

=====

EFEITO ?BACKLASH? NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
COM FILHOS NO BRASIL
?BACKLASH? EFFECT ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DEMOCRATIC
CONSTITUTIONALISM AND THE EXPULSION OF FOREIGNERS WITH
CHILDREN IN BRAZIL

Caio Henrique Conceição dos Anjos¹

Prof.^a MSc. Giselle Amorim Nery de Mesquita²

RESUMO: O presente artigo visa analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação. Empregou-se, para tanto, uma abordagem dedutiva, por meio de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas, além de periódicos científicos. Desse modo, vislumbrar-se-á a ponderação acerca da possibilidade da entrega ou não do estrangeiro que possua filho, menor ou não, sob sua dependência econômica e/ou emocional e a proteção à família nos casos analisados.

Palavras-chave: ?Backlash?. Constitucionalismo Democrático. Expulsão. Estrangeiro. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze how the ?backlash? effect, in constitutional jurisdiction, can affect the decisions of the Supreme Federal Court on the expulsion of foreigners with children in Brazil and the importance of democratic constitutionalism in this situation. Therefore, a deductive approach was used, using bibliographic, jurisprudential and legislative sources. In this way, we will envision the consideration of the possibility of surrendering or not the foreigner who has a child, minor or not, under his or her economic or emotional dependence and the protection of the family in the cases analyzed.

Keywords: "Backlash". Democratic Constitutionalism. Expulsion. Foreigner. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.1 As formas de saída do estrangeiro e a expulsão de acordo com a Lei n.º 13.445/17 2.2 Efeitos práticos da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil 2.3 Impactos à instituição familiar do estrangeiro expulso 3. Constitucionalismo democrático e efeito ?backlash? 3.1 O ativismo judicial e as consequências do efeito ?backlash? 3.2 Efeito ?backlash? no direito brasileiro 3.3 Efeito ?backlash? na jurisdição constitucional brasileira 4. Análise jurisprudencial da expulsão de



1. Bacharelado em direito pela Universidade Católica do Salvador. (2021.1). E-mail: caiodosanjos01@hotmail.com.

2. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB-BA. Professora de Direito e Processo Constitucional e de Direito Internacional Público e Privado da Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

2estrangeiros com filhos no Brasil 4.1 Das decisões do Supremo Tribunal Federal - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

4.2 Discussões a respeito da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil nas decisões analisadas 5. Considerações finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O homem, ao longo da história, conseguiu desenvolver uma visão mais adaptada e evoluída de suas reais necessidades. Passou-se a ver o ser humano em sua essência e integralidade. Princípios fundamentais, condições mínimas existenciais, qualidade de vida, consistência nas relações interpessoais são apenas alguns pontos que passaram a ser considerados quando se trata de pessoas. Seja em sua nação ou em outro país que não o de origem, os indivíduos precisam ser abarcados nas principais necessidades e anseios que possuem.

Os estrangeiros residentes no Brasil encontram diversos desafios ao longo do tempo. Barreiras sociais, sanitárias, ambientais, financeiras, entre outras que tornam a vida em uma nação que não é a de origem destas pessoas extremamente complicadas. Não obstante a essas dificuldades, quando esses estrangeiros passam a ter filhos no país, a preocupação e a condição dessas pessoas muda de maneira considerável.

A responsabilidade decorrente da existência e dependência de um filho, não apenas transforma o ponto de vista destas pessoas quanto reafirma a necessidade de subsistência de suas famílias. O ordenamento jurídico se faz necessário em diversas situações enquanto regulador e garantidor dos direitos essenciais e dos princípios fundamentais à permanência dos estrangeiros e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto norma universal orientadora, traz em seu art. 6º que todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, bem como a ratificação do princípio universal da igualdade em seu art. 7º trazendo que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.

No ordenamento pátrio brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988, pode-se observar que em seu art. 5º, caput, há a previsão expressa do dispositivo de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo de extrema importância e relevância a clareza trazida na lei máxima brasileira sobre a garantia também transmitida aos estrangeiros que vivem no país, de modo estável, para fazer valer a estadia destas pessoas enquanto indivíduos que possuem direitos e deveres perante a sociedade brasileira.

Ademais, ao migrante é assegurado, além das garantias acima elencadas, o direito à reunião familiar deste com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes, de acordo com o art. 4º, inc. III, da Lei n.º 13.445/17. Sendo assim, aos



estrangeiros é fundamental, quando já estabelecidos e constituída família, a presença real e constante junto aos seus filhos para que seja alcançado o desenvolvimento mínimo das relações entre eles.

Em regra, os estrangeiros podem possuir autorização de residência no Brasil com a finalidade de reunir-se com suas famílias, sendo que a concessão de tal autorização depende do preenchimento do requisito de que o imigrante seja ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro, beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda, além de outras hipóteses previstas na legislação.

Apesar disso, não se concederá a autorização de residência a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado, desde que a conduta esteja tipificada na legislação penal brasileira, ressalvados os casos em que a pessoa se enquadre na hipótese prevista de reunião familiar. As leis infraconstitucionais, como o dispositivo mencionado, buscam sua validade na norma superior que, no caso do Brasil, é a Constituição Federal. Como a família sempre recebeu status especial, diferenciado, incorreu em proteção legal, fazendo com que, por conta da importância da questão, algumas decisões levem em consideração um fator tão forte quanto o familiar.

2. A EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

A expulsão de estrangeiros no Brasil teve sua discussão iniciada em 1863 através do Senador José Antônio Pimenta Bueno o qual se aproximava da ideia de que o estrangeiro poderia viver em determinado território por livre e espontânea concessão do seu governo e, desde que não ferisse os interesses nacionais poderia permanecer, porém podendo ser expulso sem oposição do seu governo de origem. Tal instituto teve o primeiro registro legal, no Brasil, no Código Penal de 1890, sob a denominação de deportação. (PARDI, 2007, p. 38) Por conseguinte, de forma generalizada, na questão aqui exposta, foi regulamentada na Constituição de 1934, sendo tal instituto um pouco mais explanado na Constituição de 1946, a qual regulamentou e restringiu a aplicação da expulsão criando exceções à regra.

4Não obstante, a Lei 6.964, de 9/12/1981, resgatou duas hipóteses de inexpulsabilidade amplamente consagradas na doutrina e jurisprudência pátrias anteriormente ao advento do atual Estatuto do Estrangeiro ? consoante se depreende da leitura do enunciado nº 01 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado em 13/12/1963 ?, para voltar a interditar, assim, a retirada forçada do estrangeiro que tivesse cônjuge brasileiro há mais de cinco anos ou filho brasileiro sob sua guarda e dependência econômica. A Constituição de 1967 delegou a competência à União para tratar da matéria. A partir desta não houve menção expressa desta questão nos textos constitucionais.

A Constituição 1988, apesar de ser considerada democrática e, também, conhecida como a Constituição cidadã, não fez tal menção e teve apresentada diversas incompatibilidades com a lei anterior que regulamentava os fenômenos adstritos aos estrangeiros no Brasil - Lei n.º 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro - gerando instabilidade jurídica e fazendo com que houvesse o aumento de casos de utilização da elite dominante acerca da instalação, desenvolvimento e saída dessas pessoas do país. Porém, com a advento da Lei n.º 13.445/2017 - chamada de Lei de Migração - trouxe amplitude, maior regulamentação e pacificação às questões do estrangeiro no Brasil, principalmente acerca da expulsão de estrangeiro com filho no Brasil, tema há muito debatido e centro de discussões acerca da vida destas pessoas enquanto detentores de direitos e obrigações.



2.1. AS FORMAS DE SAÍDA DO ESTRANGEIRO E A EXPULSÃO DE ACORDO COM A LEI N.º 13.445/17

A lei n.º 13.445/17 dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. Dessa forma, esta legislação disciplina as formas de saída do estrangeiro do país, tais quais: a saída voluntária, realizada livre e pacificamente pelo imigrante e as medidas de retirada compulsória, como a repatriação, deportação, entrega e a expulsão.

A repatriação trata-se de uma medida administrativa em que devolve-se a pessoa que se encontra em situação de impedimento ao seu país de procedência ou de nacionalidade (art. 49, da Lei n.º 13.445/17). Não pode ser submetida a tal medida as pessoas em situação de refúgio ou de apatridia - as pessoas que sofreram um deslocamento forçado ou que não seja considerada nacional de nenhum Estado, menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto se for evidenciada a garantia favorável para seus direitos ou reintegração para sua família - visando-se garantir a integridade física do menor em sua 5complexidade e amplitude, quem necessite de acolhimento humanitário e, em qualquer caso, a devolução de pessoas que vivem em regiões ou países que possam apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa - tendo em vista que o retorno compulsório dessas pessoas as colocariam em graves condições (art. 49, §4º, da Lei n.º 13.445/17).

Já a deportação é a medida administrativa que visa retirar de modo compulsório a pessoa que encontra-se em situação migratória irregular em território nacional (art. 50, da Lei n.º 13.445/17), porém, nesses casos, o deportando é notificado pessoalmente, não resta impedido de circular livremente em território nacional, podendo nele regularizar sua situação migratória e permanecer pacificamente.

Dentre as opções de saída trazidas pelo Estado ao estrangeiro encontra-se, também, a extradição que apresenta-se como uma medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e o outro Estado onde é concedida ou solicitada a entrega do estrangeiro condenado criminalmente, de maneira definitiva, ou para de pessoa para fins de instrução de processo penal em curso. É requerida por diplomaticamente ou por autoridade central devidamente designada para este fim. Entre as condições para concessão da extradição é necessário que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado, bem como, estar o extraditando respondendo a processo investigatório ou a processo penal ou ter sido condenado pelas autoridades judiciárias do Estado requerente a pena privativa de liberdade.

O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso, sendo que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

José Afonso da Silva afirma que ?A expulsão é um modo coativo de retirar o estrangeiro do território nacional por ter praticado delito, infração ou atos que o tornem



inconveniente. Baseia-se na necessidade de defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado.?. (SILVA, 2007, p. 338)

De acordo com a Lei n.º 13.445/17, a expulsão é medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado, onde tal medida é dada em decorrência de condenação com 6sentença transitada em julgado referente à prática de: I - crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou agressão, nos termos do Estuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; ou II - crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional. Esta medida não será procedida, segundo o diploma legal mencionado alhures, quando configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira ou quando o expulsando, dentre outras hipóteses, tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. No processo de expulsão serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, devendo ser notificada a Defensoria Pública da União, caso o expulsando não possua defensor constituído.

Pois bem. O legislador buscou, além de pacificar a questão da expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, dar ênfase ao caráter humanitário o qual todos os estrangeiros residentes no país devem possuir e, além disso, desestigmatizar a natureza externa, distante e hostil que é imposta às pessoas que viver em um Estado diferente do seu originário. Busca-se, desse modo, fazer com que, mesmo com a possibilidade de cometer erros e atitudes que não sejam aceitas pela sociedade brasileira, neste caso, o estrangeiro possa assumir, permanecer e ser ressocializado neste mesmo país, mantendo a instituição familiar criada e mantida por este imigrante.

2.2. EFEITOS PRÁTICOS DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL

Na prática, o expulsando que possui filhos no Brasil, terá considerada regular sua situação migratória, se o processo ainda encontra-se pendente de decisão, não sendo impedido de sair voluntariamente do país, ou seja, poderá circular livre e pacificamente pelo país e dele retirar-se quando melhor entender, tendo em vista que ainda não há medida válida a ser imposta.

O expulsando com filhos no país, diferentemente do que em território nacional não possui prole, dependentes econômicos, pessoa brasileira sob sua tutela, cônjuge ou companheiro residente no Brasil, reservadas as demais hipóteses legais, encontra-se, em tese, sem vínculos socioafetivos e econômicos que justifiquem a sua estadia após o cometimento dos delitos precursores da instauração de tal medida, sendo consideradas de grande relevância a manutenção da estabilidade dos estrangeiros que, visando à longo prazo e de maneira enraizada, buscaram instalar-se em território nacional, mas que, de algum modo, incorreram em erros de tal magnitude.

7Desse modo, até no decorrer do processo de expulsão, os estrangeiros com filhos no Brasil, possuem diversas outras questões a serem analisadas, pois precisam, muitas vezes, neste caso, de um olhar diferenciado por conta da sua condição.

Observa-se que, com a entrada em vigor da Lei de Migração - Lei n.º 13.455/17, a hipótese da expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil restou pacificada sendo, de modo expresso, vedada, verificando-se, de modo amplo, as possibilidades de ressocialização em



território nacional, não prejudicando no processo, em caso de crime comum, a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

2.3. IMPACTOS À INSTITUIÇÃO FAMILIAR DO ESTRANGEIRO EXPULSO

Família é conceito pluriforme. De acordo com Luiz Edson Fachin ?é inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima de ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais?. Não deve-se fazer distinção entre os diversos tipos de família, sendo que cada conformação tem sua originalidade, individualidade e constituição. (FACHIN, 1999, p. 327)

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante lição acerca desta ideia onde ?A família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana?. (FARIAS; ROSELVALD, 2012, p. 39)

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, que anteriormente era vinculado ao casamento, realizando o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, como é o caso da união estável. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 12.010/2009) reconheceu proteção a diferentes modelos familiares, como é o caso da família natural, à família ampliada e à família substituta.

Perpassando o conceito de família, vislumbra-se a extensão dos impactos por esta sofridos ao serem desfeitas ou alteradas pela expulsão de um de seus membros do país. Partindo deste pressuposto, infere-se que, o estrangeiro com filho dependente economicamente, mesmo que apenas socioafetivamente, não poderia ser privado do convívio familiar por tal característica, nem sofrer o afastamento desarrazoável apenas por tal critério. Ao expulsar um estrangeiro com filho no Brasil, a conformação familiar é alterada, o contexto cotidiano é afetado, a condição social desta família é impactada de maneira que, o (a) filho (a) sustentado por pai estrangeiro restaria em situação de completa vulnerabilidade, não aceita, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Da mesma forma que é garantia do homem o direito de contrair matrimônio e fundar família, também, a esta, é garantida a proteção contra interferências em sua conformação, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Nesta senda, mostra-se, de modo universal, o interesse em proteger, principalmente, os interesses do menor envolvido, sim, envolvido no processo de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, de modo que, serão, em caráter primordial, afetados pelos efeitos de tal decisão. Como o ordenamento jurídico pátrio optou pela exceção aqui demonstrada, de não expulsar estrangeiros com filhos no país, tais critérios prevaleceram sobre as demais hipóteses, fazendo com que as famílias fossem vistas como, de fato, estruturas fundantes e estáveis na sociedade, não devendo ser impactadas tão negativamente com as decisões proferidas.

3. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E EFEITO ?BACKLASH?

O constitucionalismo democrático visa, diferentemente do constitucionalismo popular,



reconhecer o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Por meio deste, enaltece-se o papel relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. (LENZA, 2019, p. 68)

O constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional. Porém, não se admite decisões contrárias à Constituição, para agradar a opinião pública. Conforme o ministro Luís Roberto Barroso, ao estabelecer o papel das Cortes, em certas situações, as decisões podem não encontrar respaldo popular, gerando, assim, o fenômeno ?backlash?. O efeito ?backlash? pode ser traduzido como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (Oxford English Dictionary).

A palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do status quo. A maioria dos autores refere-se ao efeito backlash da perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário. O efeito backlash é bastante debatido na doutrina americana, tendo destaque o trabalho de Robert Post e Reva Siegel, onde estes não aceitam de modo total a noção de constitucionalismo popular (afastamento das Cortes - Mark Tushnet) e de cautela judicial e atuação minimalista dos tribunais (Cass Sustein). De modo abreviado por Post e Siegel, os fundamentos sustentados por Sustein justificam a redução de custos de erros associados a julgamentos equivocados, redução das dificuldades relacionadas à falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos, além disso, permite a adaptação a desenvolvimentos futuros, produzindo compromissos vantajosos e novas perspectivas à legislação. Post e Siegel consideram como parte do processo democrático e até saudável as reações e desacordos populares. (LENZA, 2019, p. 71)

3.1. O ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS DO EFEITO ?BACKLASH?

A Constituição Federal de 1988 considera as crianças e adolescentes titulares dos direitos fundamentais 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 (NOVELINO, 2016, p. 132). Quando se trata de decisões judiciais que envolvem interesse de menores, a análise tem como base a essas garantias que não podem ser preteridas em favor da criança ou adolescente.

Sob o prisma da expulsão do estrangeiro, o backlash apresenta-se, na jurisdição constitucional, por meio das manifestações de diversas entidades nacionais e internacionais que podem observar em tais decisões uma contestável rigidez da Suprema Corte Brasileira quando se trata da interpretação de dispositivos constitucionais relacionados a manutenção



dessas pessoas em território brasileiro, mesmo quando já estão estáveis e em situação regular perante as autoridades do país.

10

Sob o ângulo da proteção dos interesses das crianças e adolescentes, o fenômeno do backlash pode ser visto na atuação de diversas autoridades, entidades, poder público em geral, nacional e internacional, com vistas à crítica e desacordo das decisões tomadas pela Suprema Corte Brasileira ao decidir determinadas questões, visto que, a Constituição Federal de 1988, de modo expresso, buscou explicitar que 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 de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, as manifestações do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve-se pautar com vistas a resguardar o interesse dessas crianças e adolescentes, pois não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico pátrio baseia-se nas determinações da lei máxima brasileira.

As mais variadas organizações pleiteiam pela consideração, por parte do Poder Judiciário, de um posicionamento mais assertivo, de decisões mais completas e muito mais fundamentadas, tomando como base as reais necessidades e os reais efeitos e consequências decorrentes de determinações mal elaboradas ou dos prejuízos aos indivíduos vinculados a uma expulsão, como é o caso aqui mencionado, trazidos à toda comunidade e, também, a sociedade em geral, nacional ou global. Precisa-se levar em consideração, no mínimo, a importância que essas pessoas têm para suas famílias, para comunidade em que vivem, para o meio social em que estão inseridas e o que colaboram para a construção de um mundo mais justo, igualitário e diversificado.

Os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, em que pese as suas funções basilares e de competência originária, não podem deixar de lado o fato de que a expulsão de um indivíduo da nação, mesmo que havendo cometido determinado fato desaprovável socialmente, reflete em outras esferas que não a jurídica e causa certo atrito no meio popular. Ao decidir um caso específico, ao analisar determinada questão, as críticas e desacordos serão, sim, existentes sejam eles quais forem, mas, principalmente, não se pode negar que não se está tomando apenas uma decisão jurídica, mas, também, social. Claro que não é finalidade da Suprema Corte não é a promoção de políticas públicas, nem de inovação no ordenamento jurídico, porém é preciso cautela ao determinar a expulsão por um prazo determinado de alguém que possui dependentes, não apenas economicamente, mas, sentimentalmente, e que precisam de apoio e compreensão para seguirem vivendo.

11

Portanto, mostra-se evidente que o backlash se mostra inerente em situações que há a existência de direitos fundamentais, visto que apresenta-se como reação social as decisões dos Tribunais, mais que isso, do Supremo Tribunal Federal, que é tido como guardião da Constituição Federal e deve abarcar as construções sociais mais abrangentes possíveis, visando a corroborar com o desenvolvimento de uma sociedade universal, onde os indivíduos, mesmo longe de suas nações, possam ter garantidos seus direitos e deveres, onde inclui-se a família, tida como base da sociedade, e que tem especial proteção do Estado.



3.2. EFEITO "BACKLASH" NO DIREITO BRASILEIRO

O efeito backlash ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira.

Mesmo tendo sido pouco discutido ainda pela maioria dos doutrinadores, ainda assim, este efeito não perde a relevância em âmbito nacional e, por diversas vezes, internacional. Podemos verificar a utilização, por assim dizer, ou implementação deste fenômeno nos mais diversos Tribunais Brasileiros, seja qual for a matéria a ser discutida. Por exemplo, em um julgamento que envolve direitos sociais, o efeito "backlash" aparece de maneira muito latente tendo em vista a amplitude e, algumas vezes, urgência da demanda ali debatida. Também, pode-se observar a ocorrência deste efeito em variadas questões de direito de família, onde, a depender da matéria demandada, pode-se gerar a vinculação da sociedade de modo geral, como ocorreu no julgamento conjunto da ADPF n.º 132 e ADI 4277, que representou considerável avanço no campo aqui discutido, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a união homoafetiva é, sim, entidade familiar.

3.3. EFEITO "BACKLASH" NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O efeito "backlash" pode ser observado na jurisdição constitucional brasileira, principalmente, em decisões que contenham teor social, político e moral latente, ou seja, aquelas em que a sociedade seja diretamente afetada, as pessoas sejam impactadas de maneira direta e imediata. Em determinados casos, pode-se verificar este fenômeno, também, de modo transparente e de maneira bem clara quando há em pauta discussões que vinculem o Poder Público na prestação de serviços à população.

Este tema é encontrado rapidamente no voto do Min. Luiz Fux no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 29 Distrito Federal que reconheceu a constitucionalidade material da Lei Complementar n.º 135/2021- Lei da Ficha Limpa. Conforme discorreu em seu voto, o Min. relatou "a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando

12

fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como "backlash" expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades?".

E continua: "obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua reponsividade à opinião popular?". (FUX, 2012, p. 27)

A Jurisdição Constitucional Brasileira apresentou grande expressividade quanto ao efeito "backlash" devido a pressão internacional para que medidas fossem tomadas juridicamente relacionadas a temas de grande relevância mundial. Esta "pressão" foi enfrentada no julgamento, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 442/DF cuja relatora foi a Min. Rosa Weber, onde a Suprema Corte, ao entender a amplitude e extensão do tema discutido, convocou como amicus curiae variadas organizações, de diferentes ideologias, para participar e dar opiniões, enquanto representantes sociais, acerca do quanto ali debatido. Isto mostra, de maneira singela e simples, a implementação deste efeito na jurisdição constitucional.



4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL

Uma análise jurisprudencial, de modo simples, busca identificar as decisões de um ou mais decisores sobre um problema jurídico, as posições destes em relação ao problema e/ou suas eventuais inclinações. Deste modo, busca-se aferir o posicionamento a ser implementado e articulado pela Corte ou Tribunal acerca da matéria debatida.

Grandes discussões surgiram, ao longo do tempo, sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista a relevância do tema e as divergências existentes entre a legislação e as alterações que esta sofrera com o avanço social. Ademais, é importante frisar que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vastas mudanças ocorreram acerca desta senda.

4.1. DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 608898/HC 150343/RHC 179065 AGR

13

A priori, insta realizada a análise do Recurso Extraordinário 608 898 Distrito Federal, onde o Superior Tribunal de Justiça, ao deferir a ordem no agravo regimental no habeas corpus nº 115.603/DF, atermou a proibição de expulsão de estrangeiro com filho brasileiro nascido posteriormente ao fato motivador do ato expulsório. Afirmou ser o fenômeno, apesar do disposto no artigo 75, § 1º, da Lei nº 6.815/1980, óbice ao implemento da medida, visando os princípios da proteção do interesse da criança e da garantia do direito à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais, presentes tanto na Constituição Federal de 1988 e na Lei n.º 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência desta eg. Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, adotou-se a interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente).

No Recurso Extraordinário, interposto com alegada base na alínea ?a? do permissivo constitucional, a União articula com a transgressão dos artigos 227 e 229 do Diploma Maior. Segundo assevera, coexistentes a proteção dos direitos da família e da criança e a defesa da soberania e do território nacional, a Lei nº 6.815/1980 previu a impossibilidade de expulsão de estrangeiro somente quando a prole brasileira seja anterior ao fato motivador da expulsão. Consoante alegou, o dever de assistência à filha brasileira do recorrido não cessará com a expulsão. Reportou-se à ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, internalizada por meio do Decreto nº 58.826/1965. Arguiu a ausência de circunstância impeditiva de os familiares acompanharem o estrangeiro. Disse ser impróprio afirmar que a permanência do estrangeiro em território nacional assegurará a subsistência da prole brasileira. Considerada a repercussão geral, sustentou a relevância do tema sob os ângulos econômico, político, social e jurídico. Ressaltou estar-se diante de conflito de interesses do Estado brasileiro, no tocante à proteção de direitos e garantias fundamentais aparentemente inconciliáveis, com reflexos interna e internacionalmente. Ressaltou haver sido comprovada a paternidade de filho brasileiro e a relação de dependência econômica. O denominado Plenário Virtual reconheceu a configuração da repercussão geral.



Na sequência da análise, verificou-se o Habeas Corpus 150.343 Distrito Federal, processo n.º 1010578-57.2018.8.26.0007, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde o Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, condenou o paciente, de nacionalidade colombiana, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito

14
no artigo 12, caput, combinado com o art. 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976. Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio de Portaria Ministerial, com publicação no Diário Oficial da União. O paciente tem filho brasileiro, nascido em São Paulo/SP, fruto de relacionamento com brasileira.

Em análise sequencial verificou-se que na concreta situação dos autos, a defesa, com o intuito de comprovar a existência de causa impeditiva de expulsabilidade, fez vir aos autos os seguintes documentos: i) cópia da certidão de nascimento do filho do paciente; ii) declaração prestada pela mãe do menor perante a Polícia Federal, afirmando (unilateralmente) que o expulsando prestaria assistência financeira à criança; iii) recibos de pagamentos feitos à genitora do filho do acionante, que comprovariam a dependência econômica de que trata o art. 55, II, ?a?, da nova lei de imigração; iv) declaração prestada no órgão policial competente, esclarecendo que mantinha união estável com o paciente há mais de 5 anos.

Contudo, não convenceram a Min. Rel. Regina Helena Costa da existência de causa impeditiva da expulsão.

Ocorre que a defesa trouxe aos autos, sob a forma de memoriais, a notícia de que sobreveio sentença homologatória de acordo de alimentos firmado pelo ora paciente (Diego Hernan Rosario Lopez) em favor de seu filho. A referida sentença homologatória foi proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional VII ? Itaquera, Comarca de São Paulo, no dia 07.08.2018. Acordo de alimentos superveniente que, portanto, não passou pela análise do Ministério da Justiça, nas informações prestadas nestes autos. Nesse contexto, sobretudo à vista dos últimos elementos apresentados pela defesa, reconheço que há uma forte plausibilidade jurídica quanto à existência de vínculo de dependência econômica entre o paciente e seu descendente aqui no Brasil. O que, se for realmente comprovado, impede o decreto expulsório, nos termos da norma mais benéfica que se extrai do art. 55 da Lei 13.445/2017.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o habeas corpus nº 419.460/DF, o qual teve a liminar indeferida pela Relatora. A impetrante diz ser o caso de superação do verbete nº 691 da Súmula do Supremo. Aludiu à união estável com brasileira, fato superveniente que impediria a execução da pena administrativa de expulsão, considerado o artigo 75, inciso II, letra ?b?, da Lei nº 6.815/1980. Invocou, em seguida, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da família e da proteção integral da criança e do adolescente. Articula com a impossibilidade de expulsão, ante o fato de possuir filho brasileiro com dependência econômica e vínculo afetivo.

15

Requeru fosse revogada a decisão mediante a qual efetivada a expulsão do paciente. Em março de 2018, Vossa Excelência acolheu o pedido de medida acauteladora, para suspender, até o mérito da impetração, ato que implicou a expulsão do paciente. A Procuradoria-Geral da República asseverou inexistir ilegalidade a ser reparada. No Superior



Tribunal de Justiça, o habeas de nº 419.460/DF foi inadmitido pela Relatora. Por conseguinte, nesta análise jurisprudencial, trata-se de Agravo Regimental, n.º de origem 01899423320193000000, interposto contra decisão monocrática de lavra do Min. Luís Roberto Barroso que, com apoio no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Neste recurso, a parte agravante aduz que "não se pretende nessa via a rediscussão de matéria fática ou probatória. A pretensão formulada no presente habeas corpus se assenta em questão de direito?". Sustenta que "o paciente tem filha brasileira e presta ajuda financeira para o sustento dela. Deve-se conceder a ordem a fim de se impedir que a criança fique sem o pai. A expulsão do paciente violaria a razoabilidade e a dignidade humana?". Alega que "o recurso hierárquico não impede a concessão do habeas corpus, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes?". A parte recorrente requereu "a reconsideração da decisão monocrática para prover o recurso e conceder a ordem, conforme a petição inicial?".

4.2. DISCUSSÕES A RESPEITO DA EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS COM FILHOS NO BRASIL NAS DECISÕES ANALISADAS

A jurisprudência analisada, Recurso Extraordinário 608.898 Distrito Federal, o qual foi admitido na origem, porém desprovido no mérito, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, onde a controvérsia submetida ao Supremo consistiu em definir se é possível a expulsão de estrangeiro quando comprovada a existência de filho brasileiro superveniente ao respectivo fato ensejador, considerada a tutela especial conferida à família na Constituição Federal de 1988, cumprindo à Corte examinar a recepção do § 1º do artigo 75 da Lei nº 6.815/1980, apontando-se a harmonia do preceito com a Carta Federal, sem limitar-se a questão à interpretação da norma infraconstitucional.

Pois bem. O Min. Marco Aurélio (Relator) trouxe, em seu voto na decisão do acórdão, que é tempo de aprofundar a evolução no tratamento da matéria, atentando para a Constituição Federal de 1988, no que revelada a família como base da sociedade ? artigo 226, caput ? e o direito da criança à convivência familiar ? artigo 227, caput.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova quadra no tocante ao patamar e intensidade da tutela da família e da criança, assegurando-lhes cuidado especial, concretizado, 16

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 pensão alimentícia de indivíduo domiciliado ou residente em outro país. É dizer, impõe-se 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 contraria o princípio da isonomia, ao estabelecer tratamento discriminatório entre filhos havidos antes e após o fato ensejador da expulsão. 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, optando por este entendimento.

Já o Min. Alexandre de Moraes trouxe em seu voto que a expulsão de estrangeiro com filhos no Brasil deve ser informada pelos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A Lei 6.815/1980 foi editada em um período autoritário da crônica política brasileira, que vivia sob a regência da ditadura militar, não tendo previsto, por isso mesmo, quaisquer impedimentos à expulsão de estrangeiros.

Assim, nesse movimento de recuo legislativo, tornou-se a consagrar expressamente um regulamento de exceção voltado à defesa do núcleo familiar. À vista dessa nova regulação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sufragado o ato expulsório quando o filho brasileiro houver sido gestado ou tenha nascido em data posterior à conduta que animou a expedição da medida de afastamento.

17

O influxo dos valores que emanam da nova ordem constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil participa reclama uma nova leitura do tema pela Suprema Corte. Dessa forma, constata-se que tanto a ordem constitucional brasileira quanto as normas internacionais a que o Brasil se vinculou, impõe o princípio do melhor interesse da criança, que encontra expressão máxima no seu direito à convivência familiar. Consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à convivência é a projeção mais relevante da unidade da família, e se revela no ?direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos?.

A interpretação restritiva que vem sendo emprestada, pela Suprema Corte, ao art. 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro, no sentido de exigir-se a contemporaneidade entre a data da concepção/nascimento da prole brasileira e a prática, pelo extraditando, do ato motivador da expulsão, parece vulnerar os comandos normativos constitucionais, na medida em que negligencia os interesses da criança, potencializando um critério cronológico que não encontra abrigo na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 determina que a garantia dos direitos da criança e do adolescente se põe com absoluta prioridade, o que estabelece um vetor exegético que deve permear a análise das questões jurídicas que contraponham os direitos constitucionais da criança e outros valores hospedados na Lei Maior.

Nessa linha, deve ter-se em consideração que a manutenção do estrangeiro em solo pátrio busca proteger os interesses da criança, e não os do extraditando. É importante observar, ainda, que a exigência inflexível do binômio guarda/dependência econômica entre filho e expulsando ? preconizada pelo art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980 ? deve ser revisitada, para harmonizá-la com o princípio constitucional da afetividade, que hoje informa as relações de parentesco, de forma que, presente o vínculo socioafetivo entre pai e filho, há de se



reconhecer caracterizada a situação de inexpulsabilidade, em ordem a inibir o exercício do poder expulsório pelo Estado brasileiro.

De acordo com Maria Berenice Dias, é o liame de afetividade que erige um dado grupo de pessoas à condição de família, enquanto instituição merecedora de abrigo constitucional. Com efeito, é o afeto o elemento que cimenta as vigas do condomínio familiar, constituindo-se no fio que costura, identifica e revela a unidade do núcleo da família constitucionalmente protegido.

O Min. Edson Fachin acompanhou integralmente o relator. Porém, em suas declarações de voto, fez importantes considerações no tocante ao tema aqui proposto, tais quais, segundo este, a interpretação conferida à matéria, nomeadamente ao § 1º do art. 71 da 18

Lei vigente ao tempo, é consentânea com a Constituição, e, numa interpretação sistemática, atende ao sentido, especialmente o contido no art. 227 da Constituição, ao lado de atender a um conjunto de tratados e convenções internacionais que vinculam o Brasil pela cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira.

Nessa mesma extensão, devem ter-se em conta que os familiares do expulsando, quer brasileiros ou não, também possuem os mesmos direitos. A criança, em particular, tem não apenas o direito à proteção familiar, como também, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, internalizada pelo Decreto 99.710/1990, a garantia de que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas e bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança?

Com efeito, muito embora tenha o legislador já fixado parâmetros pelos quais o Chefe de Estado deve ater-se para expulsar, a promulgação da Constituição da República e o reconhecimento, pelo direito internacional, do alcance da soberania não autorizam que a expulsão seja feita sem que os interesses da criança sejam avaliados e sem que outros fatores também tenham sido levados em conta.

Ainda segundo o Min. Edson Fachin, o acórdão recorrido, ao assentar que a proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira tem como objetivo não somente proteger os interesses da criança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais?, explicitou, conquanto parcialmente, o parâmetro de controle de proporcionalidade que se deve exigir do Estado, quando da execução de medida expulsória.

De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, nesta decisão, são os mandamentos constitucionais relevantes, já interpretados em outras oportunidades por este Tribunal, no sentido de que se protegem, na verdade, a criança e o interesse do menor. O melhor interesse do menor é que é o vetor constitucional nessa matéria, e não o interesse da mãe ou o do pai, porque a própria Constituição assegura o direito da mãe ao aleitamento, mesmo que seja presidiária. Evidentemente, não é pelo direito da mãe, é pelo direito da criança de ser amamentada. Assim como a gestante que é demitida, mesmo que não soubesse do fato no momento da demissão, ainda assim teria os direitos inerentes a essa sua condição, seja a estabilidade, seja o salário-maternidade. Discorreu, também, que se fazia uma leitura equivocada mesmo do Estatuto dos Estrangeiros antigo.

Eram normas para impedir a fraude, uma adoção para este fim, subtrair-se à decisão



do Governo brasileiro de expulsão; o reconhecimento de filho, a Lei era de 1980, numa época
19

em que quase não havia exame de DNA, e que, portanto, não se poderia nem confirmar a autenticidade efetiva daquela paternidade.

A Min. Rosa Weber entendeu e discorreu que o tema é de grande sensibilidade apesar da alteração legislativa e que, se o foco é a proteção à criança, em absoluto, a data da concepção, tendo como paradigma, tendo como referência, a data do delito motivador da dispensa, guarda qualquer relevância.

A Min. Cármen Lúcia, em seu voto escrito, dispôs que interpretar o disposto no art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro como presunção absoluta de fraude nessas hipóteses não se compatibiliza com os arts. 226 e 227 da Constituição da República, os quais, respectivamente, asseguram à família especial proteção do Estado e preconizam o seu dever, o da sociedade e do Estado de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem direitos, dentre os quais se destacam aquele à vida, à alimentação, à educação, à dignidade e à convivência familiar e comunitária. Fez menção que deve-se registrar que o Estatuto do Estrangeiro foi integralmente revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), que confere tratamento mais compatível com a Constituição de 1988 ao instituto da expulsão, melhor delimitando suas hipóteses de cabimento e alargando o rol de casos em que sua utilização é vedada. Discorreu a Ministra ainda que com relevância para o debate tido nos autos, o art. 55, inc. II, alínea a, da lei mencionada proíbe a expulsão do estrangeiro que "tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela?". Essa vedação não encontra exceção no novo texto legal. A Lei de Migração não reproduz ressalva semelhante à do art. 75, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não havendo, assim, na nova legislação, permissão de expulsão do estrangeiro com filho quando nascido, reconhecido ou adotado após o fato que lhe tenha dado causa. Mesmo no período anterior à vigência dessa nova legislação, os arts. 226 e 227 da Constituição da República mostravam-se suficientes para obstar a expulsão do estrangeiro se comprovada haver filho brasileiro que com ele guarda relação de dependência econômica, cujos interesses devem ser protegidos e priorizados.

Em voto-vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes, este expôs como entendimento que a expulsão consiste em medida coercitiva de caráter discricionário de um Estado, levado a efeito em face de 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 (artigo 65 da Lei 6.815/1980 - Estatuto do Estrangeiro).

20
Pelo que se observa, a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, de modo que é suficiente a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão, independentemente da data de formação da unidade familiar ou da prole. Essa nova norma incorporou a jurisprudência formada a partir de voto-vista do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 31.449/DF (12.5.2004), no qual o STJ adotou interpretação sistemática do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980, em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde



que comprovada a dependência econômica do filho nacional. Portanto, a aplicação do artigo 75, § 1º, da Lei 6.815/1980 deve se coadunar com as normas da Constituição Federal, que preservam o núcleo familiar e, em especial, o interesse afetivo e econômico da criança, à luz da doutrina da proteção integral, conforme previsto pelo art. 227 da Constituição de 1988. Nesse sentido, entendo que a aplicação da parte final do §1º do art.75 da Lei 6.815/1980, ao permitir a expulsão de estrangeiro em virtude da constituição de filho posteriormente ao fato que gerou a aplicação da sanção administrativa, revela-se incompatível com a ordem constitucional vigente após 1988.

No voto do Min. Celso de Mello este trouxe que, 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, projeta-se, sem dúvida alguma, 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.

A nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), por sua vez, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, ao qualificar o instituto em análise como medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou de 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. A discricionariedade 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 que, ao restringir ainda mais a competência do Poder

21
Executivo da União para praticar o ato expulsório, estabeleceu as regras expostas no art. 55 da Lei retromencionada.

Cabe assinalar, por relevante, que a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05/10/1988 e vigente desde então, ao adotar, expressamente, a doutrina da proteção integral, antecipou-se à própria Convenção sobre os Direitos da Criança que, celebrada em 20/11/1989 (data do 30º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959), entrou em vigor, no plano internacional, em 02/09/1990, trinta dias após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação (Artigo 49, 1).

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 § 7º, c/c o art. 204, n. II) 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.

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 ou do fato ensejador da medida expulsória. 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 a essencialidade de atribuir-se consequência, no plano de sua eficácia jurídica, a tais postulados.

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. 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 deste novo diploma legislativo, que não mais se exige, para a configuração das hipóteses legais obstativas da expulsão, a

22
contemporaneidade dessas mesmas causas em relação aos fatos que deram ensejo ao ato expulsório.

Há a destacar, ainda, um outro requisito cuja satisfação apresenta-se, de modo autônomo, como causa impeditiva do ato de expulsão ora impugnado nesta sede recursal. 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.

Entendeu que, em suma, analisados os diversos aspectos da presente causa, que o estrangeiro em questão possui direito público subjetivo à permanência no Brasil, porque comprovada a ocorrência, em seu favor, dos pressupostos legais obstativos da expulsão, notadamente a existência de uma filha brasileira, dependente da economia paterna e com quem o ora recorrido mantém vínculo de convivência sócio-afetiva.

No julgamento do Habeas Corpus 150.343/DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio, este em seu voto exprimiu que a Lei nº 13.445, promulgada em 24 de maio de 2017 e com vigência prevista no artigo 125, ou seja, 180 dias após a publicação, revogou a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o chamado ?Estatuto do Estrangeiro?, passando o artigo 55, inciso II, alínea ?a?, a afastar condicionante cronológica do nascimento de filho, bastando que exista e esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão.

O Min. Alexandre de Moraes, proferiu voto com o entendimento que sabemos da existência de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que se coloca o receio de um



desvio de finalidade. Ou seja, para se evitar a expulsão, o agente acaba adotando ou tendo um filho. Esse aspecto se resolve com a exigência de que o filho esteja sob guarda ou dependência econômica ou dependência socioafetiva. Sob a égide da legislação anterior, muitos decretos expulsórios acabavam sendo concretizados ao se demonstrar, por exemplo, que o pai estava desempregado ? situação em que não há dependência econômica, mas que passou a ser protegida pela inovação legislativa, em face da continuidade da dependência socioafetiva.

23

Assim, até mesmo por uma questão de sucessão de leis no tempo, mesmo que o ato expulsório tenha sido impugnado com base na lei anterior, nesse particular, parece-me que as disposições da nova lei devem ser observadas, porque a concretização de eventual ato de expulsão deverá ser feita com base nela. E a nova lei afastou o requisito de anterioridade da filiação.

Então, logicamente, que a nova Lei ? e toda a discussão sobre esse ponto específico, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo ? privilegiou, primeiro, o art. 227 da Constituição, porque 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. Nos casos em que exista a guarda, a dependência econômica ou a dependência socioafetiva, caso a expulsão seja concretizada, ou a criança será privada do dever de proteção que deveria decorrer do Estado, ou será privada de viver em seu País, caso tenha que acompanhar os pais. Por vias transversas, a própria criança seria condenada. Então, teríamos, de forma reflexa, o descumprimento do art. 5º, XLV, da CF, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não subsiste na nova Lei de Migração o requisito cronológico do nascimento do filho para impedir a expulsão. É sempre bom destacar que, se eventualmente for constatada fraude ou que, em determinado momento, houve o abandono, obviamente, não mais subsistirá o requisito negativo impeditivo da expulsão.

Já o Min. Luís Roberto Barroso, por meio de seu voto-vista, exprimiu entendimento de que a atual Lei de Migração não autoriza a expulsão do estrangeiro que comprove a existência de filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Tal como consignado pelo Min. Marco Aurélio em voto proferido no HC 148.558, a redação do art. 55, II, da Lei 13.445/2017 não impõe nenhuma ?condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no País, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão...?. O que se protege, na verdade, é o interesse da criança.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 179.065 Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso, a defesa alegou que o paciente estava amparado por excludente de expulsabilidade, pois mantinha, à época, união estável com brasileira, da qual nasceu filha menor que dele dependia economicamente e com a qual possuía relação socioafetiva. Para tanto, para além trazer aos autos cópia da certidão de nascimento da filha do paciente, a defesa juntou aos autos cópia de documentos que comprovariam a união estável com a mãe da criança, bem assim a dependência

24

econômica e socioafetiva da filha. Demonstrando, faticamente, o caráter transposto pela



razoabilidade e proporcionalidade da análise da medida expulsória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no decorrer deste estudo, conseguiu-se vislumbrar o objetivo geral do presente trabalho tal qual analisar como o efeito ?backlash?, na jurisdição constitucional, pode afetar as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil e a importância do constitucionalismo democrático nesta situação, chegando-se ao tocante de ampliar e, nunca, esgotar tal tema e também aprofunda-se no conhecimento transposto.

Adiante trabalhou-se os objetivos específicos, identificando os conceitos de constitucionalismo democrático e efeito ?backlash?, podendo-se verificar que tais conceitos difundem e permeiam o caráter da democracia e da coletividade no corpo jurídico-social, abrindo, assim, as portas para novas formas de pensar e julgar os temas tão relevantes e de grande impacto social.

Além disso, avaliou-se como estes conceitos têm sido aplicados na realidade brasileira, especificamente, nas decisões oriundas das discussões sobre a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, do Supremo Tribunal Federal e como a Suprema Corte observa, julga e reflete o tema através das proposituras nacionais e internacionais, esclarecendo-os através das diversas fontes logo mais referenciadas.

Investigou-se como a expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil sofreu grande enfoque, mesmo com a alteração do dispositivo norteador da medida aplicada, sendo, ainda, pauta de diversos pontos jurídicos relacionados à proteção da família e da criança, da vida, da saúde e da afetividade, cobertura esta ampliada pela Constituição Federal vigente e diplomas normativos subsequentes.

Algumas implicações são consideradas, principalmente em relação a como o efeito ?backlash? se deu nas situações debatidas tais quais: o Supremo Tribunal Federal, como Suprema Corte Brasileira, pautando-se pelo caráter democrático implementado pela Constituição Federal em vigor, pode passar a trazer, por mais vezes, as organizações sociais, nacionais e/ou internacionais, à apresentarem suas considerações sobre os temas discutidos. Além disso, passa-se a entender a importância das diversas discussões sobre os variados temas relevantes socialmente em todo o mundo, conquanto as decisões de direito internacional, nas mais diversas esferas e cortes, produzem conhecimento e, em menor ou

25 maior grau, certa pressão para que medidas sejam tomadas acerca do que ali está sendo julgado.

Por meio das constatações deste estudo e dos resultados decisórios e argumentados alhures, pode-se inferir a necessidade da verificação caso a caso das medidas de expulsão de estrangeiros com filhos no Brasil, tendo em vista que, apesar da ausência no atual regramento do caráter cronológico, um ato desta magnitude interfere não somente na vida de uma pessoa, mas também do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 13.445/2017 (Lei de migração). Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Leonardo Chaves de; AMARAL, Ana Paula Martins. Mecanismos de retirada forçada do estrangeiro do território nacional: a família como causa impeditiva da



expulsão. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, ed. 1, p. 153-172, Jul-Dez 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, v. 6, 2012.

Declaração Universal de Direitos Humanos
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>> Acessado em 20 de mar. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GALVÃO, Ana Paula Moraes; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. Revista Constituição e Garantia de Direitos, [s. l.], 2013.

GOHR, Amanda Luísa; PIFFER, Carla. O direito à reunião familiar frente à expulsão do estrangeiro com familiares no Brasil: um conflito aparente de direitos fundamentais?. Revista da UNIFEBE: Edição 2020 ? Especial Direitos Humanos, [s. l.], 2020.

LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 23º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

26

NOVELINO, MARCELO. Curso de direito constitucional. 11. ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

Oxford English Dictionary. Disponível em <<https://www.oed.com/>> Acesso em 12 de abr. 2021.

PARDI, Luis Vanderlei. O regime jurídico da expulsão de estrangeiros no Brasil: Uma análise à luz da Constituição Federal e dos tratados de direitos humanos. São Paulo: Almedina, 2015.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p.180-202, abr./jun. 2017. Disponível em:
<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acessado em 30 de abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro/RJ, p. 5-25, Jul-Set 2002.

VILHENA, Lucila Gabriella Maciel Carneiro. O indivíduo como instrumento de realização da política internacional brasileira. Revista Dat@venia, [s. l.], v. 7, ed. 1, p. 126-141 Jan-Abr