

HABEAS CORPUS Nº 269.660 - SP (2013/0131483-3)

RELATORA : MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA
PACIENTE : VIRGOLINO DE BRITO SOUSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **Habeas Corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de VIRGOLINO DE BRITO SOUSA, em face de ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria 2037/2010, que determinou a expulsão, do paciente, do território nacional (fl. 89e).

A impetrante sustenta, em síntese, que:

"II - DOS FUNDAMENTOS

a) Da Existência de Filho Menor

A Lei 6.815/80, em seu art. 75, assim dispõe:

Art. 75. Não se procederá à expulsão:

II - quando o estrangeiro tiver:

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

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

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

No caso, verifica-se, pelas informações prestadas pela companheira do paciente, que este contribui com o sustento da família, trabalhando atualmente em obras, sendo que recebe R\$ 1.200,00 por mês, caracterizando, assim, a hipótese de inexistência de dependência acima referida.

De outra parte, a jurisprudência do STJ atualmente vem se posicionando no sentido de que bastaria a dependência sócio-afetiva para permitir a permanência do cidadão estrangeiro em solo brasileiro. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. DECRETO DE EXPULSÃO.

PACIENTE COM FILHO NASCIDO NO BRASIL.
DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E AFETIVA.
NÃO-COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A Jurisprudência do STJ firmou-se quanto à impossibilidade de expulsão de estrangeiro que possua filho brasileiro, desde que evidenciada a dependência econômica ou afetiva.

2. No Direito brasileiro, que prestigia a dignidade da pessoa humana a ponto de elevá-la, constitucionalmente, ao patamar de fundamento da República (CF, art.1º, III). a dependência familiar não é necessariamente econômica, podendo ser tão-só afetiva. Num e noutro caso, deve estar razoavelmente comprovada para que possa obstar os efeitos de Decreto de Expulsão.

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

4. In casu, não suficientemente demonstrado o vínculo efetivo e afetivo com o filho menor brasileiro, impõe-se a manutenção do Decreto de Expulsão.

5. Ordem denegada. (HC 166496/DF; DJ: 10/11/2010; Min. Herman Benjamin)

Vale acrescentar que, em atenção ao princípio da proteção integral proclamado no art. 227 da CF/88 e no art. 1º e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e tratando-se de menor de idade - milita em favor do paciente a presunção de existência de dependência sócio-afetiva, só podendo ser descaracterizada mediante provas em sentido contrário produzidas pelo Estado, o que não se deu no caso em apreço.

Desta forma, ainda que o paciente não tivesse tido a oportunidade de estabelecer relação paternal com o seu filho (hipótese levantada apenas a título de argumentação), o menor - face ao princípio acima referido - teria o direito de construir tal relação com o seu genitor.

E que não se alegue que o filho é posterior ao processo criminal. É que - a par das considerações acima - o Superior Tribunal de Justiça - considerou - em recente decisão - ser tal óbice insubsistente para inviabilizar o pleito. (...)

b) Da Existência de Companheira brasileira

A legislação brasileira prevê também, mais precisamente no art. 75 da Lei nº 6.815/80, que não poderá ser expulso do Brasil o estrangeiro que tiver cônjuge brasileiro. *Verbis*:

Art. 75. Não se procederá à expulsão:

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;
ou

II - quando o estrangeiro tiver:

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

Evidentemente que o dispositivo em tela é aplicável também à companheira, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988 (artigo 226, *caput*).

(...)

Ademais, o vínculo existente entre o paciente e sua companheira iniciou em 2004, preenchendo, portanto, o requisito temporal previsto no Estatuto do Estrangeiro, requisito este - diga-se de passagem - que não mais se compadece com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que a declaração prestada pela companheira do paciente faz prova do vínculo, especialmente porque o Ministério da Justiça não produziu provas que pudessem descaracterizar tal declaração, nem muito menos argumento consistente que pudesse invalidá-la, limitando-se apenas a afirmar que não foi comprovada a existência fática de quaisquer das hipóteses de inexpulsabilidade previstas no Estatuto do Estrangeiro (fls. 63).

Por outro lado, não obstante a criança ter sido concebida após a condenação, a existência de filho deve ser considerada ao menos para comprovação do alegado, pois não é crível que a apontada companheira viesse a público declarar manter união estável com cidadão recluso que sequer dispunha de recursos financeiros, visitá-lo com frequência, ter um filho com esta pessoa, sem que efetivamente existisse vínculo entre ambos.

(...)" (fls. 2/5e).

Requer, assim, a concessão de liminar, a fim de que seja tornada sem efeito a Portaria 2.037/2010, e, ao final, a concessão da ordem.

A liminar foi indeferida pela Min. Eliana Calmon (fls. 126/127e).

Em 23/05/2013, nos autos da Medida Cautelar no **Habeas Corpus** 117.944/SP, impetrado no Supremo Tribunal Federal, o Min. Dias Toffoli deferiu a liminar, a fim de suspender os efeitos do decreto de expulsão do paciente (fls. 179/185e).

As informações foram prestadas (fls. 133/158e e 249/304e).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 194/199e).

Inicialmente, convém registrar que constitui ônus do impetrante a demonstração da coação ilegal, mediante prova pré-constituída, porquanto a via estrita do **habeas corpus** não permite incursões em aspectos que demandam dilação probatória.

In casu, nas informações prestadas às fls. 297/299e, em 13/12/2018, a Advocacia Geral da União comunicou que, em diligência realizada pela Delegacia de Polícia de Imigração da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, não se pôde averiguar a alegada união estável e a manutenção econômica e sócio afetiva do filho menor, uma vez que o paciente não mais reside no endereço fornecido.

A Defensoria Pública também não comprovou, de plano, a união estável e da manutenção da convivência entre a prole e o paciente. Os documentos apresentados na impetração — certidão de nascimento do filho menor, datada de 02/04/2011 (fl. 100e), declarações com firma reconhecida pela genitora, Maria Marcia da Silva (fls. 65e, 97/98e) — não são suficientes para comprovar a aludida união estável e a dependência econômica ou afetiva do filho menor.

Nesse contexto, na forma da jurisprudência do STJ, "a simples existência de prole brasileira não garante a permanência do estrangeiro no território nacional se não houver prova pré-constituída de casamento ou união estável há mais de 5 anos (art. 75, II, **a**, da Lei 6.815/1980) nem de manutenção da guarda de filho menor ou de dependência econômica entre filho menor e o paciente (art. 75, II, **b**, da Lei 6.815/1980)" (STJ, HC 418.116/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 28/02/2018).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ALIENÍGENA DO TERRITÓRIO NACIONAL. PROLE BRASILEIRA NASCIDA APÓS O COMETIMENTO DE ILÍCITO PENAL E DA EDIÇÃO DO ATO DE EXPULSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA SOBRE OS REQUISITOS PREVISTOS NAS ALÍNEAS "A" E "B" DO INCISO II DO ART. 55 LEI N. 13.445/2017.

1. A Portaria n. 893, que determinou a expulsão da paciente do território nacional, foi publicada em 26/6/2018 (e-STJ fl. 10), ou seja, já sob a égide da Lei n. 13.445/2017.

2. A jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência da Lei n. 6.815/1980 (cognominada Estatuto do Estrangeiro), conferia temperamentos à interpretação do art. 75, II, do diploma em questão, no sentido de impedir a expulsão de estrangeiro que tivesse prole brasileira, ainda que tivesse sido gerada após a condenação penal e ao decreto expulsório, no afã de

tutelar a família, a criança e o adolescente.

3. A Lei n. 13.445/2017 (chamada Lei de Imigração) revogou a Lei n. 6.815/1980 e inaugurou novo regramento para o tema em discussão; pôs fim à exigência temporal mínima de cinco anos, que era prevista na Lei revogada. Além disso, prevê que o estrangeiro o qual tiver filho brasileiro sob sua guarda, ou dependência econômica, ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela não poderá ser expulso do território nacional. Precedentes: HC 420.022/SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27/6/2018; e HC 441.090/DF, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 2/8/2018.

4. No caso em foco, todavia, não há, nos autos, prova pré-constituída de que a prole brasileira está sob a guarda da paciente, ou que está sob sua dependência econômica ou mesmo da convivência socioafetiva, na medida em que apenas foi juntada a cópia da certidão de nascimento da filha da paciente (e-STJ fl. 13). Também não há nenhuma prova de que a paciente conviva em regime de união estável com pessoa residente no Brasil. Dessa forma, é extrema de dúvidas que não foram observadas as alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 55 Lei n. 13.445/2017, razão pela qual é defesa a concessão da ordem de *habeas corpus*.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada" (STJ, HC 470.138/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/12/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO APÓS O CUMPRIMENTO DA PENA E O DECRETO EXPULSÓRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE EXCLUDENTE DE EXPULSABILIDADE. ART. 75, II, B, DA LEI N. 6.815/1980. INADMISSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA VIA ESTRITA DO WRIT. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Constitui ônus do impetrante a demonstração da coação ilegal, mediante prova pré-constituída, porquanto a via estrita do *habeas corpus* não permite incursões em aspectos que demandam dilação probatória.

2. Do exame dos autos, verifica-se que o paciente, após cumprimento da pena por tráfico de entorpecentes, foi submetido a processo administrativo de expulsão, que culminou com sua expulsão em 2 de janeiro de 2009.

3. Na hipótese, o próprio paciente afirmou, em declaração perante a Polícia Federal, que não mantém contato nem com a ex-companheira nem com a filha menor desde a separação do casal ocorrida em

2012, além de ter afirmado não contribuir financeiramente para seu sustento. Inexiste, portanto, vínculo de dependência seja afetiva ou econômica entre ambos. 4. **Na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a simples existência de prole brasileira não garante a permanência do estrangeiro no território nacional se não houver prova pré-constituída de casamento ou união estável há mais de 5 anos (art. 75, II, a, da Lei 6.815/1980) nem de manutenção da guarda de filho menor ou de dependência econômica entre filho menor e o paciente (art. 75, II, b, da Lei 6.815/1980). Precedentes.**

5. Ordem denegada" (STJ, HC 418.116/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 28/02/2018).

Assim sendo, ausentes as excludentes de expulsabilidade, a ordem merece ser denegada.

Ante o exposto, diante da manifesta inviabilidade do **writ**, indefiro liminarmente o presente **Habeas corpus**, nos termos do art. 210 do RISTJ.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

I.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora