

A PROIBIÇÃO DE EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE PROHIBITION OF EXPULSION OF FOREIGNERS WITH CHILDREN IN BRAZIL: APPARENT CONFLICT OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Ana Paula Morais Galvão Pignataro*
Yara Maria Pereira Gurgel**

Resumo: O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, entendeu que seria proibido expulsar estrangeiros que tivessem filhos no Brasil, o que foi alvo de recurso ao Supremo Tribunal Federal, sendo admitida a repercussão geral do caso pela importância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. O presente trabalho visa averiguar se a solução dada está em consonância com a moderna Hermenêutica Constitucional e os ditames do neoconstitucionalismo. Para tanto, analisar-se-á os princípios aparentemente conflitantes (em especial, o da soberania nacional e o da dignidade da pessoa humana), buscando, através da inserção de novos valores, a relativização do conceito de Estado Soberano, e pela interpretação sistemática da Constituição, concretizar ao máximo os mandamentos da Carta Maior, restringindo minimamente os direitos. Com isso, adequa-se a legislação ordinária aos ditames da ordem constitucional e internacional.

Abstract: The Superior Court of Justice recently considered that it was prohibited to expel foreigners who have children in Brazil, which was appealed to the Federal Supreme Court, that admitted the general repercussion of the case, from the standpoint of economic, political, social and legal issues. This article try to give a solution that is compactible to the modern constitutional hermeneutics and to the ideias presentes in neoconstitutionalism. To do so, will examine the conflicting principles (in particular, national sovereignty and dignity), seeking, by including new values, with the relativization of the concept of sovereign state, and the Constitution's systematic interpretation, fulfill the constitutional commandments, minimally restricting rights. Also, try to adequate the ordinary legislation to the dictates presentes in Constitution and in the international law.

Palavras-chaves: Expulsão; Conflito aparente de direitos; Soberania; Dignidade.

Keywords: Expulsion; Apparent conflict of rights; Sovereignty; Dignity.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte; Assistente Ministerial da Coordenadoria Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

** Doutora em Direito, subárea Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora Adjunto II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

1- INTRODUÇÃO

Recentemente foi admitida a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário (RE 608898) contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça de proibir a expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil, mesmo contrariando a regra do Estatuto do Estrangeiro. No caso proposto, a norma que regula o tema prevê que só haveria o impedimento de retirar compulsoriamente esse estrangeiro quando o filho fosse anterior ao fato que gerou o decreto expulsório. A Constituição, contudo, tem como fundamento, além da soberania, que fundamentaria a expulsão do estrangeiro, a dignidade da pessoa humana, se propondo a dar especial proteção à família e à criança, independentemente se nacional ou não, adstringindo-se exclusivamente à sua condição de ser humano.

É visível, então, um conflito aparente entre a soberania nacional e o princípio da dignidade da criança, bem como seu direito à identidade e à convivência familiar. Essa análise é necessária para consagrar a paz social e o desenvolvimento regular do menor, bem como verificar se o Estado está dando a atenção especial à entidade familiar, conforme se propõe em seu art. 226.

O presente trabalho busca averiguar se a solução dada pelo Tribunal Superior corresponde aos anseios da sociedade plural, estando em consonância com a Constituição e os valores e princípios por ela consagrados, sob a ótica do neoconstitucionalismo. O artigo também verifica as dificuldades trazidas para a efetivação dos bens jurídicos tutelados no novo molde, especialmente do estrangeiro, sujeito de direitos, e a forma de aplicação dos princípios constitucionais, mantendo a supremacia e unidade da Constituição.

Sendo assim, propor-se-á uma nova ótica dos valores e princípios em exame, assegurando uma interpretação sistemática da Constituição e das normas legais, buscando trazer critérios objetivos que concretizem os valores e princípios abstratos (através de uma nova roupagem ao conceito antigo de soberania), permitindo o desenvolvimento do sistema constitucional e o balanceamento dos interesses da sociedade plural.

Por fim, percebe-se a importância do tema, sob o ponto de vista econômico, político, social e jurídico, de forma que se deve buscar uma solução conciliatória que harmonize os direitos dos estrangeiros e dos nacionais que tenham relações de afinidade com eles.

2- O NEOCONSTITUCIONALISMO E A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O Direito surge como um sistema de normas coercitivas que procuram dirimir ou diminuir os conflitos de interesses na sociedade. Essas normas não surgem por si mesmas, através de uma autopoiése, mas se integram em um conjunto uno e coerente, qual seja, o ordenamento jurídico, o qual tem por vértice a Constituição(MORAIS, 2000).

O movimento constitucionalista refere-se ao processo histórico de consagração dessa Constituição, a qual seria o corpo normativo máximo, restringindo o poder político e garantindo os direitos fundamentais. O Neoconstitucionalismo, segundo Comanducci (2005) e Carbonell (2005), evolução do movimento constitucionalista (baseado em uma ideologia pós-positivista), propõe uma “constituição invasora”, regulando diversos aspectos da vida social. Nesse modelo, há uma reaproximação entre Direito e Moral, pois, para abarcar os valores da sociedade, a Constituição se torna o resultado do compromisso de uma pluralidade de interesses, ficando mais ampla e aberta. Ganha destaque os direitos fundamentais, as diretrizes e programas a serem realizados.

Valores como liberdade, justiça e solidariedade, nesse contexto, passam a ser considerados elementos primeiros do Direito (CUNHA, 2004), orientando a elaboração e interpretação do sistema jurídico, construindo a ética da sociedade, fundamentando deveres, e garantindo-lhe autonomia axiológica.

A Constituição Federal, então, como documento supremo do sistema normativo, seguindo o modelo construtivista da moral, requer a criação de um sistema aberto de regras e princípios (CANOTILHO, 2000), desde que mantenha a textura aberta de suas normas, para se adequar às constantes mudanças sociais. Seguindo essa concepção, portanto, qualquer sistema jurídico necessita de regras claras e princípios que expressem os valores da sociedade. Ademais,

(...) Em virtude de sua referência a valores ou de sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios tem uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm idoneidade irradiante que lhe permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional (...). (CANOTILHO, 2000, p. 1127)

Canotilho (2000, p. 1146) alerta que “o consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o

pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”. Assim, em muitas ocasiões, as normas constitucionais podem vir a conflitar, mas, considerando esse contexto mais humanista¹, a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio capaz de garantir uma unidade entre esses valores no ordenamento, permitindo criar uma lógica sistemática entre os institutos jurídicos.

O exercício hermenêutico, nesse contexto, se torna primordial, exigindo um maior esforço de compreensão do texto constitucional e de sua atualização. A interpretação do texto constitucional é um processo dinâmico e acompanha a evolução social. Ela exige uma constante aprovação para a correta adequação do sentido do texto a ser oferecido pelo contexto social, pois isso permitiria conciliar com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e crescem, atualizando-se.

Vale destacar que a Constituição busca resolver problemas complexos, abarcando a tentativa de convivência harmônica entre diversos grupos, mas não permitindo que esse pluralismo distorça a identidade do projeto constitucional. Para Sanchez (2010), a tolerância democrática é uma virtude, que deve ser querida e ponderada pelo constitucionalismo genuíno, tendo em vista, especialmente, os direitos fundamentais da pessoa, que devem funcionar como o horizonte ou tela de fundo para a germinação dessa virtude.

3- DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APARENTEMENTE CONFLITUOSOS EM QUESTÃO: SOBERANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

O constitucionalismo atual vive a necessidade de assegurar de forma mais ampla os direitos humanos (mesmo que, em alguns casos, se queira entendê-los como simples declarações e recomendações). Tanto que, desde a segunda metade do século XXI, busca-se

¹ Fruto principalmente da superação do positivismo exarcebado e da consagração das Declarações de Direitos Humanos, após a Segunda Guerra Mundial, em que se verificou os abusos cometidos e passou a ganhar destaque o princípio da dignidade humana, com uma clara inspiração kantiana. Para facilitar o entendimento deste “novo” período constitucional, aconselha-se a leitura de BARROSO; BARCELLOS, 2003. p. 107. Referidos doutrinadores afirmam que o pós-positivismo, denominação que entendem ser provisória, designa um ideal difuso (resultado da superação do Jusnaturalismo e fracasso do Positivismo – especialmente depois que os movimentos políticos e militares, como o Nazismo, afirmaram que tudo o que fizeram, mesmo as maiores barbáries e atrocidade, foram em nome da lei, em consonância com a legalidade). Neste ideal se incluem a relação entre valores, princípios e regras, juntamente com a teoria dos direitos fundamentais, cujo fundamento primordial é o princípio da dignidade humana. No mesmo sentido: MORAES, 2006.

garantir a efetividade da Constituição e das Declarações de Direitos, no âmbito internacional e nacional.

Dentre os princípios constitucionais presentes para a temática proposta, a soberania e a dignidade da pessoa humana merecem destaque, devendo ser proposta uma visão que assegure os valores protegidos.

Reza a Carta Maior de 1988 que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Segundo Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 295-296), a soberania necessita do compromisso constitucional de preservação da unidade material da Constituição. Assim, em sua concepção,

Cai por terra o discurso de defesa da rigidez da soberania, em desfavor da política constitucional e internacional de defesa dos valores e direitos fundamentais. A formulação teórica do Estado soberano, construído com fundamento nos ensinamentos de Bodin, Hobbes, Maquiavel, Schmitt e Kelsen, entre outros, comporta ajustes decorrentes da abertura da sociedade universal, proveniente, entre outros, da globalização.

Portanto, se propõe uma superação do conceito clássico de Estado-Nação, considerando que a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional foram afetados pela nova sociedade global, o que implica no reconhecimento do caráter universal do Homem, principal elo de ligação das diversas Constituições estatais à nova ordem jurídica, e que harmoniza os sistemas.

Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Rogério Tiar (2010). Para ele, a soberania, prevista no artigo 2º, item 1, da Carta das Nações Unidas, que se funda na igualdade soberana de todos os membros, continua sendo o “poder supremo que qualifica determinado Estado diante dos demais”(TAIAR, 2010, p.11). Contudo, entende que, dentro desse conceito, houve a inserção da proteção dos Direitos Humanos, em especial da dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade é proclamada como valor supremo que alicerça a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional.

A ideia de uma igual dignidade pessoal que seria atribuída a todo ser humano, pelo simples fato de pertencer a essa espécie, foi concebida inicialmente pelo cristianismo, se desenvolvendo pela filosofia, especialmente entre os teóricos modernos, como Hobbes, Locke e Kant. Esse último, ressalte-se, entendia que, no mundo social, existiria duas categorias de valores, quais sejam, o preço, valor exterior e que se manifesta nos interesses particulares, comum nas coisas; e a dignidade, valor interior, fruto da moral, e que seria de interesse geral, sendo encontrado nas pessoas. O valor moral, diferentemente da mercadoria, não pode ser substituído por outro equivalente, de modo que se defende a exigência de nunca transformar o homem em um meio para se atingir um determinado fim (MORAES, 2006, p. 115-116).

Vigora, contudo, nos dias atuais, o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, com conteúdo impreciso (NOVAIS, 2011, p. 61), merecendo destaque a lição produzida por Jorge Novais, para quem:

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos (NOVAIS, 2011, p. 53).

Para melhor compreender esse conceito, sugere Maria Celina Bodin (2006, p. 119) que essa dignidade, como substrato material, teria quatro postulados, quais sejam, o sujeito deve reconhecer a existência dos demais sujeitos como iguais a si; portanto, merecedores do mesmo respeito e proteção de sua integridade psicofísica; com a verificação de que todos são dotados de vontade livre, podendo se autodeterminar; e, por fim, por ser parte de um grupo social, possuem a garantia de não serem marginalizados.

Para Jorge Miranda (2000, p. 183-184), a dignidade da pessoa humana, mesmo se reportando a todas as pessoas, é sempre de uma pessoa individual e concreta; surge desde a concepção; é da pessoa enquanto ser da espécie humana, se referindo a homens e mulheres; que mesmo vivendo em relação comunitária, deve ser reconhecida a dignidade de cada pessoa pelos demais membros do grupo; ela é da pessoa e não do grupo comunitário ou da situação em que vive; o primado é do ser, prevalecendo a liberdade sobre a propriedade; ela justifica a busca pela qualidade de vida; a proteção deve se dar não apenas internamente, mas universalmente; pressupõe, por fim, a autonomia vital da pessoa.

Mesmo que seja difícil compreender qual seria o seu conteúdo inerente, deve-se resguardar o valor da pessoa humana e o incondicional respeito a sua dignidade. Esta seria violada sempre que a pessoa fosse reduzida ao nível de uma coisa ou objeto, deixando de ser encarada como sujeito autônomo e fim em si mesmo, sendo tratada como instrumento para realização de fins alheios (NOVAIS, 2011, p. 57). Ressalte-se que, como já mencionado, esse princípio ganha maior relevo quando, em caso de conflito entre princípios de igual importância, socorre o aplicador do direito, ao atuar como “o fiel da balança, a medida da ponderação” (MORAES, 2006, p. 119), de modo que será assegurado o valor justiça, sempre que a relativização ou a ponderação ocorrer de forma adequada.

Assim, é possível falar-se em um abrandamento ou relativização da soberania, para se proteger a dignidade do ser humano, sem que isso imponha a falta de defesa dos valores básicos da Constituição Federal, mas sim de uma complementação dos enunciados, permitindo uma proteção mais ampla, afinal ambos são fundamentos da República Federativa. Este abrandamento é um meio de permitir a efetivação dos valores e direitos fundamentais, pois “a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida no bem-estar dos seus cidadãos” (NOVAIS, 2011, p. 12).

Ademais, os princípios que regem as relações internacionais e a política universal de proteção dos direitos do homem são as reais bases jurídicas do texto político. Nesse sentido, é a conclusão de Bonifácio (2008, p. 300):

No primeiro bordo, os princípios da soberania, da reciprocidade, da não-intervenção e da resolução pacífica dos conflitos e da igualdade entre os Estados de há muito fundamentam as relações entre os Estados e representam pilares no estudo do direito internacional público. De outro lado, havemos que nos quedar a um truísmo contemporâneo, no caso o dever incumbido aos Estados de tutelar os direitos humanos, como algo que se situa acima das concepções clássicas de enfrentamento das questões internacionais.

Considerando a necessidade de proteção aos direitos humanos aludidos e a integração do texto constitucional na visão dos valores intrínsecos ao sistema vigente, deve o aplicador do direito utilizar todos os meios para efetivá-los, passando a soberania a ser vista também e principalmente pela perspectiva do cidadão, a depender do caso concreto e dos aspectos valorativos envolvidos, mas sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana, para não transformar o ser humano em meio para atingir os fins estatais.

4- DA EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO COM FILHOS NO BRASIL: CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS SOB O PRISMA SISTÊMICO CONSTITUCIONAL.

O estrangeiro é aquele indivíduo que possui vínculo de nacionalidade com um Estado, mas que esteja, provisória ou definitivamente, vivendo no território de outro. Compete ao Estado soberano atuar frente a esse indivíduo, podendo limitar sua estadia, permitir ou não sua entrada, mas sempre observando sua condição de sujeito de direitos, devendo ser respeitado como tal.

A lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, regula a situação jurídica desse indivíduo no Brasil. Segundo o artigo 65 da referida lei², o estrangeiro pode ser expulso do país quando, de alguma forma, viole ou ofenda uma norma de conduta ou lei local através da prática de atos contrários à segurança ou à tranquilidade. Assim, será retirado do território nacional aquele que é tido como nocivo ou inconveniente aos interesses do país.

Vale frisar que algumas dessas previsões são bastante genéricas e subjetivas, de modo que, nos casos em que essa medida for necessária, deve-se analisar a situação sob a ótica dos princípios consagrados na Constituição Federal.

Ocorre que o processo administrativo que gera essa medida repressiva leva certo tempo para ser concluído. Ele deve ser processado pelo Ministério da Justiça (podendo o Poder Judiciário intervir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Maior), sendo decretada pelo Presidente da República, após análise discricionária da necessidade. Assim, nesse período, pode o estrangeiro constituir família, ter filhos brasileiros sob sua guarda e dependência.

A referida lei prevê que só não é admitida a expulsão quando o estrangeiro estiver casado a mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou quando tiver filhos anteriores ao fato que motivou sua retirada do país³.

² Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

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.

³ Art. 75. Não se procederá à expulsão:

- I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou
- II - quando o estrangeiro tiver:

A Constituição Federal, entretanto, protege a família e os filhos, de modo especial, sem prever qualquer condicionante ou limitação para tanto, em especial no que tange a qualquer membro da entidade familiar constituída. Cumpre transcrever sua previsão:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 4º, 19 e 22, especialmente, estabelece os direitos à identidade, à dignidade, bem como o da convivência familiar e comunitária, etc. Isso está em consonância ainda com a Convenção sobre os Direitos da Criança, recepcionada pelo Brasil (Decreto 99.710/90), e que busca evitar prejuízos maiores a essa pessoa em desenvolvimento.

Nas palavras de Leal (Apud ARAGÃO; VARGAS, 2005, p. 28),

Há liberdade de locomoção e de escolha, mas, principalmente, há direito à vida, à dignidade, à proteção integral devida pelos pais, sociedade e Estado. Não existem direitos absolutos. As limitações protetivas se impõem como obediência à própria Constituição, como expressão de respeito à personalidade em formação das crianças e dos adolescentes. A liberdade mal exercida na infância gera efeitos irreversíveis. As deformações da personalidade perpetradas aos que contam poucos anos de vida não se apagam. Deturpam a criança, deturpam o adulto em que se tornará.

Desse modo, o interesse maior da criança e do adolescente deve ser verificado em todas as ações que interfiram na sua criação no seu lar, com sua família, só cabendo uma separação dos pais quando efetivamente necessária ao menor. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, esses indivíduos em desenvolvimento gozam da dignidade

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

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

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

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

inerente a todo ser humano, e, por serem especialmente vulneráveis, precisam de um tratamento diferenciado⁴, de uma proteção maior, tendo precedência seus direitos e prerrogativas.

Nesse sentido, é que se diz que, por razão de justiça material e pelo princípio da igualdade substancial, as particularidades da situação concreta, no caso, os interesses dos menores que possuem menor capacidade de se protegerem, devem ser observadas, mesmo que isso implique em dar um tratamento diferenciado e individualizado (NOVAIS, 2011, p. 107).

Na mesma linha está a Declaração Universal dos Direitos da Criança que, em seu princípio 2º, determina que:

A criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na edição de leis para esse propósito, o melhor interesse da criança deve ser a consideração superior. (tradução livre)

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu artigo 19, estabelece que “toda criança terá direito às medidas protetivas que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Assim, percebe-se um compromisso, tanto interno, quanto internacionalmente, de velar pela dignidade da criança, garantindo sua proteção integral, de modo que se permite inclusive atuar além da lei, como ora se propõe.

A criança, para ter uma vida digna, necessita do sustento, guarda e proteção de seus pais, pois sua dignidade reside em aspectos basilares de suas vidas como “saúde, alimentação, água potável, vestuário, moradia, paz espiritual, educação e renda” (LAMENZA, 2011, p. 66). Tudo isso, para ser proporcionado, deve ter a contribuição de seus ascendentes, mesmo que com a ajuda da sociedade e do Estado.

Assim, cumpre verificar se a previsão do Estatuto do Estrangeiro foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e qual a forma de interpretação sistemática permite a consagração dos valores da dignidade da pessoa humana, da soberania do Estado brasileiro, com a proteção à família e à criança.

Barroso e Barcellos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 116) afirmam que, dentro do modelo aberto de regras e princípios em que a Constituição foi criada, influenciada

⁴ Conforme ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, já mencionada, o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, especialmente na chamada igualdade substancial, de modo que haveria um “direito à diferença”, ou seja, deve-se “tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade”. Senão, veja-se em MORAES, 2006, p. 120.

pelo pós-positivismo e pelo neoconstitucionalismo, a Carta Maior tornou-se um documento dialético, tutelando valores e interesses que podem conflitar, bem como os princípios que os consagram, com certa frequência, entram em “rota de colisão”.

Pelo exposto, percebe-se que, no caso de estrangeiros que tiveram filhos após o ato que motivou sua saída compulsória, há um conflito aparente entre a soberania estatal e o princípio da dignidade humana, especialmente para a proteção dos interesses das crianças envolvidas.

Para garantir a efetivação desses mandamentos constitucionais, exige-se uma interpretação (princípio da unidade da constituição) que assegure ao máximo o exercício dos direitos em conflito, restringindo-os minimamente, sem atingir seu núcleo essencial⁵. Para tanto, é necessário verificar que os valores são densificados pelos princípios que explicam seu conteúdo, os princípios se incorporam em disposições específicas que trazem os pressupostos para sua aplicação e as consequências jurídicas são tipificadas com maior precisão, em um processo que vai seguindo por todo o ordenamento jurídico (LUÑO, 2010; e CANOTILHO, 2000).

Pelo exposto, percebe que os fundamentos da República (valores estabelecidos pelo poder constituinte originário como supremos) são melhores compreendidos quando conectados entre si, bem como ganham melhor clareza quando interpretados com os demais princípios e regras previstas na Constituição e demais leis. A interpretação sistêmica da Constituição, em que as distintas normas constitucionais ganham seu sentido não apenas da adequação ao postulado por valores e princípios fundamentais, mas também pela possibilidade de unir-se a outras normas específicas constitucionais, ajudam a compreender o sentido lógico e objetivo do texto fundamental em seu conjunto.

Uma interpretação, seguindo os parâmetros propostos e considerando os princípios e regras constitucionalmente estabelecidos de proteção à criança, do ECA e do Decreto 99.710/90, todos integrantes do ordenamento jurídico, permite asseverar que o artigo 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro não se coaduna com o quadro normativo exposto.

Desse modo, necessário compreender a soberania do país, que lhe assegura o direito de expulsar o estrangeiro, nos moldes ora estabelecidos, ou seja, observando o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento.

Necessário destacar que essa foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, nos Embargos Declaratórios, no Habeas Corpus nº 115.603 do Distrito

⁵ Para melhor compreender este “núcleo essencial”, sugere-se o artigo: BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 112.

Federal. Nesse processo, o qual foi alvo de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (cadastrado sob o número RE 608898), tendo este decretado sua repercussão geral na forma da lei⁶, se questionou se a concepção de filhos brasileiros posteriormente ao fato motivador do ato expulsório seria fator impeditivo dele. Pela interpretação sistemática do dispositivo da lei em face da legislação superveniente, entendeu a Corte Superior que seria proibida a expulsão pela necessidade de tutela dos interesses da criança.

Correta, então, a conclusão apontada, o que se espera ver repetido em sede do Supremo Tribunal Federal⁷, já que é a que mais repercute na sociedade. Sendo seu papel proteger a Constituição, e tendo o Judiciário ganhado maior destaque com a nova hermenêutica constitucional e com o neoconstitucionalismo, cabe ao magistrado, especialmente aos do Guardião Supremo, nos termos da teoria da leitura moral de Dworkin (2002), se considerar como sócios uns dos outros, dando coerência a essa moralidade constitucional.

Por fim, acrescente-se que a lei é anterior à Constituição, de modo que pode, através dessa interpretação, dar uma interpretação conforme o texto maior, com redução parcial do texto, estendendo a proibição para todos os casos em que o estrangeiro constituir família no Brasil.

5- CONCLUSÃO.

Pelo exposto, conclui-se que o Direito, como sistema normativo que se integra em um conjunto uno e coerente e que tem a Constituição como ápice, deve ser interpretado de forma a manter o espírito valorativo desse sistema.

O exercício hermenêutico é, portanto, essencial. A interpretação do texto constitucional deve ser um processo dinâmico, de forma a acompanhar a evolução social. Exige-se uma constante reanálise para poder sempre adequar o sentido do texto ao contexto

⁶ O art. 102 da Constituição Federal determina que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Assim, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal só se ocupe de questões relevantes para a Nação.

⁷ Acredita-se que o STF seguirá o mesmo posicionamento, considerando a Súmula 1 (É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna) desse Tribunal.

social, conciliando a interpretação com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e atualizam, tal qual a situação concreta referida.

Assim, propõe-se uma nova visão do conceito do princípio da soberania, o qual pode vir a ser repensado posteriormente, mas que se adequa aos anseios do neoconstitucionalismo. Há uma superação do conceito clássico de Estado soberano, pela inserção da dignidade da pessoa humana, implicando no reconhecimento do caráter universal do Homem, de maneira não a negá-lo ou confrontá-los, mas sim a observá-los diante de valores diferentes, estabelecidos pela ordem constitucional contemporânea exigida pela sociedade.

A dignidade da pessoa humana, nesse contexto, é o valor supremo que embasa a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional. Apesar de seu conceito aberto e indeterminado, refere-se à necessidade de se observar a importância da pessoa humana e o incondicional respeito a sua dignidade, servindo esse princípio, em caso de conflito entre princípios de igual importância, como o elo ou a medida para a ponderação.

O estrangeiro, devido à soberania de que goza o país, pode ter sua saída compulsória decretada, sendo expulso quando é tido como nocivo ou inconveniente aos interesses do país. Ocorre que, entre o fato que motivou a expulsão e a efetiva saída, pode esse indivíduo constituir família, instituindo laços afetivos que podem ligá-los a outros indivíduos, fato por si só merecedor de uma visão diferenciada.

A Constituição Federal protege a família e os filhos, de modo especial, tendo ainda a dignidade da pessoa humana como fundamento. Saliente-se que neste aspecto a Constituição protege direitos fundamentais sem promover qualquer tipo de limitação aos mesmos, ao passo que o Estatuto do Estrangeiro o faz. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, recepcionada pelo Brasil (Decreto 99.710/90), entre outras declarações e convenções também incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, protegem a pessoa em desenvolvimento, não olvidando que a recepção no ordenamento jurídico interno destas normas internacionais detém patamar hierárquico constitucional, a teor do constante no parágrafo segundo do art. 5º da CF/88.

Para garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais e a consagração dos valores espalhados pelo ordenamento, exige-se uma interpretação que assegure ao máximo o exercício dos direitos em conflito, restringindo-os minimamente, sem atingir seu núcleo essencial.

Para tanto, se propôs que, fazendo uma interpretação sistemática da constituição e compreendendo a soberania conforme proposto, se observe em um primeiro momento o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento, de modo que se mantem a coerência do ordenamento jurídico. Este enfoque é que deve ser, em seguida, compatibilizado com o princípio da soberania estatal no que tange ao exercício de seu direito de expulsar estrangeiros na forma da Lei.

Essa também foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, de modo que se pode determinar que a concepção de filhos brasileiros, posteriormente ao fato motivador do ato expulsório, seria fator impeditivo desse.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Legal Principles:** On the structure of Legal Principles. In: Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, September 2000.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais:** Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais.** SP, Método, 2008, Coleção Gilmar Mendes.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Volume II, 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4ª edição, Coimbra, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el constitucionalismo.** In Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y processo. Série Derecho, 2ª ed. Editorial Trotta, Madri, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo:** um Análisis Metateórico. In Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y processo. Série Derecho, 2ª ed. Editorial Trotta, Madri, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível no sítio <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 28.02.2011

CUNHA, Paulo. **Da justiça na Constituição da República Portuguesa**. In: Scienti Ivridica. Braga (Portugal): Livraria Cruz, 2004. Tomo LII.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível no sítio: http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration_child1959.pdf. Acesso em 28.02.2011.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de La constitución y la premisa mayoritaria**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002. p. 03-29.

_____. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. 1978.

GALVÃO, Ana Paula Morais. **Teoria da Justiça e Direitos Fundamentais: um Enfoque sob as Teorias que Procuram Explicar os Fenômenos Jurídicos e o Papel Interpretativo do Magistrado**. In: Revista da ESMARN. Ano 7, vol. 7, n .1 (2001-). Natal: ESMARN, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do estado**. São Paulo: Minha Editora, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 8ª ed. Cap. 7. *La Interpretacion de los Derechos Fundamentales*.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coord. Ingo W. Sarlet. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Segurança jurídica e Justiça Constitucional**. In: Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza-CE: Edições Demócrito Rocha, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 25 de março de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 21 de abril de 2011.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Edições JusPodivm, 2006.