

Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 11, n. 25, p. 15-34, set./dez. 2016

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PARA ESTRANGEIROS: A EFETIVAÇÃO, NO CASO BRASILEIRO, DO CARÁTER UNIVERSAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CARE BENEFIT FOR FOREIGNERS: THE REALIZATION, IN THE BRAZILIAN CASE, THE UNIVERSALITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Alfredo Copetti Neto¹

Lissandra Espinosa de Mello Aguirre²

Resumo: O texto analisa a possibilidade da atribuição do Benefício Assistencial para Estrangeiros diante do sistema Constitucional Brasileiro. O Estudo parte da compreensão dos direitos fundamentais e da fundamentalidade dos direitos sociais, vistos como vetores de inclusão social e diminuição das desigualdades sociais. Diante disto, a Assistência Social aos desamparados representa discurso em prol da Dignidade Humana e da Igualdade. Destarte, tendo com objetivo a República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre justa e solidária a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades, propõe-se a discussão do tema.

Palavras Chaves: Direitos Sociais. Nacionais. Estrangeiros. Benefício Assistencial.

Abstract: The paper analyzes the possibility of assigning Benefit Assistance for Foreigners on the Brazilian Constitutional system. The study is based of the fundamental rights and fundamentality of social rights, viewed as vectors of social inclusion and reduction of social inequalities. Given this, the Social Assistance to the destitute is discourse in favor of Human Dignity and Equality. Thus, taking the objectives of the Federative Republic of Brazil to build a just and caring society free of poverty eradication and the reduction of inequalities, it is proposed to discuss the issue.

Key-Words: Social Rights. Nationals. Foreigners. Social Assistance Benefit.

Sumário: Considerações Iniciais; 1 A compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais; 2 A Assistência Social e o seu papel diante dos objetivos da República Federativa do Brasil; 3 O Benefício Assistencial; 4 Os nacionais e os estrangeiros a partir do direito constitucional brasileiro; 4.1 - O benefício assistencial para os estrangeiros residentes no Brasil; Considerações finais. Referências.

¹ Doutor em Teoria do Direito pela Università di Roma Tre (Revalidado UFPR). Cumpriu Estágio Pós-Doutoral PDJ/CNPq-Unisinos. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Professor do PPG em Direitos Humanos Inijuí. Professor Adjunto de Teoria e Filosofia do Direito Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Campus Foz do Iguaçu. Professor de Hermenêutica Jurídica Univel. Advogado OAB-RS. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Formada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Advogada. Professora da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus Foz do Iguaçu e do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo analisará o direito social ao Benefício Assistencial para estrangeiros à luz de critérios de inclusão social e dignidade humana. A era da globalização, o intercâmbio de pessoas, bens, valores, culturas, mitigaram elementos essenciais do Estado, como a noção de território e soberania, conceitos tidos como estantes pelo Estado moderno implementado num espaço político delimitado plasmado pelo que se denomina território.

Mas o trânsito de pessoas, a aquisição de direitos, a busca pela realização dos direitos humanos e por uma melhor distribuição de riquezas, faz que os direitos sociais representem vetor de inclusão social. Assim, diante do trânsito de pessoas na busca por uma vida melhor, ou, por uma “vida boa”, o estudo abordará a sistemática do Benefício Assistencial e a possibilidade de seu deferimento a estrangeiros.

No intuito de cumprir o desiderato, o texto abordará os seguintes tópicos: direitos sociais como fundamentais; da assistência social, brasileiros e estrangeiros no direito constitucional brasileiro, o benefício assistencial para estrangeiros bem com a orientação jurisprudencial acerca do tema.

1 A COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são divididos em três gerações, ou dimensões, tendo em vista a contexto histórico, social de seu surgimento ou declaração. Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram reconhecidos nas primeiras constituições escritas, e tiveram como traço marcante o individualismo, própria da matriz liberal burguesa que permeou o Século XVIII. Neste sentido cita a Revolução Francesa e posterior proclamação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e o Pacto de Virgínia que culminou com a proclamação da independência das Treze Colônias, nos Estados Unidos da América.

Os direitos de primeira dimensão, afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, como refere Bonavides, são direitos negativos que revelam abstenções, direitos de resistência ou oposição frente ao Estado. Isto não que dizer que nos dias atuais os direitos fundamentais de primeira geração não possam ter um cunho prestacional, o que não descaracteriza a noção de abstenção inerente a seu surgimento³.

O avanço do processo de industrialização, os graves problemas sociais e econômicos que ocorreram no início do Século XX, como desemprego, fome, desigualdades, desrespeito a condições mínimas de vida, bem como a influencia de ideais comunistas e socialistas, presencia-se a necessidade do Estado atribuir e garantir direitos sociais, que configurariam prestações positivas do Estado frente o cidadão, citam-se as Constituições Mexicana, de 1917, e Weimar de 1919, ou, ainda,

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

a Revolução russa de 1917⁴. A Carta do Trabalhador de 1927, embora sob a doutrina do Estado fascista, representou avanço nas relações dos direitos sociais para os trabalhadores.

A crise do Estado liberal e do individualismo permitiu o surgimento e a propagação dos ideais pregados pelos defensores do Estado Social, como a intervenção do Estado no setor econômico e na distribuição de bens e riquezas, propiciando a justiça social. No Brasil os ventos da ideologia do Estado do Bem Estar Social e a convergência entre liberdade e igualdade ocorreu na Constituição de 1934.

Os direitos fundamentais são reconhecidos como inerentes à condição humana, quer numa perspectiva individual, quer na ideia de direitos de grupos, populações, de um povo, ou de povos. Como a própria Constituição Federal de 1988 prevê, dentre os direitos e garantias fundamentais, transcritos no Título II, encontram-se: os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Disto ressaí, a sistemática adotada pelo constituinte aos prever como espécies de direitos fundamentais, os direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos.

Os direitos de terceira dimensão, correspondem aos de fraternidade, ou de solidariedade, ao passo que os de primeira e segunda dimensão correspondem aos direitos de liberdade e de igualdade, respectivamente. Para Bonavides, trata-se de direitos cujo destinatário é o gênero humano tendo em vista sua existência concreta, estariam presentes o direito à paz a determinação dos povos, ao meio ambiente, o direito a comunicação⁵.

Não obstante ao fato de que os direitos fundamentais coexistem e não se superam em geração, a doutrina converge na determinação destas três dimensões, pretendendo analisar o benefício assistencial, é premente a análise mais detalhada dos direitos sociais.

Sarlet ensina que os direitos sociais não abarcam apenas prestações positivas ou ações positivas do Estado frente ao cidadão mas abrangem liberdades sociais, tais como a liberdade de sindicalização direito de greve assim como direitos inerentes aos trabalhadores, como a limitação da carga horária de trabalho a garantia de um salário mínimo, e que a expressão social justifica-se ao princípio de justiça social diante da desigualdade social, econômica e de reivindicações das classes mais pobres e excluídas⁶.

A Constituição de 1988, mesmo não sendo a precursora dos direitos sociais na história das constituições brasileiras, além da proteção exemplificativa de direitos sócias, traz no Título VI normas referentes à Ordem Econômica e financeira, no intuito de conformar a realidade social com um dos seus fundamentos, Art. 1º da CF, a tutela da dignidade da pessoa humana assegurando condições mínimas à uma existência digna.

Neste sentido, a Constituição de 1988, resultado de um Estado capitalista, protege, a livre iniciativa, propriedade privada e a livre concorrência, Artigo 1º, IV e

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Artigo 170; mas paralelamente traz dentre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais. Deste provável paradoxo, advém o caráter compromissário do Texto Constitucional, atento a critérios de Democracia e Justiça Social.

O conceito de Democracia, no Estado Democrático de Direito, apresenta-se com múltiplos significados representando um conceito aberto e plural. Na concepção formal pode-se inferir que a Democracia atrela-se à legalidade, marcando a subordinação do poder ao Direito. De outra sorte, no prisma material a Democracia transcende a legalidade, ou seja, além da instauração do Estado de Direito e das instituições democráticas, requer-se a democracia do cotidiano, como aduz Piovesan⁷, através do exercício da cidadania e apropriação dos direitos humanos.

O Estado Democrático de Direito, conforme Streck e Morais⁸, tem um conteúdo transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de apenas concretização de vida digna ao homem, mas fomentando a participação pública e irradiando seus efeitos sobre todos os seus elementos constitutivos, inclusive na ordem jurídica. De acordo com os referidos autores são princípios do Estado Democrático de Direito: (a) a constitucionalidade, (b) a organização democrática da sociedade, (c) um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, (d) justiça social, (e) igualdade, (f) divisão de poderes ou de funções, (g) legalidade e (h) segurança jurídica. Supera-se, assim, a noção conceitual(ista), da teoria tradicional constitucional, de Estado tão-somente como nação política e juridicamente organizada⁹.

Assim, a realização dos direitos sociais representam vetores à democracia e à justiça social. Ao erigir os direitos sociais à normas constitucionais necessárias a uma existência digna e igualitária lembra-se as lições de Nino acerca da importância da constituição, já que a Constituição é relevante porque expressa uma convenção fundamental de um país, um acordo no tempo entre diversos grupos sociais, acerca de como o poder coercitivo do estado será distribuído e os limites deste poder frente aos indivíduos. Assim, o rol da constituição histórica, como convenção ou como ou prática social, se aclara se compreendemos que os atores do sistema jurídico, legisladores, juízes ou constituintes envolvidos devem trabalhar na construção de uma obra coletiva, qual seja a realização dos direitos insertos na Constituição¹⁰. A preservação da constituição histórica e de suas práticas não é algo relevante apenas do ponto de vista externo, ao contrário precisa observar as justificativas internas daqueles que participaram, ou estão participando ou participaram do

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da Globalização**. In A Democracia Global em Construção. Org. Celso Campilongo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

⁸ STRECK e MORAIS. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª. Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 93.

⁹ As bases e os limites territoriais de um Estado são insuficientes para definir a Nação, porque o Território da modernidade política é posto em cheque pelas imposições ditadas pela ordem econômica mundial. O espaço territorial afigura-se cada vez menos importante, pois o mundo, e por que não dizer as Nações, cada vez se tornam mais imateriais e abstratas, riqueza é cada vez menos tangível e o capital cada vez mais abstrato.

¹⁰NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona. Gedisa editorial: 1997.

estabelecimento da constituição histórica e suas práticas. Sugere dois níveis de argumento, tendo em vista que juízes e legisladores somente podem emitir decisões moralmente justificadas e efetivas se tomadas a partir de uma constituição histórica. Os princípios que estabelecem direitos são ainda considerados a base última da justificação da argumentação prática, à luz dos quais a constituição histórica é ou não legitimada. Nino descreve os direitos que dão conteúdo e realizam o contrapeso do processo democrático e articula a dimensão ideal da constituição complexa, que se relaciona com os direitos fundamentais, e partir deles com a justa distribuição de bens sociais e naturais, na forma que deveriam ser reconhecidos pelo estado. Por consequência, da constituição histórica surge o que defende como conteúdo de uma constituição ideal de direitos, dedica-se, assim a redefinir o que é ética e direitos humanos como fundamento e o conteúdo geral de uma concepção liberal de moralidade social e política.

Quando diz que os direitos fundamentais morais, como os constitucionais, são direitos humanos, quer dizer que estes direitos fundamentais beneficiam a membros da espécie humana. Esta concepção dos destinatários dos direitos individuais tem implicações relevantes para temas como aborto e discriminações. Nino questiona se tais direitos poderiam beneficiar pessoas que estivessem fora do país, sendo que, diante dos princípios constitucionais liberais, a universalidade é uma prescrição obrigatória¹¹.

A ideia de constituição ideal baseada na interpretação da Constituição histórica revela o papel dos direitos fundamentais na busca da realização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, principalmente acerca da erradicação da pobreza e a proteção da dignidade humana. Assim, os direitos sociais tais como saúde, educação, direitos do trabalhador, previdência social, assistência social, entre outros, são fortes instrumentos à concretização ao Estado Democrático e Social de Direito diante dos seus princípios basilares, como o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, os ideais de justiça social, de igualdade.

Os direitos sociais, devido o princípio da solidariedade, correspondem a transposição da obrigação solidária (*obligatio in solidum* do direito romano privado) para o plano da sociedade política implicando políticas públicas de amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres, àqueles que sozinhos não conseguem viver dignamente¹².

A busca pela diminuição das desigualdades sociais e econômicas, como pela melhor distribuição de riquezas, e mais ainda, a busca pela dignidade humana, pressupõem condições mínimas de existência e dignidade, neste viés, os direitos

¹¹ P. ex. cita o caso da Corte Suprema dos EUA vs. René Martinez, no qual se decidiu que somente teriam garantias da Emenda IV, contra buscas e apreensões sem ordem judicial, aqueles que estivessem no território nacional, não se aplicando fora dos EUA, pois a expressão “o povo” utilizada na emenda nº 4, refere-se, conforme a Corte, à comunidade nacional. Brennan e Marshal tiveram votos dissidentes adotando uma visão universalista dos direitos constitucionais. Sustentaram que o governo enquanto está autorizado, pela constituição, à combater o crime pode atuar no estrangeiro. Para Nino, tem razão os votos dissidentes, conforme os princípios constitucionais liberais, devido a universalidade de tais direitos, não só aplicados no território nacional.

¹² COMPARATO. Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

sociais e econômicos apresentam-se como fundamentais à realização da Constituição e o Estado Democrático de direito. A ideia de proteção coletiva, tutela e proteção que algo que não se tem, mas se precisa, como inerente a existência humana digna.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O SEU PAPEL DIANTE DOS OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A seguridade social descrita no artigo 192 da Constituição Federal compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, devendo o poder público organizar a seguridade social.

A seguridade social, conforme a constituição, tendo como objetivo a universalidade de cobertura e atendimento, a uniformidade e equivalência de benefício às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios, irredutibilidade dos valores equidade no custeio, diversidade no financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração.

Implicitamente previsto na constituição Federal, o princípio da solidariedade, pode ser compreendido como uma característica humana e histórica em que há ajuda ao próximo mais necessitado, isto se faz presente na Seguridade Social, quando várias pessoas economizam para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. Quando uma pessoa é atingida pela contingência as outras seguem contribuindo para satisfazer o benefício do necessitado¹³.

A Assistência Social representa uma política assistencial não contributiva, constituindo um dever do Estado e direito do cidadão fazer *jus* a benefícios de Assistência quando deles necessitar, atendendo os requisitos da Lei, no caso, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

A LOAS leciona que a assistência social deva ser organizada através de um sistema descentralizado e participativo, composto pelo poder público e pela sociedade civil, sendo que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome implementou o Sistema Único de Assistência Social.

Dos princípios acima elencados, tento em vista o objeto do presente trabalho, além da solidariedade faz-se necessária análise do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que conforme Sérgio Pinto Martins, pode ser dividida em universalidade objetiva e subjetiva, esta se refere às pessoas que são beneficiadas pela seguridade social, aquela, aos benefícios previstos em lei.

Portanto, os beneficiários do regime da seguridade social à luz do princípio da universalidade abrange tanto as pessoas necessitadas como as que possam a vir necessitar dos benefícios em virtude de situações que afetem a integridade física, mental ou atinja as necessidades do indivíduo ou de sua família através do trabalho, o que seria, universalidade objetiva.

A universalidade é compreendida como uma característica inerente aos direitos fundamentais e sociais, que pretende dar o maior alcance aos direitos

¹³ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 18ª edição, São Paulo, Atlas, 2002.

fundamentais e as respectivas garantas. Moraes menciona que a universalidade implica que “a abrangência destes direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica”¹⁴. Importante frisar que a universalidade não se confunde com a limitabilidade, pois os direitos fundamentais podem sofrer restrições e limitações mútuas.

Na seara dos direitos sociais acerca da seguridade, a universalidade implica esforço para satisfazer o maior número de pessoas na tentativa de proteger o trabalhador, sua família ou as pessoas que necessitem dos benefícios, independente de ser ou não trabalhador. Assim, está muito atrelado a garantia de uma existência digna, sendo que destina-se aos que necessitam, e deve procurar abranger o Máximo de indivíduos possível. Como refere Fachin o direito internacional público tem exercido importante influência na proteção dos direitos fundamentais, sendo que as declarações, tratados, convenções e pactos tem condicionado o Direitos positivo do estado nacional, dentre os quais destaca, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, o Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, o Estatuto de Roma, de 1998, dentre outros¹⁵.

No âmbito internacional, Cançado Trindade aborda a proteção internacional da democracia e do Estado de direito, referindo a inerente relação entre direitos humanos e desenvolvimento, como declarado na Conferência de Viena acerca dos direitos humanos. Ao estudar o direito ao desenvolvimento lembra que a globalização da economia mundial traria o fim das fronteiras para o capital, mas não para os seres humanos, o que implica a continuidade da exclusão social. Assim, o direito ao desenvolvimento perpassa pela afirmação dos direitos preexistentes¹⁶.

Outrossim, atenta-se para o fato que, os tratados internacionais de versem sobre direitos humanos, e, que forem internalizados e recepcionados na forma do § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal, têm hierarquia de Emenda Constitucional, o que demonstra a supre legalidade de tais direitos bem como a preocupação para com a ampla proteção dos direitos do homem quer sejam nacionais, quer sejam estrangeiros.

3 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A Constituição Federal de 1988 na sua pretensão renovatória do Estado Social Brasileiro trouxe diversas disposições acerca da consecução do objetivo fundamental de erradicação da pobreza conjugada com a proteção às minorias, especialmente pessoas portadoras de deficiência e idosas. Tais disposições visam facilitar a integração desses grupos hipossuficientes e vulneráveis à sociedade,

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral**. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁵ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2008.

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

amenizando a situação que a exclusão do mercado de trabalho proporciona, mormente em uma economia de mercado e sociedade de consumo como a atual.

Trata-se da chamada “discriminação positiva” que ao lado das ações afirmativas – conquanto alguns sociólogos as tenham por sinônimos -, visam outorgar privilégios a grupos sociais marginalizados, portanto com uma desigualdade social acumulada, a fim de compensar essas perdas e garantir, a partir de um sistema de contrapesos, um ideal de igualdade material. Como preleciona Moraes¹⁷:

A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal ligado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Nessa toada, dispôs o art. 203 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Após a promulgação da Constituição Federal, diversos destinatários do benefício acorreram aos Tribunais pleiteando a concessão, contudo o Supremo Tribunal Federal na ADIn 1232-1/DF entendeu que tal disposição não era auto-aplicável. Assim, embora com um *déficit* temporal de 05 anos, a regulamentação legal do benefício assistencial de prestação continuada, garantido aos portadores de deficiência física ou mental e aos idosos cujas famílias não tiverem condições de prover sua subsistência, veio através da Lei 8.742/93:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a

¹⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 79 e 80)¹⁷:

madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Porém, no que tange ao requisito etário, em seu art. 38, a mesma Lei nº 8.742/93 estabelece a redução da idade prevista para 67 anos, com a seguinte redação: Art. 38 A idade prevista no art. 20 desta Lei reduzir-se-á para sessenta e sete anos a partir de 1º de janeiro de 1998.

Posteriormente, a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, reduziu ainda mais o limite mínimo etário para a para a percepção do benefício aos idosos, nestes termos:

Art. 33. A assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes.

Art. 34 - Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

Como visto, a Assistência Social é prestada com base no critério da efetiva necessidade e é técnica de proteção social, não se confundindo com a Previdência Social, defluindo da solidariedade pessoal e social, como exigência do bem-estar comum. A necessidade de satisfação de um mínimo de contingências pessoais é dado fundamental na vida humana e, por consequência, para o Direito como regulador das relações sociais. Como bem pondera Rawls.¹⁸

Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes a de barreiras que dificultam o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garanta um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual da renda (o chamado imposto da renda negativo).

Essa necessidade de satisfação de necessidades básicas e prementes do ser humano é deflagradora da proteção assistencial, sendo que a incapacidade contributiva do assistido é indissociável do estado de necessidade experimentado. Isto é, o beneficiário da assistência social não tem condições de colaborar na manutenção do sistema garantidor de Previdência. É da própria natureza da Assistência Social que o indivíduo não tendo condições de subsistência não pode, por isso mesmo, arcar com o *plus* de contribuir.

Nesse diapasão, dos dispositivos supracitados, infere-se que o beneficiário deve comprovar a sua condição de miserabilidade e sua idade ou deficiência, a última entendida como a incapacidade para a vida independente e para o trabalho, para fazer jus a tal benefício.

A necessidade para fins de obtenção do benefício foi conceituada pelo § 3º do art. 20 da Lei 8.742, de 1993, ou seja, renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Cabe ressaltar que tal norma foi, e continua sendo, objeto de diversos debates na seara do direito assistencial e constitucional, visando flexibilizá-la para que não se a tome como único parâmetro de aferição da miserabilidade.

O posicionamento adotado por diversos juízos tem sido pela interpretação de que o critério de renda mensal serve como apenas mais um entre outros meios de aferir-se a condição (miserabilidade) que enseja o pagamento do benefício, mormente pela extrema vulnerabilidade dos grupos que a norma se destina, idosos e portadores de deficiência, com gastos elevados com saúde e uma terrível dificuldade de ingresso no mercado de trabalho.

Tem-se que a questão merece ser analisada primeiramente do ponto de vista da teleologia das normas constitucionais que previram a assistência social, adotando

¹⁸ RAWLS. John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenitta M.R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes, 1997, p. 303-304.

ainda uma interpretação que leve em conta o sistema estrutural do ordenamento jurídico. Desde sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 6º a todos os cidadãos brasileiros o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, bem como a proteção à maternidade, à infância e aos desamparados.

Visando concretizar alguns desses direitos é que o próprio texto constitucional traz artigos como o 203, citado anteriormente. Ao estipular que aos desamparados portadores de deficiência ou idosos seria instituída renda mensal no valor de um salário mínimo, a Constituição Federal refere-se àquele salário idealizado pelo art. 7º, inciso IV.

O que se percebe na prática, entretanto, é que o salário mínimo nacional é insuficiente para a garantia de maior parte dos direitos a que se destina. Dessa forma, a interpretação literal que diz ser possível o custeio das necessidades básicas com apenas 1/4 do salário mínimo vigente não parece ser defensável.

De fato, o STF na ADIn 1.232-1/DF, que questionava a constitucionalidade do parágrafo em debate, entendeu que havia eficácia contida no dispositivo constitucional do art. 203, no que concerne à fixação de parâmetros de miserabilidade, sendo a ação julgada improcedente em 27 de agosto de 1998. Todavia, não há que se falar em decisão *erga omnes* vinculante, sob o argumento do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868, vez que tal norma só veio a entrar em vigor posteriormente àquela decisão, mais precisamente em 10 de novembro de 1999¹⁹.

Ademais, recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 reviu sua jurisprudência e o Plenário confirmou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93) que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.²⁰

Outra questão que aporta cotidianamente aos tribunais refere-se ao significado de incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Com efeito, a Constituição Federal garantiu um benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência²¹ que sejam incapazes de prover o próprio sustento. A lei regulamentadora, entretanto inovou ao tentar esvaziar o conteúdo da norma constitucional ao exigir que o deficiente seja domesticamente dependente de terceiros. Assim, estar-se-ia restringindo a efetividade do preceito constitucional

¹⁹ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms> - 10 de agosto de 2013.

²¹ Segundo o § 2º do art. 20 da Lei 8742/93: Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

somente àqueles portadores de deficiência miseráveis, sem capacidade laboral e cotidianamente totalmente dependentes de terceiros.

Contudo, a expressão: “a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para vida independente e para o trabalho” deve ser interpretada conforme a Constituição²² para que não ofenda, na via concreta, o preceito contido no art. 203, inciso V, da Constituição Federal. Embora nem toda deficiência acarrete uma incapacidade laboral, a presença desta impossibilita uma vida independente, pois quem sem rendimentos pode levar uma vida independente de terceiros?

O Instituto Nacional do Seguro Social aparentemente entende que se tratam de requisitos cumulativos, reservando o benefício apenas aos portadores de deficiência que precisam de ajuda para tarefas básicas como alimentação, higiene e demais atos rotineiros, o que não parece ser a interpretação que deflui do texto constitucional. Vale aqui a advertência trazida por Sarlet²³:

Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que - de acordo com Gomes Canotilho - traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais. De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em *última ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.

Nesse sentido, diversos precedentes jurisprudenciais tem afastado a exigência de incapacidade para a vida independente, tomada no sentido de permanente auxílio de terceiros, para a concessão do benefício assistencial, pois isto esvaziaria o conteúdo da norma constitucional de forma não autorizada pelo constituinte. Extraídas as balizas normativas em relação ao benefício assistencial, cabe agora a abordagem em relação à hipótese de ser devido ou não aos estrangeiros residentes no País.

²² (...) oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição" (Mendes. Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222).

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 387

4 OS NACIONAIS E OS ESTRANGEIROS A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A população de um dado Estado representa as pessoas que se encontram sobre seu território, podendo estar na condição de nacionais e estrangeiros, conforme as normas do direito interno do Estado. A atribuição da nacionalidade representa, de maneira direta, o exercício da soberania do Estado, que ditará os requisitos para a declaração ou aquisição de nacionalidade, sendo que, por critérios de exclusão, aqueles que não estiverem na condição de nacionais, serão tidos como estrangeiros. Conforme a tradição jurídica brasileira, as normas referentes à atribuição ou aquisição de nacionalidade são referendadas pela Constituição.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade, tampouco impedir o direito de mudar de nacionalidade. No mesmo intuito de proteger direitos humanos, e reduzir os casos de apátridas, a Convenção Americana de São José da Costa Rica, artigo 20,2, aduz que toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em que tiver nascido na falta de outra nacionalidade.

A nacionalidade representa um vínculo público entre o indivíduo e o Estado, traz a ideia de pertencimento a uma comunidade, e é fonte de direitos e obrigações frente ao Estado e à população. A atribuição da nacionalidade brasileira

Por consequência, ao Estado cabe à competência para legislar acerca da nacionalidade, doutrinariamente distinguem-se duas espécies de nacionalidade, a primária, ou de origem, que resulta do nascimento; e a secundária ou adquirida, que se adquire por vontade própria, em regra pela naturalização. No Brasil, a atribuição de nacionalidade originária orienta-se, pois, dois critérios o *ius sanguinis* e o *ius soli*, ditados pelo fato nascimento.

A regra adotada, *ius soli*, conforme o artigo 12, I, *a, b e c* da Constituição Federal, restou mitigada pela adoção do *ius sanguinis*, logo se consideram brasileiros natos: os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de país estrangeiros, desde que não esteja a serviço de seus país (*ius soli*); os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil (*ius sanguinis* agregando o critério funcional); os nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira desde que registrados em repartição brasileira competente conforme a EC 54/07 (*ius sanguinis* mais o ato de registro) e, por fim, os nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (*ius sanguinis* com critério de residência e opção conformativa)²⁴.

A nacionalidade secundária ou adquirida, prevista no artigo 12, II, *a e b*, da Constituição Federal, tem como primeira orientação o critério da reserva legal, sendo brasileiros naturalizados aqueles que na forma da lei adquiram a nacionalidade brasileira, a disciplina infraconstitucional é ditada pela Lei 6815/80, Estatuto dos Estrangeiros artigos: 112, 115, e 116, recepcionados pela Constituição Federal.

²⁴ MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25º Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 210.

Para fins doutrinários, como refere Moraes²⁵, a nacionalização ordinária abarca os estrangeiros, excluídos aqueles originários de países de língua portuguesa, os estrangeiros originários de países de língua portuguesa e os portugueses residentes no país, porque o estatuto do estrangeiro exige requisitos diversos conforme tais casos. No primeiro caso, o artigo 112 da Lei 6.815 exige a capacidade civil baseada no direito interno, visto permanente, residência contínua, ter boa conduta e saúde e ler e escrever português. Para os originários de países de língua portuguesa, exceto Portugal, a Constituição, Art. 12, II, a, da Constituição Federal, exige idoneidade moral e residência por um ano ininterrupto. Enfim, para os Portugueses residentes no país poderão adquirir a nacionalidade Brasileira conforme o item anterior, ou adquirir a equiparação a brasileiros naturalizado sem perder a nacionalidade portuguesa, conforme o art. 12§1º da Constituição Federal.

Além destes casos de nacionalização ordinária, cita-se a extraordinária, que exige como requisitos: residência fixa no país há mais de 15 anos, ausência de condenação penal e requerimento do interessado. Em regra, a total satisfação dos requisitos exigidos à naturalização não assegura ao estrangeiro direito subjetivo à aquisição da nacionalidade, como aduzido, a concessão da nacionalidade é um ato de soberania do Estado, pautado por critérios de discricionariedade e por ato do Chefe do Poder Executivo.

Feitas tais observações a fim, basicamente, de traçar diferenças entre nacionais e estrangeiros, diante da ordem constitucional brasileira, não se pode olvidar que ao texto constitucional, como regra, veda a distinção entre nacionais e estrangeiros e, entre brasileiros natos e naturalizados, ressaltando casos previstos na Constituição, referentes a possibilidade de extradição de brasileiros naturalizados (art. 5º, LI da CF); ao preenchimento de certos cargos públicos (art. 12§ 3º da CF); propriedade de empresa de radiodifusão sonora e de sons e imagens e empresa jornalística (art. 222 da CF), e referente a composição do Conselho da República (Art. 89 VII da CF).

4.1 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PARA OS ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL

Primeiramente há que se notar que o Instituto Nacional do Seguro Social, através do Decreto 7.617/2011 vem negando sistematicamente a concessão do benefício assistencial para estrangeiros, conforme dispõe o seu art. 7º. “É devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”.

Em nível legislativo existe o Projeto de Lei 1438/11, do deputado Carlinhos Almeida (PT-SP), que estende ao estrangeiro residente no Brasil o direito de receber o Benefício Assistencial, contudo surpreendentemente impõe o preenchimento dos seguintes requisitos: deficiência ou com pelo menos 65 anos de idade; que não tenha (nem sua família) meios de se manter; o interessado deverá ser registrado como permanente no Brasil; ler e escrever em língua portuguesa; não ter sido denunciado,

²⁵ MORAES. Alexandre de. Op. Cit. 2010.

pronunciado ou condenado no Brasil ou no exterior por crime doloso que tenha pena mínima de prisão superior a um ano; comprovar que reside ininterruptamente há pelo menos quatro anos no País. O prazo pode ser reduzido para três anos se ele tiver comprado um imóvel no Brasil, e para um ano, se for casado com cônjuge brasileiro, tiver filho brasileiro ou for filho de brasileiro.²⁶

Contudo, apesar da iniciativa legislativa parece não ser necessária legislação nova a regular o tema, a não ser para restringi-lo, pois a Constituição Federal quando elenca os destinatários dos direitos fundamentais arrola expressamente os estrangeiros, como aduz o caput do Art. 5º.

Como referido, explica-se: onde pode haver diferenciação entre estrangeiros e nacionais, a própria Constituição elenca, excepcionando a igualdade que traz. São exemplos dessas exceções os cargos privativos de brasileiros natos (art. 12), os participantes do Conselho da República (art. 89), a proibição de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222), entre outros.

Porém, o conteúdo jurídico que o princípio da igualdade traz permanece inalterado, tendo em conta que as exceções são postas pelo mesmo instrumento normativo que o instituiu, não através de simples decreto e tem por substrato na maioria dos casos razões de segurança nacional.

A assistência social consta entre os direitos sociais na Constituição e nenhuma razão jurídica há para que os estrangeiros sejam dela alijados, ainda mais por instrumento normativo não proveniente das Casas legislativas, como é o decreto citado. Ainda que se entenda a norma constitucional citada como meramente programática, a própria legislação abordada alhures em momento algum autoriza a interpretação que dá azo à discriminação efetuada. Como ensina Canotilho²⁷:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)

O simples fato da Constituição Federal apenas vedar a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, conforme art. 12, § 2º, não fazendo qualquer ressalva a distinções entre brasileiros (natos ou naturalizados) e estrangeiros, não é factível, pois a legislação reguladora do tema sequer faz menção à nacionalidade em qualquer de seus regramentos.

Igualmente anota-se que a omissão aos estrangeiros no art. 6º da Constituição e a presença deles no art. 5º da Constituição não tem o condão de autorizar a interpretação que não sejam eles titulares de direitos sociais. Os direitos sociais também são fundamentais, embora não constem do art. 5º da Constituição

²⁶ www.camara.leg.br. Acesso em 10 de agosto de 2013.

²⁷ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1991. P. 162.

Federal, fazem parte do Título II, que dispõe a respeito “dos direitos e garantias fundamentais”. O simples fato de os estrangeiros figurarem como segurados obrigatórios da Previdência Social (art. Lei 8213/91) já indica que são tratados na ordem jurídica como sujeitos do dever de contribuir com a Previdência Social, não sendo crível que sejam alijados da Assistência Social. A própria ordem jurídica do antigo regime já reconhecia essa igualdade através do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80): Art. 95. O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.

Embora o art. 1º da Lei 8.742/93 coloque como destinatários da assistência social “os cidadãos” trata-se de mera falha de técnica legislativa do que uma deliberada exclusão dos que não apresentam o *status quo* de cidadão brasileiro, visto que nunca ninguém pensou em excluir da assistência social as crianças ou outros que não adquiriram a capacidade de voto. Como adverte PORTO acerca de um novo conceito de cidadania²⁸:

A cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência em seguir o caminho assim determinado equivale a uma insistência por uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria-prima do status e um aumento no número daqueles a quem é conferido o status. Classe social, por outro lado, é um sistema de desigualdade.(...)

Quanto ao tema, na seara jurisprudencial, houve dissenso entre a 1ª Turma Recursal do Paraná e a 2ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Enquanto a primeira aceitava a hipótese de concessão a estrangeiros a segunda negava. Colhe-se manifestação do órgão gaúcho no seguinte sentido no Recurso Cível 2006.71.95.003756-0:

É importante, desde logo, esclarecer que os direitos da cidadania não se confundem com os direitos humanos, embora haja uma zona comum entre eles. Dalmo Dallari, por exemplo, em textos e aulas, deixa claro esta diferenciação quando analisa, em profundidade, a problemática dos direitos humanos no mundo atual. Pode-se dizer, em suma, que os direitos da cidadania dizem respeito aos direitos públicos subjetivos consagrados por um determinado ordenamento jurídico, concreto e específico. Já os direitos humanos - expressão muito mais abrangente - se referem à própria pessoa humana como valor-fonte de todos os valores sociais (Miguel Reale). A discussão sobre os direitos humanos (direito à vida, direito a não ser submetido à tortura, direito a não ser escravizado, direito a uma nacionalidade etc) se coloca, pois, num outro plano de análise teórica. No plano do global, do universal, numa perspectiva jusnaturalista, e não do positivo e tópico (“Cidadania: Esboço de Evolução e Sentido da Expressão” - José Roberto Fernandes Castilho). Como se vê, para o exercício dos direitos inerentes à

²⁸ PORTO. Walter Costa. **Cidadania e Classe Social**. T.H.Marshall. Vol. I. 2ª ed. Brasília: Senado Federal - Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. P. 24

cidadania, é fundamental desfrutar do status de nacional do Estado que confere tais direitos. Como a autora não possui tal status, tenho que o princípio da igualdade não pode ser invocado no caso concreto para amparar sua pretensão, sendo que o fato de residir, conforme alega, há mais de 16 anos no Brasil, com intenção de aqui permanecer, não tem o condão de alterar tal situação. Ocorre que, para a aquisição da nacionalidade brasileira o estrangeiro deve manifestar expressamente essa vontade e submeter-se a um processo com características administrativas, que se processa perante o Ministério da Justiça, e que possui uma formalidade final de caráter jurisdicional, consistente na entrega do certificado de naturalização..."

Instada a se manifestar a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região veio a reconhecer essa possibilidade, contudo excepcionou a percepção do benefício caso o postulante tenha transferido residência ao País apenas para aferição de tal benefício, *ex vi*:

A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame. Incidente conhecido e improvido. (IUJEF 2007.70.95.014089-0, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Rony Ferreira, D.E. 17/09/2008).

O direito de imigrar perpassa diferentes épocas da humanidade, sendo amplamente aceito e por vezes até incentivado pela sociedade e governos como forma de desenvolvimento econômico dos países, sendo concebido hoje como um direito humano incontestável. Dessa forma, perfeitamente compreensível que o Estado Brasileiro não diferencie os estrangeiros que aqui residem de seus nacionais.

Entretanto, como salientado pelo acórdão citado, não é admissível a imigração apenas com vistas à obtenção de prestações sociais. Embora o elemento subjetivo seja de difícil comprovação um País que se dispusesse a receber todos os necessitados de assistência social, financiados pela força de trabalho produtiva estaria sujeito a um terrível desequilíbrio entre as fontes de custeio e as prestações sociais envolvidas.

Questão assaz interessante refere-se ao caso Mama Selo Djalo, estrangeiro natural de Guiné-Bissau, em situação irregular, tendo ingressado como turista há mais de 10 anos no Brasil, local onde contraiu uma doença renal crônica. Judicialmente o alienígena conseguiu o direito à permanência no Brasil para continuidade de seu tratamento e ingressou com pedido de benefício assistencial, negado pelo Instituto Nacional do Seguro Social por ser estrangeiro irregular no País.

Embora seja um imigrante ilegal sujeito à deportação, foi reconhecido o direito à percepção do benefício assistencial pelo Juiz Federal George Marmelstein

Lima²⁹. Em seu voto o magistrado realiza interessante reflexão, tomando por base o Direito Internacional Público:

O próprio Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_3.htm) o PIDESC talvez contenha um dispositivo que poderia ser utilizado contra o direito de Mama Djalo. Ao mesmo tempo em que proíbe qualquer tipo de discriminação por motivo de origem nacional, o Pacto prevê que “os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (artigo 2º, item II). Com base nesse dispositivo do PIDESC, o Brasil poderia, sem dúvida, negar o direito ao recebimento do benefício assistencial aos “que não sejam seus nacionais”. O Brasil é um país em desenvolvimento e certamente não teria condições de acabar com a miséria do mundo. Estamos, portanto, inseridos na exceção que o próprio PIDESC estabeleceu. Não estaríamos descumprindo qualquer compromisso perante a comunidade internacional se discriminássemos os “não nacionais” em relação aos direitos de natureza prestacional. Porém, nosso sistema assistencial não adotou expressamente esse entendimento, pois, em nenhum momento, excluiu os estrangeiros residentes de sua abrangência. Existe um princípio básico na interpretação de tratados de direitos humanos: os tratados não podem ser invocados para piorar ainda mais a proteção institucional dos direitos. Logo, o PIDESC não pode ser invocado na presente hipótese, especialmente porque expressamente estabelece que: “não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (artigo 5º, item 2).

A questão ainda não está pacificada, pois pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 587.970-4, cuja ementa de admissão da repercussão geral segue: “Assistência Social - Garantia de salário mínimo a menos afortunado - Estrangeiro residente no país - Direito reconhecido na origem - Recurso extraordinário - processamento - Repercussão geral – Configuração”³⁰.

Porém, seja qual for o resultado do julgamento, nota-se que as interpretações jurídicas sofrem os influxos das políticas econômicas em maior ou menor grau, especialmente quando se está a falar de estrangeiros. O retraimento de direitos prestacionais a estrangeiros já vem sendo notado nas comunidades europeias em crise, bem como o crescente sentimento xenófobo por parte da população daqueles países. O Brasil, a seu turno, poderia quebrar esse paradigma e reconhecer que apesar das dificuldades experimentadas com a perspectiva de volta do período recessivo não pretende sucumbir ao “canto das sereias”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁹<http://direitosfundamentais.net/2010/04/21/beneficio-assistencial-para-estrangeiro-caso-mama-selo-djalo/>

³⁰ www.stf.gov.br. Acesso em 23 julho de 2013.

A efetivação dos direitos sociais são instrumentos para a realização da justiça social, e, ao erigi-los a normas constitucionais alçam a ideais de vida digna e igualitária. A constituição histórica, como convenção ou prática social, fundamenta-se na realização coletiva dos direitos fundamentais. Assim, os princípios que estabelecem direitos são a base última da justificação da argumentação prática, à luz dos quais a constituição histórica é ou não legitimada.

A fundamentalidade dos direitos sociais, a ideia de constituição ideal baseada na interpretação da Constituição histórica revela que tais premissas são forma de realização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, principalmente acerca da erradicação da pobreza e a proteção da dignidade humana. Os direitos sociais são instrumentos à concretização ao Estado Democrático e Social de Direito diante dos seus princípios basilares, como o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, os ideais de justiça social, de igualdade.

O princípio da solidariedade, norteador dos direitos sociais relativos a seguridade, implicam políticas públicas de amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres, e a busca pela diminuição das desigualdades sociais e econômicas, com a melhor distribuição de riquezas. Neste sentido encontram-se a seguridade social descrita na Constituição Federal que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

A seguridade social tem como objetivo a universalidade de cobertura e atendimento, a uniformidade, equivalência de benefício às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios, irredutibilidade dos valores equidade no custeio, diversidade no financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração. Tendo em vista a universalidade constatou-se também, que a constituição não traz diferenças entre nacionais e estrangeiros acerca dos direitos sociais, o que inviabiliza tratamento diferenciado sob pena de contrariedade ao princípio da igualdade e solidariedade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo paradigma para o Estado Brasileiro, pretendendo alcançar diversos objetivos, entre eles a erradicação da pobreza como corolário da valorização da dignidade da pessoa humana. Como um dos instrumentos postos na norma foi erigida uma renda mensal para aqueles incapazes para o trabalho e portadores de deficiência, bem como aos idosos, em situação de miserabilidade.

A Legislação infraconstitucional veio após 05 anos, consolidando o ditame constitucional. Apesar de implementar efetivamente o benefício trouxe disposições que restringiram os destinatários que o constituinte elegeu como merecedores de discriminação positiva. Os critérios de miserabilidade como $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente *per capita* e a exigência de incapacidade para vida independente ensejaram uma restrição indevida na extensão do benefício.

Após algumas dificuldades iniciais a jurisprudência vem se consolidando cada vez mais no alargamento da interpretação das disposições legais. As disposições da Constituição Federal e a legislação proveniente das casas legislativas não trazem qualquer restrição em relação ao deferimento aos estrangeiros residentes no País. Embora algumas jurisprudências isoladas tenha entendido que os estrangeiros não seriam cidadãos, portanto estariam alijados do benefício, fato é que são massivos os argumentos que dão azo à possibilidade de deferimento caso preenchidos os requisitos legais.

O esclarecimento da questão está sendo debatida em nível legislativo e também no Pretório Excelso, na medida em que, consta em Repercussão Geral um Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social que trata do tema. Assim, dentro em breve, espera-se que a Corte responsável pela guarda da Constituição se pronuncie positivamente colocando fim na odiosa discriminação que o órgão previdenciário tem efetivado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito constitucional*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

COMPARATO. Fábio Conder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN. Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Editora Método, 2008.

MARTINS. Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona. Gedisa editorial: 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, democracia e integração regional: os desafios da Globalização. In *A Democracia Global em Construção*. Org. Celso Campolongo. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

PORTO. Walter Costa. *Cidadania e Classe Social*. T.H.Marshall. Vol. I. 2ª ed. Brasília: Senado Federal - Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. P. 24

RAWLS. John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenitta M.R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK e MORAIS. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª. Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. Portal Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal.

BRASIL. *Câmara Legislativa*. Disponível em: www.camara.leg.br.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: www.stf.gov.br

Recebido em 26 de agosto de 2014

Aceito em 25 de fevereiro de 2015