

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

**PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIROS E DIREITOS HUMANOS: AS
RETIRADAS COMPULSÓRIAS E A UNIDADE DA FAMÍLIA.**

CURITIBA

2007

DAFNER SANTOS HIRYE

**PERMANÊNCIA DE ESTRANGEIROS E DIREITOS HUMANOS: AS
RETIRADAS COMPULSÓRIAS E A UNIDADE DA FAMÍLIA.**

**Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito parcial
para obter o grau de bacharel em
Direito pela Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. José Antônio Peres
Gediel.**

CURITIBA

2007

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
1. INTRODUÇÃO.....	5
2. DIREITOS HUMANOS.....	7
2.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – PRECEDENTES.....	7
2.2 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.....	9
2.3 ACORDOS E TRATADOS INTERNACIONAIS.....	12
2.4 DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
3. A ENTRADA DE ESTRANGEIROS.....	18
3.1 CONTROLE MIGRATÓRIO	18
3.2 TIPOS DE VISTO DE ENTRADA.....	19
4. RETIRADAS COMPULSÓRIAS.....	23
4.1 DEPORTAÇÃO.....	23
4.2 EXPULSÃO.....	29
4.3 EXTRADIÇÃO	31
5. REUNIÃO FAMILIAR.....	36
5.1 FAMÍLIA.....	36
5.2 PERMANÊNCIA.....	37
5.3 TUTELA JURISDICIONAL.....	42
6. CONCLUSÃO.....	46
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

RESUMO

Este trabalho questiona a legislação brasileira infraconstitucional no que se refere às possibilidades do estrangeiro, que possui familiares aqui residentes, em permanecer no país. À revelia de todos os tratados e acordos internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil é signatário, e da própria Constituição da República, cotidianamente as autoridades migratórias dificultam e impedem, através de atos tendentes a retirada compulsória, que estrangeiros efetivem a unidade familiar dentro do território nacional, sob o argumento do Princípio da Legalidade e da Soberania. De fato, as normas infraconstitucionais, em muitos casos, não protegem o direito do estrangeiro em aqui permanecer com sua família. Entretanto, não se pode desconsiderar a auto-aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição e nos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos. Direitos e garantias estas, que, nos próprios termos da Constituição, também se aplicam aos estrangeiros residentes.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Estrangeiros, Família, Migração, Permanência, Retiradas Compulsórias, Soberania.

1. INTRODUÇÃO

Característica marcante do século XXI, a globalização atinge a tudo e a todos. Vive-se em uma sociedade mundial, com um processo irreversível de integração de economias e mercados. Mas globalização também se aplica aos indivíduos. A livre circulação e residência de pessoas pelos países é praticamente realidade na Comunidade Européia e uma tendência mundial, inclusive no Brasil, onde recentes tratados internacionais facilitam, e muito, a residência de uruguaio e da argentinos no nosso território nacional. Obviamente, estes tratados são recíprocos.

A facilidade de comunicação e de transporte, o turismo, os investimentos e empreendimentos estrangeiros, as trocas de tecnologias, de conhecimento acadêmico, de cultura e arte, os programas internacionais de assistência humanitária, os eventos esportivos, enfim, tem-se neste século XXI um trânsito internacional de pessoas como nunca visto anteriormente. E a decorrência natural e inevitável dessa interação entre pessoas de nacionalidades e localidades distintas são as famílias transnacionais.

Mas a legislação brasileira que trata da questão migratória é do século XX, ainda anterior a Constituição de 1988. É do tempo do regime militar vigente na década de 1980, e não atende a essa nova realidade imposta pela aldeia global da qual a sociedade brasileira, sem dúvida, faz parte. Os direitos humanos se consolidam cada vez mais no mundo contemporâneo, e isso inclui a proteção à família, unidade básica e fundamental da sociedade. O conflito surge entre a concepção de soberania do Estado e o princípio da realização da pessoa humana. Dois princípios constitucionais que devem coexistir em harmonia e aplicados na medida da proporcionalidade e ponderação. De um lado a definição da política migratória como exercício da soberania para proteção do estado e do povo diante do desejo de estrangeiros que aqui pretendem se estabelecerem, e do outro o direito destes em efetivarem a unidade familiar com os que no Brasil já são residentes ou nacionais.

O presente trabalho se desenvolve exatamente sobre a aparente oposição entre a soberania e os direitos humanos, que se reflete sobre a questão das retiradas compulsórias e a unidade da família, respectivamente. Em especial, a deportação e a

expulsão do estrangeiro representam o exercício máximo e mais intenso do Princípio da Soberania em termos de migração. Ao passo que a desconstituição da unidade da família, resultante de uma eventual retirada compulsória, é nestes casos a violação mais visível dos direitos humanos e da realização da dignidade da pessoa humana.

2. DIREITOS HUMANOS

2.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – PRECEDENTES

Os Direitos Humanos constituem uma das principais matérias do Direito Internacional Contemporâneo desde a Segunda Guerra Mundial, devido às atrocidades e horrores desse evento histórico. Defende SACRAMENTO¹ que foi após a barbárie do nazi-fascismo que a violação dos direitos fundamentais não pode mais ser concebida como preocupação unicamente doméstica dos Estados, mas sim, como interesse da comunidade internacional, pois a realidade mostrou que muitas vezes é justamente o Estado o maior opressor destes direitos.

Conseqüência de lutas históricas e diversos tratados internacionais, a proteção dos direitos humanos foi se normatizando em um processo lento e gradual de internacionalização e universalização.

Os primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos surgem com o Direito Humanitário, a Liga das Nações e com a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário visava estabelecer limites à atuação do Estado durante conflitos bélicos, protegendo civis e militares fora de combate tais como feridos, náufragos, prisioneiros. Apesar de tratar especificamente dos casos de guerra, teve sua importância como sendo uma das primeiras normas jurídicas com o objetivo de, no plano internacional, impor limites à soberania do Estado em favor da proteção dos direitos humanos. O Direito Humanitário foi criado no século XIX, motivado pelas atrocidades da batalha de Solferino, na Segunda Guerra de Independência Italiana, cuja repercussão também deu origem a Cruz Vermelha e a Primeira Convenção de Genebra, em 1864.

¹ SACRAMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In MELLO, Celso de Albuquerque (org). Anuário: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, P. 60.

Em 1920, após a Primeira Guerra Mundial, surge a Liga das Nações criada no Tratado de Versalhes. Sua finalidade foi promover a cooperação, paz e segurança internacional. Continha uma proteção genérica no que se refere aos direitos humanos. Os estados participantes deviam se comprometer a assegurar condições justas e dignas de trabalho. A importância residiu num esboço de limitação da concepção de soberania estatal absoluta, uma vez que a própria convenção estabeleceu sanções aos estados que infringissem as normas e violassem suas obrigações. As penalidades deveriam ser aplicadas por toda a comunidade internacional, na forma de sanções econômicas e militares. Limitar a concepção de soberania estatal significa dizer que os Estados devem, na verdade, incluir no conceito de soberania o compromisso de respeitar as obrigações assumidas frente à comunidade internacional.

E enfim, como antecedente principal para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está a Organização Internacional do Trabalho. Também criada após a Primeira Guerra Mundial, teve como objetivo essencial a proteção ao trabalhador. Criada em 1919, a OIT já tem mais de uma centena de convenções que visam estabelecer critérios básicos desta proteção, assegurando a dignidade e o bem estar social do trabalhador.

“Esta nova concepção assim, deixava de lado o velho conceito de soberania estatal absoluta, que considerava, na aceção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público. É neste cenário que começa a aparecer, então, os primeiros contornos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afastando-se a soberania absoluta dos Estados, em seu domínio reservado, e erigindo os indivíduos à posição, de há muito merecida, de sujeitos de direito internacional, dando-lhes mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda de seus direitos internacionalmente protegidos.”²

Mas foi a partir da Segunda Guerra Mundial, marcado pela morte de 11 milhões de pessoas e inúmeras atrocidades cometidas, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se consolida. A questão torna-se prioritária no que se refere aos objetivos da comunidade internacional, deixando de ser definitivamente assunto de interesse

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 70.

exclusivo e particular do Estado, individualmente considerado. TRINDADE³ ressalta que não era mais possível manter o ordenamento internacional tradicional, marcado pelo predomínio das soberanias estatais, já que essas não foram suficientes para evitar a intensificação da produção e do uso de armamentos de destruição em massa nem as violações dos direitos humanos que ocorrem em todo o mundo.

“A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas de direito internacional geral, e tornou-se evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema nos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva”⁴

As *razões* do Estado têm limites no que se refere ao atendimento das necessidades e aspirações da população. Por isso não é mais possível o monopólio estatal da titularidade de direitos que excluam do ordenamento jurídico internacional o destinatário principal e final de toda e qualquer norma jurídica, isto é, o ser humano. TRINDADE entende que o modelo westphaliano⁵ do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado.

2.2 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

No início de 1945, em Chapultepec, no México, os países americanos se reuniram e firmaram a tese de que seria prioritária dentre os objetivos das Nações Unidas, a elaboração de uma Carta dos Direitos do Homem. Em 26 de junho é aprovada a Carta

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111.

⁵ Foi um conjunto de tratados diplomáticos que puseram fim a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) e possibilitou o que ficou conhecido com Paz de Westphalia, dando origem ao chamado modelo westphaliano. É um modelo de Relações Internacionais que reconhece explicitamente uma sociedade de Estados fundada no princípio da soberania territorial, não intervenção em assuntos internos dos demais e a independência dos Estados. É a primazia do Estado como ator principal da política mundial.

das Nações Unidas de 1945, cuja principal diferença entre os acordos internacionais preexistentes encontra-se no campo de ação. Antes desta carta os direitos dos homens protegiam certas categorias de seres humanos ou apenas garantiam alguns direitos em especial. A Carta não tinha definições, referindo-se de forma global aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos.

“Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] c) o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivo de raça, sexo, idioma ou religião, e a efetividade de tais direitos e liberdades.”⁶

“Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.”⁷

Essas são as duas disposições da Carta que estabelecem o compromisso das Nações Unidas e de seus Estados membros em promover os direitos humanos e fundamentais. Assenta-se a base conceitual para que os direitos humanos se desenvolvam no âmbito internacional, mesmo que não defina diretamente quais são exatamente esses direitos.

“Entretanto, sem embargo da Carta das Nações Unidas não ter conceituado o que vem a ser direitos humanos e liberdades fundamentais, contribuiu ela, com os seus preceitos, pioneiros, para a universalização dos direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse internacional, não mais estando adstrito tão somente à jurisdição doméstica dos Estados.”⁸

Após três anos da aprovação da Carta é que se definiu o alcance e o significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos fixou-se um código comum e universal dos direitos humanos, cuja proteção e o dever de respeito já estavam previsto na Carta de 1945.

⁶ ONU. Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945. Artigo 55.

⁷ ONU. Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945. Artigo 56.

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 81.

Na data de 10 de dezembro de 1948, de forma unânime, 48 estados aprovaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com apenas oito abstenções. Para PIOVESAN⁹, a inexistência de voto contrário representa a consolidação da afirmação de uma ética universal, pois forma um consenso sobre valores de cunho universal que, portanto, devem ser respeitados pelos Estados. Essa autora pontua como características marcantes da Declaração, a sua amplitude e sua universalidade. A primeira característica trata de um conjunto de direitos e faculdades, necessárias ao pleno desenvolvimento do ser humano, nos aspectos físicos, moral e intelectual. E a universalidade é marcante, pois a Declaração se aplica às pessoas de todos os países, religiões e sexo, independente de qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

“A Declaração de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. [...] A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, veria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹⁰

A Declaração Universal é uma resolução e não um tratado, portanto não tem força de lei. Mas sua importância reside em promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. E como é concebida como definição da expressão “direitos humanos” constante na Carta das Nações Unidas de 1945, tem força vinculante. Afinal, os membros das Nações Unidas têm que respeitar os termos da carta. Então, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, tem força jurídica obrigatória, conforme ensina PIOVESAN. E na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX se transformou em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.

De tudo o exposto, os estados membros das Nações Unidas têm dever de promover os direitos humanos e respeitar a Declaração Universal dos Direitos

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 130-141.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 131.

Humanos em sua integralidade, reconhecendo sua força jurídica obrigatória e vinculante, incluindo, portanto que:

“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.”¹¹

“1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3 A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.”¹²

“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.”¹³

Não há dúvida que a família tem especial proteção na Declaração. E não poderia ser diferente, afinal é a base da sociedade. É o nicho onde o ser humano desenvolve sua personalidade e se firma como pessoa humana. Qualquer violação à unidade familiar é uma afronta direta aos direitos humanos. Os Estados, que violam tal unidade sob a justificativa do exercício da soberania, estão violando os direitos humanos e desrespeitando o fundamento básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O mesmo direito, que protege a comunidade internacional das atrocidades vistas e que deram origem a própria criação das Nações Unidas, implica em uma concepção de soberania dos estados que não pode mais ser absoluta e desmedida.

2.3 ACORDOS E TRATADOS INTERNACIONAIS

¹¹ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Artigo 12.

¹² ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Artigo 16.

¹³ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Artigo 25.

Sob um aspecto estritamente legalista a Declaração Universal de 1948, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Então, após sua adoção, surge o entendimento que o teor da Declaração deveria tomar forma de tratado internacional para que se tornasse obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional. Foi em 1966 com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os direitos constantes na Declaração Universal sofreram, nas palavras de PIOVESAN¹⁴, um processo de “juridicização”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos proclama o dever de se adotar medidas que assegurem todos os direitos nele constantes a todos os indivíduos que estejam sob jurisdição dos Estados-partes. Este dever e obrigação são imediatos, ou seja, este pacto tem auto-aplicabilidade. Os direitos previstos incorporam vários dos direitos da Declaração Universal de 1948 com mais detalhamento e ainda estende esses direitos¹⁵. Além da obrigação em assegurar os direitos e garantias enunciadas, o Estado-parte ainda deve encaminhar relatórios ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo próprio pacto, sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas para atingir esse fim. Ao comitê cabe examinar e estudar os relatórios, e encaminhar ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas comentários e observações gerais a respeito.

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos são endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são direcionados aos Estados. Os direitos nesse previstos dependem de uma atuação do Estado, que deve reconhecê-los e adotar medidas progressivas para que sejam alcançados.

“Não obstante a elaboração de dois pactos diversos, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos eram reafirmadas pela ONU, sob a fundamentação de que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 151-219.

¹⁵ O Pacto dos Direitos Civis e Políticos contem direitos e garantias não previstos na Declaração Universal de 1948, tais como o direito de não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual; o direito da criança ao nome e à nacionalidade; a proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e lingüística; a proibição da propaganda de guerra ou de incitamento a intolerância étnica ou racial; o direito à autodeterminação; etc.

nominal, e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos sociais e culturais também apenas existiriam no plano formal”¹⁶

É a partir da conjugação desses dois pactos, com natureza de tratados internacionais, e da Declaração Universal de 1948 que se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*). Com essa carta, inaugura-se o sistema global de proteção aos direitos humanos, que por sua vez vem se ampliando com diversos outros tratados multilaterais pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio¹⁷, tortura¹⁸, discriminação racial¹⁹, discriminação contra as mulheres²⁰ e a violação dos direitos das crianças²¹.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 154-155.

¹⁷ Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Adotado pela ONU em 09 de dezembro de 1948, pode ser considerado o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado no âmbito das Nações Unidas. Prevê, além da prevenção, a punição do Crime de Genocídio através de cortes penais internacionais.

¹⁸ Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotado pela ONU em 28 de setembro de 1984. Define em seu art. 1º tortura como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por quaisquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.”.

¹⁹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Adotado pela ONU em 21 de dezembro de 1965. Seu preâmbulo assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum.”.

²⁰ Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Aprovada pela ONU em 1979, foi impulsionada pela proclamação de 1975 como Ano Internacional da Mulher e pela realização da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher. Como previsto em seu Art. 1º, visa prevenir “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômicos, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”.

²¹ Convenção sobre os Direitos da Criança. Adotado pela ONU em 1989. Exige proteção especial e com absoluta prioridade para as crianças, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito. Dentre os diversos direitos previstos, inclui-se o direito da criança entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunião familiar.

2.4 DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 institucionaliza o regime democrático no Brasil após o período de gestão militar iniciado em 1964. Neste contexto é que ocorre o maior avanço legislativo das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis na sociedade brasileira, de forma jamais observada no país.

Para PIOVESAN²², a Constituição de 1998 está entre as mais avançadas do mundo no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Desde seu preâmbulo, funda-se a idéia de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”²³. Já em seu artigo 1º, tem-se a dignidade da pessoa humana como fundamento básico deste Estado Democrático de Direito.

“O eixo axiológico dos direitos humanos é o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente (nos tratados de direitos humanos), quanto no plano interno (nas constituições). A Constituição brasileira, a elevou a categoria de princípio fundamental (artigo 1º, III) constituindo o núcleo informador de todo o ordenamento jurídico”²⁴

E não poderia ser de outra forma, pois a própria idéia de Estado Democrático de Direito é indissociável da idéia de proteção dos direitos fundamentais. A Constituição segue com a mesma tendência ao enunciar como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor,

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 21-42.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Preâmbulo.

²⁴ ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 12.

idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais normas programáticas aparecem pela primeira vez em uma constituição brasileira na qualidade de objetivos do Estado e assinalam a busca para efetivar a democracia econômica, social e cultural, cujo fim maior é a realização da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, seja no âmbito interno pelos dispositivos constitucionais ou externo pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos visto anteriormente, a dignidade da pessoa humana é, nas palavras de PIOVESAN, “princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade”²⁵. É um verdadeiro super-princípio constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos e que confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

O artigo 5º da Constituição inaugura o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Em seu *caput*, o primeiro preceito já é a afirmação que todos são iguais perante a lei. Além de destinar essa proteção aos brasileiros, a Constituição incluiu, também aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

*“Os direitos que devem ser reconhecidos aos estrangeiros são: 1º) os direitos dos homens, ou individuais, isto é, a liberdade individual e a inviolabilidade da pessoa humana, com todas as conseqüências daí decorrentes, tais como a liberdade de consciência, a de culto, a inviolabilidade do domicílio, o direito de comerciar, o direito de propriedade, etc.; 2º) os direitos civis e de família”*²⁶

Segundo explica Moraes²⁷, a expressão “residentes no Brasil” se refere a todos os estrangeiros que se encontram em território nacional, pois fora do Brasil a Constituição não poderia assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais. Estrangeiros residentes incluem, além dos estrangeiros que moram regularmente no Brasil, também os que estejam em trânsito, pois são igualmente titulares dos direitos

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 31.

²⁶ ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p85.

²⁷ MORAES, Alexandre, de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 73-79.

humanos fundamentais. Todos esses possuem também acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.

“É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de habeas corpus, eis que esse remédio constitucional – por qualificar-se como verdadeira ação popular – pode ser utilizado por qualquer pessoa – independentemente da condição jurídica de sua origem nacional. A petição com que impetrado o habeas corpus deve ser redigida em português, sob pena de não-conhecimento do writ constitucional.”²⁸

“O estrangeiro, embora não residente no Brasil, goza de direitos de impetrar mandado de segurança.”²⁹

Da mesma forma, há de se estender todos os direitos e garantias fundamentais aos estrangeiros que estejam em território nacional, o que inclui certamente a garantia fundamental de ter sua unidade familiar protegida pelo estado. Nenhum direito é absoluto, seja para estrangeiro residente, seja para brasileiro. Mas é inquestionável que o direito a constituir e preservar a família não pode ser pomenorizado sem fundamentação que justifique isso. Assim, salvo relevante circunstância, ao estrangeiro, independente de sua situação jurídica de estada no Brasil, cabe exigir a especial proteção de sua família por parte do Estado, conforme previsto no artigo 226 da Constituição da República.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 072. Pleno – questão de ordem. Relator: Ministro Celso de Mello. 17 de março de 1995.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 4706/DF. Pleno. Relator: Ministro Ari Franco. 31 de julho de 1958.

3. A ENTRADA DE ESTRANGEIROS

3.1 CONTROLE MIGRATÓRIO

No exercício da Soberania Nacional, os países controlam a entrada de estrangeiros dentro do seu território, podendo inclusive vedar tal possibilidade a indivíduos considerados inconvenientes. No Brasil, o controle é feito essencialmente em três momentos: (1) quando o interessado solicita o visto nas repartições consulares; (2) no local de entrada pelas autoridades migratórias da Polícia Federal; e (3) dentro do território nacional, também pelo Departamento de Polícia Federal.

A possibilidade de vedar-se a entrada de estrangeiros ou de se iniciar os procedimentos para que esses saiam do país é prevista no Estatuto de Estrangeiros³⁰. O foco está na defesa dos interesses nacionais, que inclui a segurança nacional, a organização institucional, os interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem como a defesa do trabalhador nacional.

Assim, as repartições consulares brasileiras não devem conceder visto de entrada a estrangeiro (1) considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais; (2) que já tenham sido expulso do país, salvo que tal medida tenha sido revogada; (3) condenado ou processado em outro país por crime passível de extradição pela lei brasileira; (4) que não satisfaça as condições de saúde estabelecidas. Além desses e de outros critérios, também o visto pode ser negado se for percebido que o tipo de visto solicitado não corresponde a real situação ou interesse do requerente.

“A inobservância de suas disposições acarreta a nulidade do visto, pois os impedimentos ali estabelecidos são de natureza absoluta e podem ser averiguados a qualquer tempo. Desta forma, se as autoridades fiscalizadoras verificarem que o estrangeiro não preenche, não satisfaz os pressupostos para a concessão do visto, poderão impedi-lo de desembarcar.”³¹

³⁰ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

³¹ FRAGA, Mirtô. O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p.86.

Mesmo com o visto de entrada emitido pelas repartições consulares ou sem, caso exista algum acordo internacional, a Polícia Federal no exercício de seu controle migratório, pode impedir a entrada de qualquer estrangeiro por motivo justificado pelas razões já expostas.

“Art. 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça.”³²

Entende-se por Ministério da Justiça, a autoridade migratória competente, isto é, não é necessária nenhuma portaria emitida pelo próprio Ministro da Justiça ou por alguém com delegação expressa para tal.

O visto de entrada, como se percebe, é apenas um pré-requisito. Trata-se de uma primeira triagem no controle migratório, a fim de evitar custosas repatriações no momento em que o estrangeiro chegue ao país.

“Desta forma, um Estado não pode impor a outro que seus nacionais sejam aceitos livremente, sem observância das regras a todos estrangeiros impostas – pode ser firmado acordo recíproco de flexibilização das normas de entrada de estrangeiro, mas nunca haver imposição nesse sentido”³³

O dispositivo acima também se aplica aos que são isentos de visto em função de acordos internacionais.

3.2 TIPOS DE VISTO DE ENTRADA

Os vistos são categorizados em diferentes tipos para facilitar o controle migratório. Esta classificação é feita de acordo com a atividade que será realizada pelo

³² BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

³³ HENRIQUE, Luciana da Costa Aguiar Alvez. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 29.

estrangeiro, podendo ser estendida aos seus familiares e dependentes legais para evitar o rompimento da unidade familiar.

O visto de trânsito é concedido pelo prazo máximo de 10 dias improrrogáveis, para permitir que o estrangeiro entre no Brasil caso haja necessidade de atingir outro país. Porém, não é necessário se o estrangeiro apenas vai desembarcar de avião em conexão por curto período, pois neste caso ele não vai se retirar da área de trânsito do aeroporto.

O visto de turista é para os que desejam entrar no país em caráter recreativo ou de visita. Em função de acordos internacionais, muitos estrangeiros são dispensados deste tipo de visto. O prazo máximo inicial é de 90 dias, prorrogável uma única vez por até mais 90 dias. O Art. 12 do Estatuto do Estrangeiro limita a permanência do turista em 180 dias por ano. Apesar de controverso, a Coordenação Geral de Polícia de Imigração da Polícia Federal (CGPI) entende que não se trata de ano civil, e sim o período de um ano, de forma que, a cada 365 ou 366 dias, o turista pode permanecer no país por no máximo 180 dias.

O visto temporário destina-se aos que pretendem se estabelecer no país por tempo determinado para depois regressar ao seu país de origem. Essa categoria de visto é subdividida de acordo com o número do inciso do artigo 13 do Estatuto do Estrangeiro: (I) em viagem cultural ou em missão de estudos; (II) em viagem de negócios; (III) na condição de artista ou desportista; (IV) na condição de estudante; (V) na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; (VI) na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; e (VII) na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa. Eventualmente, também é possível a transformação de alguns tipos de visto temporário em permanente.

“Art. 37. O titular do visto de que trata o artigo 13, incisos V e VII, poderá obter transformação do mesmo para permanente (art. 16), satisfeitas às condições previstas nesta Lei e no seu Regulamento.”³⁴

Desta forma, em princípio, os portadores dos demais tipos de visto temporário terão sempre um estada temporária no país, salvo condições que serão analisadas adiante.

O visto permanente é o concedido ao estrangeiro que pretende se fixar definitivamente no Brasil. É cabível a estrangeiros que desejam vir ao país para efetivar a unidade familiar, aposentados, ou para fazer investimentos, dirigir empresas, entidades religiosas ou de assistência social.

“Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil.

Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.”³⁵

O Estatuto do Estrangeiro, na realidade, enfoca a concessão do visto permanente à questão de desenvolvimento econômico que o estrangeiro qualificado pode trazer para o país.

“O país necessita de profissionais especializados, que contribuam para o seu crescimento e não de trabalhadores cuja admissão possa agravar a situação sócio-econômica, gerando desemprego para os nacionais e aumentando as tensões sociais, daí decorrentes”³⁶

Os demais casos não são previstos no Estatuto, mas são regulamentados nas resoluções do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que tem como principal motivação a reunião familiar.

³⁴ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

³⁵ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

³⁶ FRAGA, Mirtô. O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, 59.

Os vistos de cortesia, oficial e diplomático são concedidos a autoridades governamentais de outros países, conforme a natureza da entrada no Brasil, segundo os critérios estabelecidos exclusivamente pelo Ministério das Relações Exteriores.

Em função de acordos internacionais, comuns no que se trata de visto de turista, nacionais de vários países são dispensados de diversos tipos de vistos. Aos alemães e portugueses, por exemplo, alguns vistos temporários são dispensados, dependendo da atividade que se pretende realizar. Para visto temporário de negócios, que se assemelha muito ao turista no que se refere aos prazos e tratamento migratório, há uma vasta dispensa para vários países, sempre se respeitando o Princípio da Reciprocidade.

Ressalta-se que mesmo tendo o visto classificado no mesmo dispositivo do Estatuto de Estrangeiro, as possibilidades de atividades deferidas não são as mesmas, dependendo das condições que o visto foi concedido. Há estrangeiros com visto temporário de trabalho que podem receber remuneração de fonte brasileira. Outros, portando o mesmo tipo de visto, só podem receber de fonte estrangeira. Alguns podem solicitar a transformação deste visto para permanente, enquanto outros não. Assim, é importante sempre saber qual foram as condições impostas no momento em que se deferiu o visto.

4. RETIRADAS COMPULSÓRIAS

4.1 DEPORTAÇÃO

Regulada nos artigos 57 a 64 do Estatuto do Estrangeiro e nos artigos 98 e 99 do Decreto³⁷ que regulamenta a lei, a deportação consiste em obrigar o estrangeiro a sair do território brasileiro caso nele tenha entrado clandestinamente ou nele esteja em situação irregular, se esse não se retirar voluntariamente dentro do prazo fixado no termo de notificação para deixar o país.

Uma vez constatada a situação de irregularidade ou de entrada clandestina, isto é, de entrada sem a fiscalização migratória, a autoridade migratória do Departamento de Polícia Federal concederá um prazo de três ou oito dias, conforme o caso, para que voluntariamente o estrangeiro se retire do país. Isso se dá através do referido termo de notificação, e uma vez descumprido este prazo a Polícia Federal iniciará os procedimentos para a deportação do estrangeiro.

“Como se nota, o procedimento de deportação segue o rito sumaríssimo, haja vista que, uma vez constatada a irregularidade em sua estada, o estrangeiro é notificado para deixar o país, sob pena de sua saída ser realizada compulsoriamente”³⁸

Percebe-se então que a retirada compulsória em si só ocorre depois de esgotado o prazo da notificação, salvo se por conveniência aos interesses nacionais seja importante não respeitar esses prazos.

Interessante ressaltar que ao cumprir a notificação de forma voluntária, o estrangeiro não terá seu regresso proibido. Assim, ele pode simplesmente sair do país e no mesmo dia retornar, desde que cumprida as usuais normas migratórias. Caso a

³⁷ BRASIL. Decreto 86.715, de 10 de dezembro de 1981. Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.

³⁸ FLORESTANO, Miguel. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 141.

deportação seja necessária para retirar o estrangeiro do país, seu regresso também não será impedido, desde que indenize o erário pelos gastos deste procedimento.

O artigo 59 do Estatuto prevê que o custo da deportação só será pago pelo erário se o transportador, o próprio estrangeiro ou terceiros não arcarem com estas despesas. Quanto ao transportador, não se trata de uma escolha arcar ou não com este gasto. Uma vez apurada a responsabilidade do transportador pelo ingresso do estrangeiro no país de forma irregular, terá que custear todas as despesas, além de sofrer as sanções pecuniárias. É por este motivo que as empresas de transporte, principalmente as aéreas, preocupam-se bastante com as reais possibilidades de ter seus passageiros impedidos de ingressar no país de destino, antes de embarcá-los em viagens internacionais. Outra situação que esse dispositivo gera diz respeito aos clandestinos em navios cargueiros.

“Embora a Lei atual não distinga, as duas situações não podem, como concluímos na análise do art. 11, ter o mesmo tratamento. Na hipótese de clandestino, a responsabilidade é de natureza objetiva e decorre da culpa in vigilando.”³⁹

O transporte dessas pessoas de volta ao país de origem geralmente não pode ser feita na mesma embarcação, pois essa usualmente não está retornando. Então a repatriação será feita via aérea, acompanhada de policiais federais, após todas as formalidades burocráticas, que podem levar meses. Assim, além das multas, todos os custos serão arcados pelo armador do navio, desde alimentação, hospedagem e vestimenta dos estrangeiros antes da deportação se efetuar até as passagens aéreas e diárias dos servidores policiais. Como a deportação costuma ser por transporte aéreo e o deportando - que era um clandestino migrando em busca de um novo lar - resiste ao retorno, é comum que a empresa que está pagando pela viagem o incentive a retornar, oferecendo recompensa em dinheiro, afinal, se o mesmo resistir a entrar em um avião, certamente seu comandante não permitira o seu embarque. Tal prática leva a duas situações distintas: (1) muitas pessoas pobres sabendo disso procuram embarcar em

³⁹ FRAGA, Mirtô. O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p 89.

navios como clandestinos, na expectativa de migrarem para locais onde esperam ter melhor qualidade de vida, ou, na pior das hipóteses, viajarem sem custas e ainda receber valores em dinheiro; (2) empresas autorizando, informalmente, que os clandestinos em navios sejam atirados ao mar aberto, para evitar os enormes custos que eles darão à empresa. Ao relatar um pedido de *Habeas Corpus*, sobre um Capitão de navio que havia sido preso por cárcere privado de passageiro clandestino, a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli ressalta que apesar de ter privado sua liberdade o Capitão felizmente não o atirou ao mar.

“Deve-se de logo ressaltar que o nigeriano foi trazido vivo ao primeiro porto e não lançado ao mar, como ocorre com frequência acentuada em várias regiões do mundo! Não precisa ir muito longe: há pouco tempo foram registrados casos em que os clandestinos foram atirados ao mar e encontrados nas proximidades da costa do Rio Grande do Norte.”⁴⁰

O motivo mais comum de se notificar alguém para deixar o país, com possibilidade de deportação, é a estada irregular, geralmente em função do fim do prazo de estada de turista. Mas também ocorre quando o estrangeiro tem seu pedido de prorrogação ou transformação de visto indeferido ou, ainda, perde o prazo para requerê-lo. Outros casos previstos no Estatuto de Estrangeiro que ensejam a possibilidade de deportação, que não se referem à estada irregular, são em decorrência de: (a) exercer atividade não autorizada ou em local não permitido; (b) exercer atividade remunerada não permitida; (c) estabelecer firma individual, ocupar cargo de direção, gerência e administração em sociedade mercantil ou comercial, ou inscrever-se em entidade fiscalizadoras de profissão regulamentada; (d) engajar como tripulante em porto brasileiro; (e) afastar-se do local de entrada no país sem o documento de viagem e o cartão de entrada e saída; (e) outras situações.

Quanto ao país de destino no caso de deportação, o Estatuto possibilita que este seja o país de nacionalidade, de origem ou outro que aceite receber em seu território o estrangeiro retirado compulsoriamente.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Corpus Nº 1.373-CE. Relatório. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli.

“Ocorre que um dos problemas da deportação é o local para o qual deverá ser enviado o estrangeiro. Em algumas hipóteses, o país de onde veio não o aceita em retorno e as autoridades brasileiras devem enviá-lo, pois, para um país que consinta em recebê-lo.”⁴¹

Há quem defenda que é uma opção do próprio deportado, mas se os custos desta medida não forem arcados por esse, certamente a possibilidade de escolha deixa de ser viável, ao menos na prática.

Interessante dispositivo é a impossibilidade de deportação caso esta resulte em extradição não admitida pela lei brasileira. Por certo, a amplitude deste dispositivo há de ser analisada no caso concreto, considerando certos aspectos. A idéia do legislador foi evitar uma extradição camuflada na deportação.

“O deportado, destarde, não poderá ser enviado para país em que seria processado ou no qual havia sido condenado por quaisquer desses crimes, pois, na verdade, estar-se-ia possibilitando sua extradição.”⁴²

Mas se o país de destino do deportado não for o país que solicitou a extradição, em tese seria possível ocorrer. Duvida quanto a esta matéria urge quando o país de destino aceita a extradição desde estrangeiro, pois seria uma extradição indireta, portanto também violaria este dispositivo de resistência à extradição. Mais relevante ainda é o motivo da negatória de extradição.

Uma situação específica é o caso da extradição quando a sanção a ser aplicada pelo país requerente, pólo ativo da extradição, é a pena de morte. Outro caso é quando se trata de crime de baixo potencial ofensivo ou em função de falha nas formalidades procedimentais na solicitação de extradição. No primeiro caso, os princípios humanitários defendidos na Constituição da República são frontalmente ofendidos e certamente o legislador acertou em evitar a deportação. Mas no segundo caso, proibir a deportação gera uma situação incoerente. O estrangeiro que tenha cometido um furto simples, por exemplo, poderia permanecer no país mesmo estando nele irregularmente, enquanto que os que não tenham antecedentes criminais poderiam ser deportados.

⁴¹ FLORESTANO, Miguel. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 143.

⁴² FLORESTANO, Miguel. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 148.

Apesar de não ser previsto no Estatuto, as circunstâncias previstas no artigo 75, que se referem à expulsão, também se aplicam no caso de deportação. É esse o entendimento quase que unânime da jurisprudência e das autoridades migratórias. Assim, não se deporta estrangeiros que possuam prole ou cônjuge brasileiro nas condições que serão vistas adiante no caso de expulsão.

“Eis o ponto sobre o qual a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª região aponta solução diferente. [...] Ora, sendo a deportação instituto mais benéfico que a expulsão, torna-se igualmente não recomendável a deportação do estrangeiro naquela condição, mesmo que a lei silencie a respeito (TRF 4ª Região, Recurso em Habeas Corpus Ex Offício, Processo nº 200270000559026/PR, Oitava Turma, Relator Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, DJU 13/11/2002). Em outras palavras, se o instituto mais grave da expulsão não se aplica se o estrangeiro tiver filhos brasileiros, a mesma lógica deve prevalecer no que toca à deportação”⁴³

Essa fundamentação na sentença decorre de um entendimento que a deportação seria uma medida do mesmo gênero que a expulsão, isto é, de retirada compulsória, mas de menor gravidade. Tal entendimento é questionável, pois são medidas com conseqüências parecidas, mas trata-se de atos administrativos bastante diferenciados. A expulsão é um ato predominantemente discricionário do poder executivo no exercício da soberania nacional, enquanto a deportação é predominantemente um ato vinculado imposto aos estrangeiros com estada irregular no país.

“...chega-se a conclusão de que os estrangeiros, passíveis de deportação, mesmo tendo cônjuge ou filhos brasileiros dependentes da economia paterna, não podem, simplesmente por esse fato, regularizar sua situação. A Lei se faz para ser cumprida. Estima-se que o Poder Judiciário retorne à antiga orientação de não estender à deportação as hipóteses suspensivas da expulsão”⁴⁴

Independente disso, certo é vetar a deportação nestes casos, em função dos princípios de proteção à família, constitucionalmente previstos. Mais acertada é a tese defendida na jurisprudência que segue:

⁴³ BRASIL. Justiça Federal - 7ª Vara Cível de Curitiba. Mandado de Segurança nº 2007.70.00.005718-3/PR. Sentença. Juíza Federal Substituta Giovanna Mayer. 15 de maio de 2007.

⁴⁴ FRAGA, Mirtô. O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 213.

“[...] o direito brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226). Assim, a presente decisão deve ser congruente aos princípios constitucionais, dentre eles, a proteção à família. Claro está que, ao determinar a deportação da paciente ao seu país de origem, estar-se-ia separando uma família, o que feriria a Carta Magna e geraria forte abalo na família da paciente.”⁴⁵

O artigo 61 do Estatuto prevê que o estrangeiro pode ser recolhido à prisão enquanto a deportação não se efetivar. Tal possibilidade de prisão foi denominada pela doutrina como prisão administrativa, pois seria determinada por autoridade do Poder Executivo. Certamente este tipo de prisão atualmente é inviável, em função do novo texto constitucional:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”⁴⁶

Então, somente a autoridade judiciária é competente para determinar a prisão do estrangeiro que está em processo de deportação.

“Como, no caso, existe a previsão legal para efetivar-se a prisão e esta somente poderá ser determinada por ordem judicial, o natural é que caiba à Polícia Federal, órgão incumbido de executar a deportação em tais casos, requerer ao Juiz Federal competente a medida privativa de liberdade”⁴⁷

Trata-se, portanto, de uma adaptação do dispositivo supracitado, e não da sua total ineficácia devido à incompatibilidade com a Constituição de 1988. A prisão do deportando continua possível, desde que preencha todos os requisitos e seja determinada pelo juízo federal do local em que se encontra o estrangeiro.

⁴⁵ BRASIL. Justiça Federal – 1ª Vara Criminal de Curitiba. *Habeas Corpus* nº 2005.70.00.023086-8. Sentença. Juíza Federal Substituta Sandra Regina Soares. 28 de novembro de 2005.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso LXI.

⁴⁷ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas Compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p 15.

4.2 EXPULSÃO

A expulsão do estrangeiro do território nacional está prevista nos artigos 65 a 75 do Estatuto e é regulamentada nos artigos 100 a 109 do Decreto 86.715/81.

“Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;*
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;*
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou*
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”⁴⁸*

Percebe-se, no *caput* do artigo 65, que a expulsão é a medida que visa resguardar os interesses nacionais. Já o parágrafo único prevê outras possibilidades para a expulsão, que na verdade já estariam incluídas na própria amplitude da proteção dos interesses nacionais. É a forma do Poder Executivo exercer a Soberania Nacional no que se refere a retirada compulsória do estrangeiro.

“Registre-se, desde logo, que a expulsão é medida inerente ao exercício da soberania e se dirige contra o estrangeiro que se revelar perigoso à ordem e a segurança públicas. Como tal, é faculdade discricionária conferida ao Poder Executivo, não cabendo, portanto, ao Judiciário julgar da periculosidade ou nocividade do estrangeiro expulso.”⁴⁹

É o chefe do Poder Executivo Federal quem, através de decreto, resolve sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou sua revogação.

Uma vez expulso o estrangeiro, esse não poderá mais retornar ao país, até que o decreto de expulsão seja revogado pelo próprio Presidente da República ou judicialmente invalidado ou suspenso.

⁴⁸ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

⁴⁹ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Medidas Compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p18-19.

“Nesse particular, a expulsão distingue-se da deportação; ao contrário daquela, esta última não impede ao estrangeiro o seu reingresso no território nacional, desde que venha a preencher as condições necessárias.”⁵⁰

O retorno é crime previsto no Código Penal Brasileiro como Reingresso de Estrangeiro Expulso, tipificado no Capítulo dos Crimes contra a Administração da Justiça:

“Art. 338 - Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.”⁵¹

É inexpulsável o estrangeiro caso implique em extradição indireta, assim como ocorre no caso da deportação. Tal impedimento está previsto no artigo 75, inciso I.

“Cumpra apenas ressaltar que há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido que a expulsão, para fins do inciso I desse artigo, somente não seria admitida para o país em que o estrangeiro figurasse como réu em processo criminal ou já houvesse sido condenado. Assim, para tal corrente, poderia ser expulso para outro país no qual não teria cometido delito algum. Apenas restaria impedida, desta forma, a expulsão do estrangeiro para o país que tivesse requerido sua extradição.”⁵²

Não se pode utilizar da expulsão como meio de burlar a legislação relativa à extradição, mas também não se pode aplicar este dispositivo para dar, indiretamente, ao estrangeiro requerido, permanência definitiva no Brasil, unicamente porque teve pedido de extradição negado.

São inexpulsáveis também os estrangeiros que tenham cônjuge ou filho brasileiro. Tal matéria será tratada adiante dada a relevância do assunto para esta monografia.

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 273.

⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁵² FLORESTANO, Miguel. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 160.

4.3 EXTRADIÇÃO

A extradição refere-se exclusivamente a casos relacionados a estrangeiros que são processados ou condenados em outros países. Efetiva-se quando um Estado entrega para outro o estrangeiro solicitado para que este seja processado ou cumpra a execução de uma pena. Justifica-se na colaboração internacional para a repressão e combate da criminalidade. O objetivo é entregar o estrangeiro que se encontra em seu território para o estado que o solicite desde que haja competência para julgá-lo e puni-lo.

No Brasil, a extradição passiva está prevista nos artigos 76 a 94 do Estatuto e é um ato discricionário do governo. O artigo 76 determina ainda que o estado requerente tenha firmado tratado de extradição com o Brasil ou prometa reciprocidade. Caso notoriamente conhecido de negatória de extradição ocorreu quando o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte solicitou a extradição de Ronald Biggs, membro da quadrilha que assaltou o trem pagador. Foi negado porque o Reino Unido não tinha tratado de extradição firmado com o Brasil e também não aceita compromisso de reciprocidade.

“EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRATADO DE EXTRADIÇÃO CELEBRADO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA CONDENAÇÃO. 1. Se o tratado de extradição prevê que o país requerido poderá recusar o pedido, "em decorrência do lapso de tempo decorrido", compatibilizando-se assim com o preconizado no art. 77, VI, da Lei nº 6.815/80, e constatada, perante a lei brasileira, a prescrição da pretensão executória da condenação proferida pela Justiça alienígena, é de negar-se seguimento ao pedido de extradição, ficando prejudicada a possibilidade de decretação da prisão do extraditando. 2. Questão de Ordem acolhida para negar seguimento ao pedido de extradição.”⁵³

Em um segundo momento, após o Brasil e o Reino Unido celebrar acordo de extradição, foi negado em função de prescrição da pretensão executória da lei penal estrangeira perante a norma brasileira.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição QO 721 / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Questão de ordem. Ministro Maurício Corrêa. 12 de novembro de 1997.

Apesar de ser um ato discricionário do governo, o estatuto é taxativo quanto às situações em que, de forma alguma, se procederá a extradição:

“Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII - o fato constituir crime político; e

VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

§1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.”⁵⁴

Observa-se, que no §2º do referido artigo, que compete ao Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a extradição, colocando ou não o estrangeiro à disposição do Estado requerente. Tal atribuição também está expressa na Constituição da República no artigo 102, inciso I, alínea g. Da decisão do Plenário do Supremo Tribunal não cabe recurso.

“Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.”⁵⁵

⁵⁴ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

⁵⁵ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

Em função do novo texto constitucional, o inciso I do artigo 77 do Estatuto citado acima não se aplica, em princípio, nos casos que envolvam o tráfico ilícito de entorpecentes.

“Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”⁵⁶

Mas como este dispositivo exige a existência de uma lei que regule a extradição de brasileiro naturalizado antes da prática do referido crime, entende-se que até tal norma infraconstitucional seja elaborada ele não pode ser extraditado. Afinal, as normas constitucionais têm que ser consideradas de imediata aplicação quando tendem à proteção de direitos individuais, e não no sentido inverso.

E também em função da Constituição da República vigente, acrescentam-se como impedimento à extradição os crimes de opinião: “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.”⁵⁷

“... 11. Com maior razão, não de ser considerados crimes políticos, ao menos relativos, os praticados pelo extraditando, de muito menor gravidade que as de um dos precedentes, ainda que destinados à contestação da ordem econômica e social, quais sejam, o de participação simples em bando armado, o de roubo de armas, veículos e dinheiro, tudo com a mesma finalidade. 12. Uma vez reconhecida a prescrição, seja pela lei brasileira, seja pela italiana, no que concerne à primeira condenação (1 ano, 8 meses e 20 dias de reclusão) e caracterizados crimes políticos, quanto às duas outras, o pedido de extradição, nas circunstâncias do caso, não comporta deferimento. 13. Extradição indeferida. Plenário. Decisão unânime.”⁵⁸

A amplitude do crime político estende-se a outros crimes que tenham como mesma finalidade a insubmissão à ordem social do Estado requerente, por razões políticas, inspiradas na militância do estrangeiro requerido.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso LI.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, inciso LII.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 694 / IT – ITÁLIA. Ministro Sydney Sanches. 22 de agosto de 1997.

“Mas não raro acontece que a infração viola bens de um e outro tipo, e apresenta um caráter relativo ou misto; um único ato, indivisível na sua execução, provoca ofensa a valores das duas modalidades: do ponto de vista objetivo, o delito molesta o direito de um indivíduo ou do Estado como pessoa jurídica, enquanto subjetivamente ele obedece a um móvel político; enfim, pode acontecer que o delito comum ou político se encontre conexo com outros delitos políticos ou comuns, unidos de modo a se apoiarem reciprocamente numa relação de meio e fim.”⁵⁹

Essa extensão de crime político deve ser avaliada no caso concreto e de acordo com a gravidade destes crimes. Tal possibilidade de se considerar o crime comum apenas como meio para crime político, chamada de cláusula suíça por causa de uma lei suíça de 1892 que dispõem da matéria, significa que o crime comum é absorvido pelo crime político. Mas nem todos os casos podem obstar a extradição. Existem, inclusive, vários tratados de extradição dos quais o Brasil é signatário, que impedem isso devido a gravidade do crime. Terrorismo, por exemplo, não pode ser considerado crime político para efeitos de indeferimento de extradição. Também há de se considerar a segunda parte do §1 do artigo 77 do Estatuto, que evidencia que quando “o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal” a extradição não deve ser negada em função de um suposto crime político.

A extradição é requerida pela via diplomática, através do Ministério de Relações Exteriores, que a encaminha para o Ministério da Justiça. Este último órgão é que encaminha para análise e decisão do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o Estatuto, em seu artigo 81, caberia ao Ministério da Justiça ordenar a prisão do estrangeiro requerido:

“Art. 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.”⁶⁰

Como já observado no caso de deportação, tal dispositivo fere a Constituição da República, assim é o próprio Supremo Tribunal quem determinará a prisão do

⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 348.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

extraditando através do Ministro relator. A prisão pode perdurar até o julgamento final do pedido.

A Lei 9474/97 também determina que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”⁶¹ e que “a solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.”⁶² Justifica tal obstáculo à extradição em função das características próprias da figura do refúgio.

Quanto à extradição do estrangeiro casado ou com prole brasileira, o legislador se silenciou. Em princípio, assim como no caso da deportação, poder-se-ia estender esse benefício ao requerido na extradição com base no dever do Estado em proteger a unidade familiar. Mas não é esse o entendimento do STF em sua súmula 421: “Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”⁶³.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Artigo 33.

⁶² BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Artigo 34.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 421.

5. REUNIÃO FAMILIAR

5.1 FAMÍLIA

O termo “família” comporta vários sentidos. Segundo DINIZ⁶⁴ são três suas acepções jurídicas: (1) a amplíssima; (2) a lata e (3) a restrita.

No sentido amplíssimo (1), família engloba todos os indivíduos ligados entre si, seja por consangüinidade, afinidade ou até mesmo estranhos. Esses estranhos seriam pessoas ligadas à família por outro motivos, como é o caso de dependentes econômicos dos funcionários públicos federais⁶⁵ ou as pessoas do serviço doméstico⁶⁶.

Família na acepção lata, é o ente formado pelos cônjuges ou companheiros, seus filhos, parentes da linha reta ou colateral e os afins, isto é, os parentes do outro cônjuge ou companheiro.

E na acepção restrita, família é o previsto expressamente na Constituição da República, em seu art. 226. Isto é, os cônjuges e a prole. Mas, a própria Carta Magna define que para efeito da proteção do Estado serão consideradas entidades familiares a união estável entre o homem e a mulher, e a família monoparental - comunidade formada por um dos pais e seus descendentes.

Justamente contrária à idéia de DINIZ, que procura unicamente na norma jurídica a definição de família, LÔBO⁶⁷ prefere o critério da afetividade, estabilidade e ostensibilidade para a definição de família. Cabe ao Estado, a família e a sociedade propiciar os meios de realização da dignidade da pessoa humana. Isso inclui o reconhecimento da natureza de família a todas as entidades com fins afetivos. Assim uma vez que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, outras comunidades são entidades familiares e, portanto, são constitucionalmente

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-14.

⁶⁵ BRASIL. Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Artigo 241.

⁶⁶ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 1412, §2.

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano III n. 12, p. 41-55, jan-fev-mar/2002.

protegidas. Nessas se incluem as uniões estáveis homossexuais, entre concubinários com impedimento para casar, entre sujeitos com seus “filhos de criação”, etc., independentemente do caráter sexual ou econômico. As entidades familiares referidas na Constituição não encerram *numerus clausus*.

Portanto caracteriza violação do princípio da dignidade da pessoa humana qualquer interpretação que exclua as demais entidades familiares ou que as equiparem a uma simples sociedade de fato mercantil ou civil. A Constituição repele discriminações de tal natureza, então não são possíveis interpretações que não reconheçam esses outros tipos de entidades familiares. Não há modelo preferencial de entidade familiar. E se há família, há tutela constitucional.

5.2 PERMANÊNCIA

Como relatado anteriormente, o Estatuto do Estrangeiro prevê o visto permanente para o estrangeiro que venha trabalhar ou investir no país. O enfoque está no benefício econômico que ele pode gerar no país. Não há no Estatuto previsão de visto permanente para efetivar a união familiar. Da mesma forma, também não há previsão de concessão de visto temporário para tal finalidade. De certa forma, pode-se dizer que o Estatuto do Estrangeiro nem sequer trata de tal matéria. A única referência diz respeito à vedação da expulsão dos estrangeiros que tenham filho ou cônjuge brasileiro. O estrangeiro nesse caso não seria expulso, mas também não teria sua estada regularizada, até porque o artigo 38 do Estatuto proíbe:

*“Art. 38. É vedada a legalização da estada de clandestino e de irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia.”*⁶⁸

⁶⁸ BRASIL. Lei Nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências.

Então, o estrangeiro com prole ou cônjuge brasileiro não pode ser expulso, nem deportado segundo a jurisprudência dominante, mas ao mesmo tempo não poderia ter sua estada legalizada. É uma verdadeira incongruência da lei.

É justamente nesse sentido, que o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) regulamenta essa questão. O CNIg, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, conforme dispõe o artigo 129 do Estatuto, tem como objetivo coordenar e orientar as atividades de imigração.

“Seu Regimento Interno indica as seguintes competências: formular objetivos para a elaboração da política de imigração, coordenar e orientar as atividades de imigração, promover estudos nessa mesma área, levantar as necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, estabelecer normas de seleção de imigrantes, definir dúvidas e solucionar casos omissos e opinar sobre alterações legislativas.”⁶⁹

Mais uma vez fica claro que a questão de imigração ainda tem como foco principal a mão-de-obra e seleção de imigrantes, e que a questão da reunião familiar ficou marginalizada. Mas, foi justamente o CNIg que acabou por regulamentar a matéria. Atualmente a Reunião Familiar tem como fundamento jurídico infraconstitucional a Resolução Normativa 36 do ano de 1999.

Essa resolução permite a Reunião Familiar dos dependentes de brasileiros ou estrangeiros residentes temporários ou permanentes. Define, ainda, quem seriam considerados dependentes legais:

*“Art. 2º - Para o efeito do disposto nesta Resolução, consideram-se dependentes legais:
I - filhos solteiros, menores de 21 anos, ou maiores que comprovadamente sejam incapazes de prover o próprio sustento;
II - ascendentes desde que demonstrada a necessidade efetiva de amparo pelo chamante;
III - irmão, neto ou bisneto se órfão, solteiro e menor de 21 anos, ou de qualquer idade quando comprovada a necessidade de prover o próprio sustento;
IV - cônjuge de cidadão brasileiro; e
V - cônjuge de estrangeiro residente temporário ou permanente no Brasil.”⁷⁰*

⁶⁹ GAMSTRUP, Érik Frederico. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 262.

⁷⁰ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. Resolução Normativa 36, de 28 de setembro de 1999. Concessão de visto temporário ou permanente a título de reunião familiar.

Mas ao invés de ampliar o conceito de dependência legal, a resolução na verdade restringe ainda mais. Nos casos dos incisos I e III acima citados, a idade de 21 anos agora é considerada pelo Ministério da Justiça como se fosse 18, em função do Código Civil vigente. Também é considerado dependente legal o estrangeiro com idade até 24 anos, desde que esteja inscrito em curso de graduação ou pós-graduação. Então, se o estrangeiro tiver 19 anos e ao invés de cursar graduação estiver no ensino médio, o que é comum, não será considerado dependente legal. A solução de tal incongruência está no artigo 5º da Resolução, que possibilita que se considere dependente legal o incapaz de prover o próprio sustento, de forma comprovada por meio de declaração judicial ou de órgão estatal competente.

Já no caso do inciso II, caso dos ascendentes, não há um critério explícito, mas a Resolução estabelece os parâmetros que serão utilizados quando da análise do pedido: (1) que o ascendente não dispõe de renda suficiente para prover o próprio sustento e que o descendente o mantém economicamente, (2) que o ascendente não possui descendentes ou colaterais que possam prover assistência no país de sua residência, e (3) que, em virtude da idade avançada ou de enfermidade séria, necessita da presença do descendente para gerenciar sua vida.

Percebe-se, então, que a questão da Reunião Familiar está vinculada à questão de dependência econômica, e eventualmente à assistência em decorrência de enfermidade. Não se trata dos laços afetivos existentes entre os membros de uma mesma comunidade familiar. A ementa que segue refuta tal idéia:

“Qualquer ato tendente a compelir o cidadão estrangeiro, com visto de permanência expirado, que se encontra domiciliado no Brasil há mais de três décadas, a abruptamente deixar o país representa manifesta violação ao princípio da razoabilidade, sobretudo possuindo ele laços familiares que o vinculam definitivamente a esta República Federativa. [...] pois a Carta Magna, em seu art. 226, ao estatuir a proteção da unidade familiar, compreende não apenas a dependência econômica ou alimentar de seus entes, mas, principalmente, a dependência afetiva.”⁷¹

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso de *Habeas Corpus Ex Officio* nº 2005.70.00.023086-8/PR. Ementa. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. 29 de março de 2006.

Por último, há a restrição quanto ao familiar que já se encontra dentro do território nacional, pois neste caso só poderá ter sua permanência concedida se solicitá-la enquanto estiver com estada regular no país. Se não estiver mais legalmente no país terá que se retirar dele para solicitar no estrangeiro através de repartição consular. Ou retornar e solicitar enquanto ainda estiver no prazo de estada legal após novo ingresso.

“Muito embora a Resolução Normativa só faça menção ao cônjuge do cidadão brasileiro, ou do estrangeiro residente temporário ou permanente no Brasil, é certo que o companheiro nessas condições possui o mesmo direito. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sendo clara a intenção do constituinte em proteger aqueles que pretendem formar uma família. Assim sendo, não pode uma resolução normativa negar a efetividade de direitos previstos constitucionalmente”⁷²

A resolução é específica ao utilizar a expressão “cônjuge”. Não inclui como dependente legal os companheiros em união estável, nem em relação homossexual. Para tais relações, o CNIg formulou a Resolução Administrativa 05, de 03 de dezembro de 2003, que trata dos critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, ao companheiro ou companheira, sem distinção de sexo. Apesar de atender os estrangeiros nestas condições, e até mesmo inovar, são muitos os requisitos exigidos para a concessão do visto ou da permanência, impossibilitando muitas vezes o benefício que aos cônjuges é mais acessível. Dentre estas condições está (1) a prova dos meios de subsistência do residente que chama o estrangeiro, (2) o plano de saúde do chamado e, o mais complicado de todos, (3) a prova da união estável. Para este último requisito não basta uma declaração de próprio punho ou uma escritura pública. Há a necessidade de comprovação de união estável emitida por Juiz de Vara de Família, ou filho em comum com o companheiro, ou registro em cartório que prove a convivência em comum há mais de cinco anos. Também são aceitas provas da união estável por órgãos equivalentes no estrangeiro.

⁷² HENRIQUE, Luciana da Costa Aguiar Alvez. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 66-67.

Quanto à reunião familiar de estrangeiro que possua filho brasileiro, a Resolução Normativa citada também impõem que o estrangeiro esteja legalmente no país. Entretanto, para esse caso existe um parecer aprovado pelo Ministro da Justiça que possibilita, até mesmo ao estrangeiro com estada irregular, pleitear a concessão da permanência definitiva. Este Parecer elaborado pelo Consultor Jurídico do Ministério da Justiça em 1985 entende que uma vez sendo inexpulsável, não resta opção alguma que não seja conceder a permanência definitiva ao estrangeiro, mesmo que, em princípio, não se enquadre nas condições da Resolução Normativa 36/99-CNIg. Tal entendimento também é aplicável no caso do requerente ter cônjuge brasileiro.

“De fato, uma vez comprovada a condição de inexpulsável, ou, ainda, a condição necessária para a perfeição da hipótese do Parecer CJ 131/85, nada mais resta a fazer, senão conceder a permanência definitiva, sendo desprezível na espécie, a condição de saúde, os antecedentes penais ou a prova de situação empregatícia do estrangeiro, já que esses pormenores não podem frustrar a aplicação do imperativo constitucional de proteção da família pelo Poder Público.”⁷³

Além disso, retifica o entendimento anterior, que o prazo de cinco anos previsto no artigo 75, inciso II, alínea “a”, não é requisito para que o estrangeiro com cônjuge brasileiro torne-se inexpulsável.

Do exposto concluí-se que podem obter a permanência definitiva no país, mesmo estando dentro do território nacional de forma irregular, seja em função de prazo vencido ou como clandestino, os estrangeiros que tenham as condições enunciadas no inciso II do artigo 75 do Estatuto: (1) 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 cinco anos; ou (2) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dependa economicamente.

Nos casos de pedidos de reunião familiar feitas quando o estrangeiro já se encontra em território nacional, o usual é que o Departamento de Polícia Federal faça uma diligência no local de residência da família. O propósito disso é verificar a

⁷³ BRASIL. Ministério da Justiça - Consultor Jurídico. Parecer 218/85, de 2 de outubro de 1985

possibilidade de uma fraude para obtenção de permanência. E se a relação conjugal não é simulada ou se o filho está realmente sob guarda e sustento do estrangeiro.

5.3 TUTELA JURISDICIONAL

Considerando todas as incongruências e dificuldades impostas pelas normas migratórias aos estrangeiros que pretendem efetivar a reunião familiar, muitos acabam desistindo de pleitear a permanência e decidem se retirar do país ou aqui permanecer de forma irregular.

Outros conseguem se adequar às normas à custa de altos valores e de dispêndio de bastante tempo. É o caso, por exemplo, dos que têm como único impedimento à concessão da permanência o fato de estarem com estada irregular no país. Para esses, muitas vezes, basta apenas sair e, no mesmo dia, voltar ao território nacional. Apesar de tal exigência ser irracional, muitas vezes é a solução mais fácil e rápida para o problema. É extremamente comum que nesses casos o estrangeiro se desloque até a fronteira mais próxima e imediatamente depois retornem ao país como turista.

Mas há também a tutela jurisdicional, afinal o Princípio da Universalidade da Jurisdição e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ambos previstos no Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, enunciam que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como já observado anteriormente, os direitos e garantias fundamentais são igualmente válidos para os brasileiros quanto para os estrangeiros residentes. Quanto aos estrangeiros não residentes, SILVA ensina que:

“Para protegê-los, há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm que respeitar e observar, assim como existem norma legais, traduzidas em legislação especial, que definem os direitos e a condição jurídica do estrangeiro não residente, que tenha ingressado regularmente no território brasileiro. Ocorre, ademais, que o fato de a Constituição não incluir os estrangeiros não residentes não justifica sequer a possibilidade de legislação ordinária abusiva em relação a estes, pois, além da existência de normas de Direito Internacional vinculantes, o Brasil é, ainda, subscritor das declarações universal e americana dos direitos humanos, o que, agora até por força do §2 do art. 5º, lhe impõe, quando nada, a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão

supranacional que merece o mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima.”⁷⁴

E é desta forma que o judiciário tem entendido a questão, como no julgado a seguir.

“[...] O princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular de nosso sistema constitucional (art. 1º, III, CF), garante, em prol do estrangeiro não residente no país, a fruição dos direitos fundamentais decorrentes da condição de ser humano, razão pela qual o art. 5º, LV, da Lei Básica, que trata do contraditório e ampla defesa na esfera administrativa, é aplicável ao procedimento de deportação, exigindo-se a notificação prévia do alienígena, para fins de apresentação de resposta, mesmo sendo omissa o Título VIII da Lei 6.815/80.”⁷⁵

Entretanto, predomina ainda o entendimento na jurisprudência que não cabe ao Poder Judiciário conceder a permanência de estrangeiros, pois tal atribuição seria exclusivamente do Poder Executivo, em função do Princípio da Soberania e da relativa impossibilidade de controle judiciário do mérito administrativo.

“Por fim, ressalto que ressalto que escapa aos limites deste hábeas corpus a análise quanto à legalidade da multa aplicada e à própria função jurisdicional qualquer decisão sobre a concessão ou não de visto permanente à paciente”⁷⁶

Os inúmeros mandados de segurança e *habeas corpus* preventivos impetrados têm como principal demanda a suspensão dos atos tendentes à deportação, enquanto o processo administrativo que pleiteia a permanência é analisado. Isso ocorre porque à luz unicamente do Estatuto do Estrangeiro, uma vez constatada a estada irregular, e não havendo motivo excludente de expulsão, também aplicável à deportação, o prazo dado ao estrangeiro para que se retire do país é improrrogável e não ultrapassa oito

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 196.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recurso *Ex Officio Habeas Corpus* Nº 946. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. 11 de fevereiro de 2000.

⁷⁶ BRASIL. Justiça Federal – 1ª Vara Federal Criminal de Curitiba. *Habeas Corpus* Nº 2007.70.00.024498-0/PR. Sentença. Juíza Federal Substituta Sandra Regina Soares. 11 de setembro de 2007.

dias, independentemente de existir pedido de permanência tramitando na esfera administrativa.

“PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EX OFFICIO. ESTRANGEIROS EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO BRASIL. ESTIPULAÇÃO DE MULTA FIXAÇÃO DE PRAZO (8 DIAS) PARA DEIXAREM O PAÍS SOB PENA DE DEPORTAÇÃO. DECISÃO QUE, CONFIRMANDO LIMINAR, DETERMINA A EXPEDIÇÃO DE SALVO CONDUTO ATÉ O TÉRMINO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM QUE SE ANALISA PEDIDO DE VISTO PERMANENTE. A prova previamente constituída e juntada aos autos demonstra que os pacientes têm intenção de fixar domicílio no país e que, muito provavelmente, o visto permanente será concedido, estando pendente de resolução do Ministério da Justiça a solução da controvérsia. Correta a sentença que, diante das peculiaridades do caso concreto, determina a concessão de salvo conduto e confere a ordem para evitar a deportação até que solvida a questão na esfera administrativa atinente ao visto permanente.”⁷⁷

Alguns julgados também consideram que a simples manifestação da vontade em pleitear administrativamente a permanência definitiva já basta para que não se prossiga com a deportação. Essa manifestação apresenta-se nas petições que dão início aos *habeas corpus* e mandados de segurança para suspensão dos procedimentos anteriores a deportação, isto é, a notificação para deixar o país. O entendimento é de que a deportação é medida extrema e que todas as possibilidades administrativas para que ela não ocorra devem ser oferecidas aos estrangeiros, salvo se houver fundada justificativa para entender que estes oferecem algum tipo de risco a ordem pública.

“[...] tenho que o indeferimento da liminar [do habeas corpus], neste momento, culminaria na impossibilidade de a paciente exercer o direito de regularizar sua situação perante a imigração brasileira, já que em oito dias deverá deixar o território nacional. [...] Sendo assim, como o i. Defensor Público sinalizou na inicial a intenção da paciente em requerer o visto permanente, tenho por bem conceder a ela o prazo de 90 (noventa) dias para tentar regularizar a sua situação no território nacional, bem como comprovar nos autos que possui residência fixa e ocupação lícita.”⁷⁸

O que o Judiciário tem decidido, em quase todas as ações impetradas, é que seja garantido ao estrangeiro o direito de peticionar ao Poder Público, com acesso a ampla

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso *Ex Officio Habeas Corpus* Nº 2007.04.00.012428-5/PR. Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado. 27 de junho de 2007.

⁷⁸ BRASIL. Justiça Federal – 1ª Vara Federal Criminal de Curitiba. *Habeas Corpus* Nº 2007.70.00.024446-3/PR. Liminar. Juíza Federal Substituta Sandra Regina Soares. 22 de agosto de 2007.

defesa e ao contraditório. Para isso suspende os atos tendentes à deportação, até que o processo administrativo defina pela concessão ou não da permanência definitiva. E não poderia ser de outra forma, pois tais direitos são garantias expressas na Constituição da República e os estrangeiros que estejam em território nacional são certamente destinatários destas.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho consistiu em discutir o conflito entre o direito de o estrangeiro permanecer no país com sua família e a faculdade da Administração Pública em conceder, ou não, a permanência definitiva deste no país. A vontade do Estado, manifestado pelos atos da Administração Pública, tem evitado a entrada de estrangeiros, ou forçado sua saída do território nacional, mesmo que isso resulte na dissolução da unidade familiar. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário pouco interfere na questão da permanência definitiva de estrangeiros, pois entende que isso viola o Princípio da Soberania e a impossibilidade de controle judicial no mérito dos atos administrativos, pois é justamente essa não interferência que garante a divisão dos poderes. Mas não há interferência de poderes quando se trata de ato ilegal. E é justamente essa a questão. Os atos administrativos devem seguir o Princípio da Legalidade estrita, mas esse princípio não é absoluto e se desdobra em outros. Em especial o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. O direito tem o propósito de proteger as pessoas e a sociedade de violações em seus bens de vida. Mas quando a aplicação do direito demonstra-se ineficiente nessa proteção, ou é a causa da violação de outros bens de vida mais relevantes, é necessária ponderação em sua aplicação literal.

No cumprimento estrito do Princípio da Legalidade, ou no exercício da Soberania do Estado, não se pode negar o Princípio da Realização da Dignidade da Pessoa Humana, que como foco principal deste trabalho o permeou durante todo seu desenvolvimento, é o fim último a que se destinam todos os princípios, sejam esses internacionais, constitucionais, infraconstitucionais, morais ou éticos.

Se a legislação é deficiente e falha em garantir a permanência definitiva aos estrangeiros que possuem família residindo no país, não significa que esses não têm esse direito. Ele está claramente previsto na Carta Internacional dos Direitos Humanos, na Convenção sobre os Direitos da Criança, em diversos outros acordos e tratados internacionais e na Constituição da República.

Não é aceitável, por exemplo, deportar um estrangeiro que tem companheiro ou companheira residente no país, apenas porque perdeu um prazo ou porque não obteve determinado documento exigido pela Administração Pública. Trata-se da unidade de uma família e não do licenciamento de um veículo automotor ou da expedição de alvará de construção civil. Uma medida de consequências drásticas que resultam na dissolução de uma família não pode ser tomada de forma arbitrária em uma compreensão restritiva e literal de normas infraconstitucionais e administrativas que já se demonstram ultrapassadas. Normas inclusive com flagrante inconstitucionalidade como é o caso da não equiparação da união estável com o casamento no que se refere ao dever do estado de protegê-lo, ou do tratamento desigual de estrangeiros domiciliados no país com os nacionais, no que tange a proteção de seus direitos fundamentais.

Os direitos humanos devem prevalecer. Não de forma absoluta e desmedida, pois para tudo há exceções. Mas essas exceções somente são justificáveis se houverem outros direitos de igual ou maior valor em conflito, tal como ocorre na extradição ou no risco à segurança nacional ou pública.

O Poder Legislativo necessita rever o Estatuto do Estrangeiro e as políticas migratórias. O modelo criado durante o período de governo militar não é mais apropriado. A migração de estrangeiros não oferece perigo à segurança nacional como entendiam os governantes militares na época da guerra fria e da existência do bloco comunista. A vinda de investidores e especialistas não pode ser a única possibilidade para aceitar a permanência definitiva de estrangeiros. A unidade familiar é uma justificativa mais que suficiente para concessão da permanência definitiva.

Ao Poder Executivo cabe reformular as normas de natureza administrativas formuladas pelo Conselho Nacional de Imigração e ao mesmo tempo superar a idéia de que o Princípio da Legalidade estrita significa a aplicação literal de dispositivos legais de forma isolada. As autoridades administrativas não devem se abster de respeitar os princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, o direito de ampla defesa e ao contraditório. Os regulamentos estabelecidos pela

administração ao serem aplicados literalmente se manifestam muitas vezes ilegais, conforme a jurisprudência tem demonstrado.

E, por fim, o Poder Judiciário deve ousar atacar as arbitrariedades cometidas pela Administração Pública. Isto não atinge o mérito dos atos administrativos em si, mas sua legalidade frente aos Direitos Humanos. A função jurisdicional existe para proteger o que há de mais importante em um estado democrático de direito: o ser humano em toda sua plenitude.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ARAÚJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FLORESTANO, Miguel. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- FRAGA, Mirtô. O novo Estatuto do Estrangeiro comentado. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.
- GAMSTRUP, Érik Frederico. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- HENRIQUE, Luciana da Costa Aguiar Alvez. *In: FREITAS, Vladimir Passos de (org). Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade. Campinas: Millennium Editora, 2006.*
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *In: Revista Brasileira de Direito de Família. Ano III n. 12, p. 41-55, jan-fev-mar/2002.*
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MORAES, Alexandre, de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2006
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- SACRAMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In MELLO, Celso de Albuquerque (org). Anuário: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.