

# CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IMIGRANTE: UMA ANÁLISE CRÍTICA

## CONCESSION OF SOCIAL ASSISTANCE TO IMMIGRANT: A CRITICAL ANALYSIS

*Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega\**  
*Daniel Diniz Gonçalves\*\**

### RESUMO

O presente art. aborda a questão das políticas públicas assistenciais dispensadas aos imigrantes, no contexto jurídico-espacial Brasileiro, tendo como questão prática a discussão judicial da concessão de benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro. Apresentar-se-ão, no corpo do trabalho, as opiniões favoráveis e contrárias à concessão do amparo assistencial a ele e, depois, criticam-se ambas as opiniões, com a teoria crítica de David Sanches Rubio e as achegas doutrinárias de Costas Douzinas, porquanto tais posições se desenvolvem em um âmbito reducionista, eis que exclusivamente estatalista, economicista e dogmático. No fim do trabalho, espera-se oferecer uma nova perspectiva de direitos humanos aplicados aos imigrantes, que transcende o reducionismo denunciado.

**Palavras-chave:** benefício assistencial; estrangeiro; teoria crítica.

### ABSTRACT

This article addresses the issue of welfare policies dispensed to immigrants in the legal space of Brazilian context, possessing as a practical case the judicial litigation about the concession of social benefits. In the body of development of this paper, it will be presented the favorable views and the antagonists of granting social benefits to immigrants, and then, this work will criticize both opinions (favorable and antagonists) with critical

---

\* Mestre e Doutora pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da UFG – Universidade Federal de Goiás e da UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: mcvidotte@uol.com.br.

\*\* Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional e Direito Público pela UNIDERP. Mestrando pela UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. Bolsista PROSUP (modalidade taxa). Membro da Advocacia-Geral da União – Procurador Federal em Passos/MG. E-mail: daniel.dinizgoncalves@gmail.com.

theory of David Sanches Rubio and doctrinal help of Douzinas Back, because such positions are developed in a reductionist framework, exclusively within the context State Bureaucracy, inspired solely by economical and dogmatic thoughts. After work, this paper will offer a new perspective on human rights applied to immigrants who transcends denounced reductionism.

**Key-words:** social benefit; foreigner; critical thought.

## INTRODUÇÃO

O contexto geográfico da modernidade foi caracterizado por um sensível redimensionamento, traduzido pelo incremento do intercâmbio de pessoas, bens, valores e informações entre os Estados-nação, a ponto de vulnerar suas fronteiras e mesmo seu conceito de soberania, enquanto poder pleno dentro de um limite territorial<sup>1</sup>.

Muitas pessoas deslocam-se entre Estados com o fito de fugir de situações de sofrimento em seus países de origem ou procurar por um futuro mais promissor, o que não passou despercebido por David Sanches Rubio:

También, recientemente, en distintos medios de comunicación españoles, hemos podido ver varias escenas de televisión y fotografías de la prensa escrita con las que se nos muestran en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, blindadas con cercas y vallas de alambres y custodiadas policialmente, el drama de muchos seres humanos inmigrantes africanos que, desesperados, intentan pasar la frontera huyendo de una existencia dramática y trágica en sus países de origen, con la esperanza de encontrar una vida mejor y más digna en suelo europeo<sup>2</sup>.

Pontua o *magister* espanhol que o fenômeno da imigração não se observa apenas em países do norte, sobretudo Europa Ocidental e Estados Unidos, mas, também, em países como o Brasil.

<sup>1</sup> DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.

<sup>2</sup> Tradução livre do autor: “Também, recentemente, em distintos meios de comunicação espanhol, pudemos ver várias cenas de televisão e fotografias de imprensa escrita que nos mostram as cidades autónomas de Ceuta e Melilla, blindadas com cercas e valas e custodiadas policialmente, o drama de muitos seres humanos, imigrantes africanos que, desesperados, tentam passar a fronteira, fugindo de uma existência dramática e trágica em seus países de origem, com a esperança de encontrar uma vida melhor e mais digna em solo europeu”. RUBIO, David Sanches. “La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral”, publicado em *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, Migrações e trabalho/Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho, organizadores. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 127.

No se trata de un problema localizado en España. Es un problema interno de muchos estados y regiones –como es el caso de Brasil y otros países de América Latina–, pero también un problema que afecta a todo el planeta y al tipo de estructura estratificada de dividir y coordinar socialmente no solo el trabajo, sino el hacer, el poder, el ser y saber humanos muy condicionados por sistema capitalista tanto en su versión central como en su versión periférica y dependiente<sup>3</sup>.

Colocada a realidade social de que ora se irá tratar, convém a direcionar sob uma abordagem mais instigadora, sobretudo jurídica e eticamente. Quando um imigrante ingressa em solo estrangeiro, munido apenas de esperanças, e estando esgotado física, espiritual e mentalmente, qual o tipo de recepção que deve o Estado recebedor lhe dispensar?

Muitas vezes, consoante consignado nas lições de David Sanches, os Estados que são alvo dos influxos populacionais de imigrantes sequer desejam cogitar uma política pública institucionalizada de imigração, preferindo erguer altos muros, de molde a conter a imigração.

Aos muitos imigrantes que, a despeito das barreiras erguidas pelos Estados recebedores, neles consegue adentrar, o que se vê é uma recepção pouco amistosa, ou, por vezes, hostil. Todo o discurso argumentativo acerca de direitos humanos que, na retórica, esbanja boas intenções, parece ser relativizado quando se trata de imigrantes. Novamente David Sanches pontua que:

83

El caso es que con el tema de la migración se pone a prueba la capacidad que los seres humanos tenemos de ser solidarios y si de manera coherente estamos dispuestos a tratar a nuestros semejantes con dignidad. Pero lamentablemente y tal como se están desarrollando los acontecimientos, con la inmigración se nos presenta una de las paradojas del discurso universalista de los Derechos Humanos, asentado en un plano teórico, valorativo y discursivo maravilloso de inclusiones abstractas, pero basado en un contexto práctico, de convivencia y relacional abyecto de exclusiones concretas cimentadas en sociabilidades desiguales y discriminaciones raciales, etno-culturales, sexuales, de género, clasistas y etarias. Cada día comprobamos cómo Occidente y sus ideales de dignidad humana se mueven enfermizamente en una bipolaridad no solo psicológica y epistemológica, sino también cultural y práctica<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Tradução livre do autor: “Não se trata de um problema localizado da Espanha. É um problema interno de muitos Estados e Regiões – como é o caso do Brasil e outros países da América Latina, e também um problema que afeta a todo o planeta e ao tipo de estrutura estratificada de dividir e coordenar socialmente no solo o trabalho, o fazer, o poder, o ser e saber humanos, muito condicionados pelo sistema capitalista, tanto em sua versão central quanto em sua versão periférica e dependente”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 127.

<sup>4</sup> Tradução livre do autor: “O fato é que, com a questão da imigração, é testada a capacidade de os seres humanos serem solidários e se, de forma coerente, estamos dispostos a tratar os nossos

A questão de salvaguarda da dignidade da pessoa humana parece se desfazer diante de conjunturas econômicas, que se apresentam como uma verdade acética e inexorável, em que o humano, o estrangeiro, é visto apenas como um consumidor de recursos econômicos e financeiros do Estado receptor. Tal perspectiva exacerba-se quando se cuida de benefícios assistenciais, especialmente desenvolvidos para pessoas em situação de vulnerabilidade, que concedem o pagamento pecuniário de numerários mínimos a quem deles necessite, sem uma contraprestação do beneficiário.

Em *terra brasilis*, a questão dos imigrantes, e notadamente do pagamento de benefícios assistenciais a eles, ganhou grande projeção em 26 de junho de 2009, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal, analisando o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário n. 587.970, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria concernente justamente à existência ou não de direito do estrangeiro a perceber o benefício assistencial de prestação continuada (BPC ou BPC da LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social).

O vultoso incremento do número de ações judiciais ajuizadas abordando o assunto, aliado à discussão nacional e mundial envolvendo o processo migratório, sobretudo em suas dimensões éticas e econômicas, dá ao tema especial relevância, requerendo uma análise mais detida, sendo, então, a proposta deste ensaio, dividida em cinco etapas:

84

1. a delimitação jurídica da controvérsia;
2. apresentação dos argumentos favoráveis à concessão do amparo assistencial ao estrangeiro;
3. a exposição dos argumentos contrários à sua concessão;
4. uma abordagem crítica da situação com os escólios do Prof. Costas Douzinas; e, finalmente,
5. a dedução de uma proposta nova de direitos (sociais, assistenciais) humanos, com as achegas da teoria crítica do professor David Sanches Rubio, aplicada à questão fática de pano de fundo.

---

semelhantes com dignidade. Mas, infelizmente, e como está sendo desenvolvido nos eventos, com a imigração somos apresentados a um dos paradoxos do discurso universalista dos Direitos do Homem, assentado em um plano teórico, valorativo e discursivo assentado em inclusões abstratas, mas com base em um contexto prático e de convivência com exclusões específicas abjetas relacionais baseadas em sociabilidades desiguais e discriminações racial, etnicocultural, sexual, de gênero, classe nacional e idade. Todos os dias vemos como o ocidente e seus ideais de dignidade humana se movem patologicamente em uma bipolaridade não só psicológica e epistemológica, mas também cultural e prática”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 127.

## DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

### Da contextualização jurídica da controvérsia

O primeiro benefício pecuniário genuinamente assistencial foi estabelecido pela Constituição da República, que, no inciso V, do art. 203, conferiu ao idoso e à pessoa portadora de deficiência o pagamento de um salário mínimo mensal:

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 a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Esse dispositivo, consoante previsão esculpida em sua parte final (conforme dispuser a lei), não é autoaplicável, exigindo-se, assim, atuação integrativa do legislador infraconstitucional. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. 2. Decisão Monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não autoaplicável. 4. Eficácia após edição da Lei n. 8.742, de 07/12/1993. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ED em RE 401.127-1/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJU 17/12/2004).

85

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n. 8.742/93, promoveu a plena integração do benefício assistencial ao ordenamento jurídico pátrio, sendo sua regulamentação administrativa engendrada com o Decreto n. 1.744/95.

O art. 1º, da Lei Orgânica da Previdência Social, estabeleceu que:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A dicção legal de que a assistência social seria “direito do cidadão” foi a origem da celeuma da concessão ou não do benefício assistencial ao estrangeiro no cenário jurídico e social pátrio. Cidadão seria tão somente o brasileiro nato ou naturalizado, o que, pois, redundaria na exclusão do estrangeiro.

O Decreto n. 1.744/95 deixou explícita a impossibilidade de o estrangeiro, que não fosse naturalizado, obter a prestação, o que se vê consignado em seu art. 4º: “São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiências estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem”.

Veja-se que a disposição restritiva da concessão do benefício assistencial permanece no atual Decreto que o regulamenta, Decreto n. 6.214/07: “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”.

Isso posto, a literalidade da lei ordinária, e de seus regulamentos, conduziria a uma conclusão de que o estrangeiro só teria direito ao benefício assistencial de prestação continuada, caso tenha adquirido a nacionalidade brasileira.

Paladinos e detratores da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros se digladiam no intuito de pacificar uma compreensão do assunto. Exportam-se seus principais argumentos, já adiantando a anotar que a discussão, por ambas as partes, desenvolveu-se em um campo extremamente reducionista, pois dogmático e estatalista, com o qual se tentará romper.

## Dos argumentos favoráveis à concessão do benefício assistencial

### *Do desrespeito à Constituição Federal pela negação do benefício assistencial ao estrangeiro*

Asseveram os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros<sup>5</sup> que uma leitura mais detida do art. 5º, *caput*, da Constituição da República, desvela que os direitos e garantias fundamentais nela expressos se estendem aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

A leitura do art. traria assentada a conclusão de que, em relação a direitos e garantias fundamentais, há tratamento isonômico dispensado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, não havendo, pois, a exigência de que sejam esses naturalizados.

Anotam os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que, quando a Constituição Federal confere direitos e prerrogativas diferenciados àqueles que detenham a nacionalidade primária ou aos brasileiros em geral, fê-lo expressamente, porquanto o § 2º do art. 12 estatui que “a lei não poderá estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Procedimento administrativo n. 1.34.001.000473/2003-14.

<sup>6</sup> Art. 12. São brasileiros:

Na mesma linha, quando a Constituição autoriza a distinção de direitos idênticos entre brasileiros e estrangeiros, ela também adota a técnica legislativa de enunciação expressa e em casos exaurientes<sup>7</sup>.

Dessarte, sustentam os defensores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que se a Constituição Federal admite tratamento jurídico diferenciado entre estrangeiros e nacionais apenas nos casos expressamente previstos, é imperioso admitir-se que nos demais casos, notadamente naqueles que contemplam direitos fundamentais, o tratamento deve ser isonômico.

### *Da assistência social como direito fundamental*

Consoante os apologistas da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros, a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei n. 8.742/93, não contém qualquer restrição ao direito à assistência social aos estrangeiros residentes no país.

Se a lei em si não ostenta vedação expressa, não poderia seu decreto regulamentar, Decreto n. 1.744/95, inovar juridicamente e restringir o direito ao benefício assistencial.

Nesse diapasão, os defensores evocam a Ingo Wolfgang Sarlet<sup>8</sup>, cujos escólios apregoam que:

---

[...]

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I – de Presidente e Vice-Presidente da República;

II – de Presidente da Câmara dos Deputados;

III – de Presidente do Senado Federal;

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V – da carreira diplomática;

VI – de oficial das Forças Armadas;

VII – de Ministro de Estado da Defesa.

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta ao Presidente da República, e dele participam:

VII – seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Vide, também, os arts. 5º, inciso LI, e 222, todos da CRFB/88.

<sup>7</sup> Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá ou casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Vide, também, arts. 176, § 1º, 222, 227, § 5º, todos da CRFB/88.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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 seus resultados, 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.

88

Isso posto, a restrição trazida pelo Decreto n. 1.744/95, além de violar a Constituição da República, houve por desvirtuar *in totum* sua finalidade.

Ressaltam, como já dito, os paladinos da concessão do benefício assistencial que os Decretos são instrumentos normativos editados pelo Poder Executivo para tornar efetivo o cumprimento da lei e, dessarte, não podem trazer inovações jurídicas, criando, modificando ou extinguindo direitos. É o que assenta Alexandre de Moraes<sup>9</sup>, citando Esmein, “são eles prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito”.

### *Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estatui uma série de garantias à liberdade pessoal e à justiça social, sempre tendo como base o respeito aos direitos humanos. Seu art. 1º consagra a proibição de qualquer forma de discriminação, *verbis*:

Art. 1º Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 427.

## Concessão de benefício assistencial ao imigrante

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Na mesma esteira, dispõe seu art. 24: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

Asseveram os paladinos da concessão que o hodierno Direito Internacional tem como núcleo os direitos humanos e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que resguardem direitos fundamentais têm força legal equiparada à de normas constitucionais, sendo sua aplicabilidade irrestrita e imediata, desde que aprovados com o quórum diferenciado de dois terços, em cada Casa Legislativa, em dois turnos<sup>10</sup>.

### *Do princípio da universalidade*

Os defensores do amparo assistencial aos estrangeiros esposam que a Universalidade é um princípio constitucional retór da assistência social, o que está ostensivo no art. 203 da Carta Republicana com a dicção: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar...”, no que ratifica o art. 194:

A seguridade social 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.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

89

Dados o teor e a conformação constitucional do princípio da Universalidade, a conduta que nega a concessão do benefício assistencial aos estrangeiros destoaria do mesmo. Como garantir a aplicação do Princípio da Universalidade excluindo do direito à assistência social os estrangeiros residentes no país?

## Dos argumentos contrários à concessão do benefício assistencial

### *Do direito de igualdade*

Igualdade, dentro do Estado Social de Direito, materializa-se na busca da justa repartição dos recursos políticos<sup>11</sup> entre os integrantes da sociedade, desiderato esse protagonizado pelo Estado.

<sup>10</sup> Art. 5º, § 3º, Constituição da República.

<sup>11</sup> Conjunto de bens da vida que são partilháveis, com vistas a se alçar todos e cada cidadão ao lugar de debatedor da *pólis*, ou seja, pessoa dotada da capacidade de elaborar, discutir, mudar e rejeitar políticas públicas, entendidas estas como planos de execução concreta de ações

Para os detratores da possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros<sup>12</sup>, se o cerne da igualdade reside na ideia da justa repartição dos recursos políticos, a primeira análise a ser feita é se a proteção assistencial aos estrangeiros insere-se na possibilidade econômico-financeira de um Estado e se a comunidade nacional está apta a legitimar essa proteção.

Os opositores entendem, com fincas no realismo jurídico, que a realidade jurídica internacional demonstra que isso não é possível.

Desde a consolidação internacional dos direitos humanos, a possibilidade de proteção nacional aos apátridas foi vista com reservas. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC – ratificado pelo Brasil em 24/01/1992), inspiração interna aos países signatários dos chamados direitos humanos de segunda “geração”<sup>13</sup>, dispõe:

Art. 2º

§ 1 Cada Estado-membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

§ 2 Os Estados-membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

§ 3 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.

Na mesma toada de temporização da proteção aos estrangeiros, a Convenção n. 102, da OIT, Norma Mínima de Seguridade Social para todos os Países (ratificada pelo Brasil – Decreto Legislativo n. 269/2008), dispõe que:

---

governamentais, integradas, sincronizadas e harmônicas, com vistas a concretizar o longo cardápio de direitos sociais previstos na Constituição da República.

<sup>12</sup> MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O direito do estrangeiro residente no país ao benefício assistencial de prestação continuada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 12, p. 9-18, fev. 2012.

<sup>13</sup> Optamos por referenciar o termo geração entre aspas porque não acreditamos na linearidade do desenvolvimento dos direitos humanos no tempo.

Art. 68

1. Os residentes não nacionais devem gozar dos mesmos direitos que os residentes nacionais. Todavia, no que diz respeito às prestações ou às frações de prestações financiadas exclusivamente ou em sua maior parte pelos cofres públicos e, no que se refere aos regimes transitórios, podem ser prescritas disposições especiais relativamente aos estrangeiros e aos nacionais nascidos fora do território do Estado-membro.

Os instrumentos supracitados consagraram um tratamento “diferenciado” aos estrangeiros, o que encontra respaldo na realidade jurídica vigente no cenário mundial, na medida em que, passados mais de 40 anos da elaboração do Pacto Internacional, ainda hoje os Estados não conferem aos estrangeiros a mesma proteção assistencial dada aos seus cidadãos.

Nessa esteira, alegam os opositores da proteção assistencial aos estrangeiros que o Brasil, em documentos como o Acordo Multilateral do Mercosul<sup>14</sup> e a Convenção Multilateral da Comunidade Ibero-Americana<sup>15</sup>, reconheceu tais limitações, o que só corrobora a impossibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros no contexto brasileiro.

Outrossim, ao contrário do que ocorre nas outras áreas da seguridade social (saúde e previdência), não há nenhum acordo de reciprocidade firmado pelo Brasil com outro Estado, garantindo a extensão de proteção do brasileiro ou estrangeiro a benefícios assistenciais.

No que tange à suposta lesão à Constituição Federal pelo tratamento diferenciado aos estrangeiros na concessão do benefício assistencial, asseveram os contestantes que a argumentação de que a Constituição só autoriza a diferenciação entre nacionais e estrangeiros nos casos especificamente previstos desafia a interpretação teleológica do texto constitucional, porquanto desrespeita a previsão do tratamento “diferenciado” entre nacionais e estrangeiros apontado e fundamentado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que inspirou a própria Carta da República no tocante ao cardápio de direitos sociais.

Finalmente, asseveram os opositores que inexistente isonomia, enquanto igualdade fática, a ser protegida, vez que o cenário internacional não se caracteriza

<sup>14</sup> Acordo Multilateral do Mercosul (Decreto Legislativo n. 541/2001): Art. 3: O presente Acordo será aplicado em conformidade com a legislação de seguridade social referente às prestações contributivas pecuniárias e de saúde existentes nos Estados Partes, na forma, condições e extensão aqui estabelecidas.

<sup>15</sup> Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social: Item 4: A presente Convenção não se aplica aos regimes não contributivos, nem à assistência social, nem aos regimes de prestações a favor das vítimas de guerra ou das suas consequências”. In: <[http://www.inss.gov.br/arquivos/office/3\\_110318-142609-692.pdf](http://www.inss.gov.br/arquivos/office/3_110318-142609-692.pdf)>.

por reciprocidade. Como se pode falar em tratamento isonômico de estrangeiro e brasileiro se o inverso (brasileiro que reside não exterior) não tem esse mesmo amparo, apesar de estar em igual situação de miserabilidade?

## Do princípio da solidariedade

A corrente opositora alega que a concessão de benefício assistencial a estrangeiro, além de ampliar a proteção da seguridade social em total descompasso com a política internacional firmada pelo Brasil, acaba também por solapar o cânone reitor de todo o sistema constitucional de seguridade social, o Princípio da Solidariedade.

Na ótica dos detratores da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros, não há como se falar em direito à proteção social sem lastrear tal direito dentro da solidariedade humana. Por conseguinte, a definição de solidariedade, por mais ampla e indefinida que possa ser, exige o elemento da interdependência recíproca. É justamente por isso que, por meio de tratados internacionais, é ofertada a saúde a estrangeiros residentes no Brasil, garantindo a reciprocidade ao brasileiro residente no estrangeiro, bem como o reembolso do país de origem do indivíduo.

92

Dessa forma, sem o auxílio de todos, não há como se custear, nem tampouco legitimar, qualquer sistema que busque a proteção social.

Nessa perspectiva, não há como se falar em efetivação de direitos de seguridade social em um contexto internacional, sem antes fixar o encargo de toda a coletividade mundial, ou ao menos dos países envolvidos (o Estado receptor e o de origem).

A ausência de reciprocidade, seja no plano nacional ou no internacional, desvirtua até mesmo a legitimação do sistema em si. Nesse particular cumpre destacar as palavras de Ingo Sarlet<sup>16</sup>:

o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente,

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 170.

mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial.

Assim, o axioma da solidariedade, que fundamenta todo o Estado Brasileiro (art. 3º, inciso III, CRFB/88), resta desvirtuado com a extensão da proteção assistencial ao estrangeiro, independentemente de qualquer reciprocidade.

Pontuam os questionadores da proteção assistencial aos estrangeiros que o escopo de construção de uma sociedade justa e desmarginalizada deve ser equacionado priorizando-se as necessidades dos nacionais. Sintomático da conclusão acima é a pergunta retórica: “como se pode falar em extensão e proteção assistencial a estrangeiros se a própria proteção do nacional ainda é deficiente?”.

Batem-se incessantemente os detratores pela observância fiel da equação solidariedade-reciprocidade como condição para o reconhecimento e efetivação de direitos assistenciais a estrangeiros, ressaltando excertos constitucionais:

Art. 12.

§ 1º, da CF – Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

### *Da análise socioeconômica como condição de eficácia dos direitos sociais – custo estatal dos direitos sociais*

93

Afastar a necessidade de relações que garantam direito recíproco entre Estados é atentar contra a higidez de qualquer sistema de seguridade, pois lhe retira sua viabilidade executória (manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro).

Não há como se resguardar a extensão de benefícios assistenciais aos estrangeiros com base na isonomia constitucional, quando é sabido que a efetivação dos direitos sociais demanda uma pormenorizada análise econômica e financeira do Estado recebedor. Tanto assim o é, que o próprio constituinte pátrio impôs como princípio constitucional o comando de que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (art. 197, § 5º, da CRFB).

A observação da realidade política, social, histórica e ideológica é imprescindível para a delimitação e efetivação desses direitos.

Dissociar o custo financeiro que a efetivação dos direitos sociais implica é criar verdadeiro sistema de “insegurança social”<sup>17</sup>, pois a qualquer momento o sistema ruirá.

<sup>17</sup> MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz, op. cit., p. 16.

Nesse sentido, adverte Wagner Balera<sup>18</sup>:

[...] ninguém poderia supor que o ordenamento jurídico autorizasse o descompasso entre metas a serem atingidas e recursos disponíveis. Tal anomalia acabaria desnaturando o modelo que, mesmo em trânsito para fora superior da seguridade, não se pode furtrar-se à estreita conotação que deve existir entre receita e despesa, elementar para que qualquer seguro seja seguir (p. 123).

Ora, se uma das grandes discussões da sociedade internacional hoje reside justamente no devido equacionamento do custo dos direitos de seguridade para cada Estado-nação e seu povo (vide os atuais problemas previdenciários na Grécia e Espanha), torna-se imprescindível analisar se é possível ao Brasil, que tem uma extensa e dispendiosa agenda de direitos sociais, a assunção desse acréscimo de proteção aos estrangeiros.

### *Respeito ao princípio da seletividade e distributividade*

Os debatedores que rechaçam a possibilidade de concessão do benefício assistencial aos estrangeiros trazem à discussão o argumento de que a unidade de interpretação da Carta Republicana restaria prejudicada no caso de se estender os mesmos direitos de seguridade social previstos aos brasileiros, em face aos princípios da seletividade e distributividade.

94

Se é verdade que a Seguridade Social esculpe como seu primeiro alicerce o Princípio da Universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da CRFB/88), não é menos verdade que consagra, também, os Princípios da Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Como admitir a escolha (seleção e distribuição) se se pretende o todo (universalidade)?

Em resposta à indagação, sustentam os detratores que a Constituição é um projeto para o futuro, ela busca transformar a realidade, estabelecendo metas (aspecto programático).

A Seletividade entra em cena para escolher, selecionar, as contingências e riscos sociais que mais afligem a sociedade. Negar ao Estado a faculdade política de eleger suas necessidades equivale a vulnerar a soberania do mesmo, enquanto exercente do poder popular, materializado em escolhas políticas de ação e proteção – e a cada escolha preferida implica uma escolha preterida, escolhas essas balizadas por uma agenda econômica, financeira, atuarial e ideológica.

---

<sup>18</sup> BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 123.

## Olhar crítico sobre a questão

A discussão envolvendo a concessão de amparo assistencial ao estrangeiro tende a se reduzir, na modernidade, a argumentos puramente economicistas<sup>19</sup>, sendo a administração racional dos recursos à disposição do Estado-nação sua orientação soberana, estatalista, sendo o Estado o garantidor exclusivo do cardápio de direitos sociais, como subtipo de direitos humanos, e dogmáticas, como subsecutivo lógico da visão estatalista, confinando o conceito de direitos sociais humanos àquilo que é positivado na ordem posta do Estado-nação.

É de se ver que o conceito de direitos (sociais, assistenciais) humanos queda jungido indissociavelmente ao conceito de cidadão, de molde a considerar o Estado o único guardião daqueles direitos, realizados na medida de uma possibilidade econômico-financeira, cujas prioridades não evidenciam um apego ao humano, mas ao rentável, produtivo e eficiente.

O Estado-nação se apresenta como um gerenciador universal e exclusivo de demandas sociais, cuja realização pontual e setORIZADA, ou mesmo a não realização, encontra pacífica escusa em um critério de disponibilidade de recursos e de sua parcimoniosa administração.

Toda essa situação acerca da concessão ou não de benefício assistencial aos estrangeiros remete inevitavelmente a uma pergunta: o que se entende por direitos (sociais, assistenciais) humanos? Serão eles direitos resguardados pela ordem interna de um dado Estado-nação e realizáveis na medida de um planejamento técnico-financeiro?

Se se cogitar os direitos humanos (sociais, assistenciais) como direitos resguardados por um determinado Estado-nação apenas a seus cidadãos, e executáveis em uma marcha orientada por planejamento técnico-econômico, obter-se-á uma visão um tanto quanto reduzida destes, inidônea a resolver situações de tragédias humanas como a situação de refugiados de guerra ou de desastres naturais, apátridas e imigrantes, reduzindo os laços de solidariedade humana, que doravante seriam mediados por uma instituição abstrata e sem calor chamada Estado, e na medida dos interesses e planejamento econômicos desse. Observa David Sanches que:

En cuanto al paradigma económico, nos encontramos con un tipo de espiritualidad y sociabilidad basada en la rentabilidad, la competitividad, el consumo y la obtención del máximo beneficio, en donde no caben sentimentalismos ni sensibilidades preocupadas por las condiciones de trabajo ni por las condiciones de existencia dignas de todos los sujetos.

<sup>19</sup> Racionalidade essa que transforma o Mercado em um meio, método e fim do comportamento humano.

Se asimila al cálculo del pirata o del conquistador (HINKELAMMERT y MORA, 2006), que es equivalente al cálculo empresarial de hoy en día: se trata de un cálculo basado em el pillaje y era realizado por los esclavistas, los colonizadores y los piratas europeos entre los siglos XV y XIX. No preocupan los costos materiales e inmateriales ocasionados por las acciones de esclavitud, colonización y asalto para obtener un buen botín, expresados em la destrucción de pueblos enteros y la pérdida de vidas humanas. Si el oro, la plata y los tesoros eran más que suficientes, daba igual la cantidad de vidas asesinadas y el derramamiento de sangre ocasionado<sup>20</sup>.

Dessarte, os direitos humanos devem ser pensados para além da seara de ação exclusiva de um Estado-nação (visão estatalista), para além de constituições e leis (visão dogmática jurídica) e para além de uma perspectiva econômica de viabilidade de concreção (visão economicista), pois os direitos humanos devem se orientar pelo que é humano, e nada mais humano do que as necessidades, as privações.

96

No caso prático que serve de pano de fundo para a presente análise teórico-crítica, é patente que alguém que sai de seu país, abandonando parentes e amigos, e entra em um outro país, de clima, idioma e costumes diferentes, não o faz por mero desejo de aventura, mas por necessidade. E o benefício assistencial de prestação continuada não é nenhuma regalia, é a última defesa contra o estado de completa degradação do humano, um estado de necessidades humanas elementares não providas.

Nesse contexto de necessidades humanas enquanto conteúdo material dos direitos humanos, é válido ressaltar que “O conjunto de necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização”<sup>21</sup> e na análise das necessidades exibidas nos múltiplos contextos culturais, cabe perquirir acerca da legitimação das mesmas, donde cabe

---

<sup>20</sup> Tradução livre do autor: “Quanto ao paradigma econômico, encontramos um tipo de espiritualidade e sociabilidade baseada na rentabilidade, na competitividade e no consumo, visando obter o máximo benefício, em que não se encaixam sentimentalismo ou sensibilidades preocupados com as condições de trabalho ou as condições de vida decentes para todos os sujeitos. Ele assimila o cálculo da pirataria, o do conquistador (Hinkelammert e Mora, 2006), o que equivale à computação empresarial de hoje: baseia-se em um cálculo de pilhagem que foi conduzido pelos traficantes de escravos, colonizadores e piratas europeus entre os séculos XV e XIX. Não há preocupação com os custos tangíveis e intangíveis causados pelas ações da escravidão, da colonização e do assalto para a obtenção de um bom lucro, expresso em destruição de povos inteiros e perdas de vidas humanas. O ouro, a prata e os tesouros extraídos equivalem às vidas assassinadas e ao derramamento de sangue ocasionado”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

<sup>21</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Art. publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 122.

trazer à baila os escólios de Agnes Heller no sentido de que “pode ser reconhecida como legítima se sua satisfação (das necessidades) não inclui a utilização de outra pessoa como mero meio”<sup>22</sup>.

A definição de Heller aplicada ao caso em comento evidencia a coisificação do ser humano, sua transformação em médio, em meio, eis que, a pretexto de não dispor de recursos financeiros suficientes para atender a demanda social do estrangeiro, ou simplesmente pelo fato de ele não ser cidadão, o Estado-nação poderia se negar a lhe prestar um amparo assistencial básico, talvez aplicando tais recursos em uma área mais “proveitosa economicamente”. A vida humana é colocada como via pavimentadora dos objetivos do Mercado, enquanto instância orientada pelo tecnicismo, cientificismo, economicismo, na busca do máximo proveito, eficiência e eficácia.

Costas Douzinas<sup>23</sup> identifica nos direitos humanos o objetivo de resistir à dominação e à opressão pública e privada e, para tanto, rechaça a noção de humanidade<sup>24</sup> como significado estático.

Afirma Douzinas que “a humanidade não é uma propriedade compartilhada. Ela é perceptível no inesperado incessante da condição humana e da sua exposição a um futuro aberto e indefinido”<sup>25</sup>. Dessarte, o conceito de “humanidade” deve ser construído prospectivamente, diante das necessidades de luta contra a exclusão, dominação e exploração do homem pelo homem<sup>26</sup>.

Douzinas contesta os modelos de direitos humanos para exportação<sup>27</sup>, entendidos como instrumentos de hegemonização de uma visão cosmopolitista, imperialista e empiricista, que acabam gerando exclusão daqueles que não se encaixam em tais modelos (os não humanos, o “eixo do mal”, ou aos sem pátria) ou a vitimização/imbecilização de alguns sujeitos de tais direitos, vistos como dignos de pena e amparo (os países de capitalismo periférico).

Ainda com o Prof. Costas, tanto a exclusão como a imbecilização de seres humanos na hodierna política de direitos humanos hegemônica<sup>28</sup> são perniciosas

<sup>22</sup> HELLER, Agnes. Más allá de la Justicia. Barcelona: Crítica, 1990, p. 238/239 e 239. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. Editora Alfa-Ômega: São Paulo, 2001, p. 246.

<sup>23</sup> DOUZINAS, Costas. *Os paradoxos dos direitos humanos*. Anuário do Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

<sup>24</sup> Ou de necessidades humanas fundamentais ou de dignidade da pessoa humana.

<sup>25</sup> DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 9.

<sup>26</sup> A nosso sentir, a exclusão, dominação e exploração são os fatores sociais que precipitam a ocorrência de necessidades.

<sup>27</sup> DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 14.

<sup>28</sup> Douzinas cita, como exemplo de tal política imperialista, o ocorrido no debate entre Sepúlveda e Bartholomé de las Casas, onde os índios eram imbecilizados e os mouros excluídos da esfera de direitos da Coroa espanhola.

à afirmação destes como conquista legítima, eis que lhe subtraem seu cerne principal: o protesto (a luta) contra a exclusão, dominação e exploração.

O *magister* coroa seu pensamento com a contundente afirmação de que:

O que hoje me liga a um iraquiano ou palestino não é o pertencimento a um Estado ou comunidade mundial, mas um protesto contra a cidadania, contra a adesão a uma comunidade ou entidade política: um vínculo que não pode ser restringido aos conceitos tradicionais de comunidade ou cosmos, de *pólis* ou Estado<sup>29</sup>.

Veja-se que a lição de Douzinas calha à fiveleta da questão posta, com invulgar alegria.

Primeiro, porque rejeita um conceito estático de humanidade, assim como se rejeita um conceito abstrato e universal de necessidades humanas, embasamento material dos direitos (sociais, assistenciais) humanos. Ao requerer um benefício assistencial ao Estado Brasileiro, o estrangeiro o faz com espeque em uma necessidade real, atual e particular, mas que nem por isso deixa de ser legítima.

Segundo, porque contesta os modelos de “direitos humanos para exportação”, modelos estes que incorrem na notória hipocrisia de enunciar um caráter universal de seu conteúdo teórico, mas que, na prática, curvam-se e aceitam limitações de toda ordem, econômica, étnica ou ideológica, na busca da legitimação da seleção daqueles que serão atendidos (“súditos da coroa e índios”, os nacionais e os habitantes do capitalismo periférico que aceitam a hegemonização de uma visão de mundo) e daqueles que não o serão (“os mouros”, o eixo do mal, terroristas). Se o Estado Brasileiro proclama leis (inclusive sua Constituição) que consagram direitos humanos como universais e devidos a qualquer homem, sem distinção, e ratifica, nesse sentido, os mais diversos instrumentos internacionais, não há como se aceitar que o próprio homem crie discursos relativizadores desse compromisso com o humano, alicerçado em racionalidades técnicas, que utilizam a privação humana como meio de capitalização de recursos.

Terceiro, porque deseja romper com a visão reducionista de direitos humanos, que os confina ao cardápio de direitos oferecidos por um Estado-nação. Se somente o Estado brasileiro for garantidor de direitos humanos, ter-se-á uma rede de proteção limitada, pois ele não está em todos os lugares.

Pero centrar nuestro imaginario solo sobredimensionando el protagonismo de las esferas estatales con políticas públicas, los circuitos judiciales y las normas positivizadas como si fueran exclusivos, tiene efectos dañinos para la mayoría de la humanidad y sobre todo para las poblaciones

<sup>29</sup> DOUZINAS, Costas, op. cit., p. 15.

## Concessão de benefício assistencial ao imigrante

victimizadas. Para demostrar lo que estamos diciendo, solo tenemos que fijarnos en este ejercicio de reflexión que va en la línea apuntada antes: ¿cuántas violaciones de Derechos Humanos suceden todos los días en el mundo o en los estados que se dicen de derecho? Seguro que muchísimas, incalculables. ¿Cuántas de esas violaciones son atendidas judicialmente, com sentencia favorable y, además, efectiva? ¿y en relación a asuntos de prostitución forzada, trabajo esclavo y trata de personas? Seguro que siendo generosos, la proporcionalidad es de un 99,9% de violaciones y un 0,1% de efectividad judicial<sup>30</sup>.

Por último, Douzinas reconhece a dimensão emancipadora dos direitos humanos. Ao se conceder um amparo assistencial ao estrangeiro, não se estará simplesmente incorrendo em vulgar dispêndio de recursos; estar-se-á emancipando um ser humano contra a necessidade que, em primeiro lugar, fê-lo imigrar ao Brasil.

Com tais críticas em mente, passa-se à tentativa de construir uma proposta de direitos (sociais, assistenciais) humanos aplicada à concessão de amparo assistencial ao estrangeiro, que ostente um amparo teórico firme e idôneo a consagrar o verdadeiramente “humano”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### Amparo multigarantista ao estrangeiro enquanto direito humano emancipador

99

No encerramento deste trabalho, tenta-se oferecer uma perspectiva de direitos (sociais, assistenciais) humanos que forneça uma resposta justa e teoricamente fundamentada à questão da concessão de amparo assistencial ao estrangeiro, transcendendo o debate dogmático, estatalista e economicista em que o mesmo usualmente se desenvolve no cenário jurídico brasileiro.

Partir-se-á, nessa fase final do trabalho, do pressuposto de que conceder o amparo assistencial ao estrangeiro é um mínimo, mas não o suficiente. Isso posto, qual a proteção que seria, muito mais que ideal, justa e factível?

---

<sup>30</sup> Tradução livre do autor: “Mas concentrar nosso imaginário somente no protagonismo das esferas estatais com políticas públicas, os circuitos judiciais e normas positivadas, como se fossem exclusivos, tem efeitos nocivos para a maioria da humanidade e, especialmente, para as populações vitimadas. Para demostrar o que estamos dizendo, só temos de olhar para esta reflexão que segue as linhas já colocadas: quantas violações a direitos humanos acontecem todos os dias no mundo nos Estados que se dizem de Direito? Certamente muitas, incalculável o número. Quantas dessas violações são tratadas judicialmente com julgamento favorável e também eficaz? E em relação a questões de prostituição forçada, trabalho escravo e tráfico de pessoas? Sendo generosos, a proporcionalidade é de 99,9% de violações para 0,1% de efetividade jurídica”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 151.

A resposta: a proteção justa, factível e embasada em pressupostos teóricos defensáveis é justamente a que supera as visões dogmáticas, estatualistas e economicistas. Dessarte, a pergunta que se põe é: como o fazer?

Com subsídios no pensamento de Douzinas, deve-se romper com o imaginário simplista e reduzido sobre direitos humanos, que se baseia em um paradigma estatualista e pós-violatório dos mesmos.

Assim sendo, uma proposta complexa de direitos humanos deve englobar sua dimensão de processo de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade humana.

Es por esta razón que los Derechos Humanos deben ser percibidos como procesos de lucha individuales y colectivos diarios, constantes, a todos los niveles, que se implementan en todo momento y en todo lugar y que se hacen y construyen (y se deshacen y se destruyen) a partir de los modos de acción y los comportamiento que la gente, día a día, desenvuelve en cada espacio social en el que se mueve<sup>31</sup>.

Deve-se ampliar a noção de direitos humanos, a partir de um paradigma de complexidade e inter-relacionalidade, para neles incluir as lutas que os originam e significam, as distintas eficácias e garantias de caráter jurídico não estatal e as garantias não jurídicas. Com isso se quer dizer que o conteúdo dos direitos humanos não deve ficar circunscrito aos direitos positivados por um determinado Estado-nação, mas antes devem guardar relação com a realidade de necessidade, opressão e marginalização que um determinado ser humano sofre. Além disso, não deve ser o Estado o único garantidor de direitos humanos, mas todos e cada um<sup>32</sup>.

Por exemplo, por que o Estado brasileiro, além de conceder ao estrangeiro o benefício assistencial, não pode concitar a população a receber e abrigar imigrantes (dimensão não estatal de garantia dos direitos humanos) ou mesmo, dentro da racionalidade economicista, conceder incentivos fiscais a quem o fizer? Empresas poderiam ser estimuladas a empregar imigrantes (dimensão pré-violatória).

Para se superar a racionalidade economicista vigente, deve-se retomar o pensamento complexo, que percebe que a realidade não se cinge às dualidades propostas pelo pensamento ocidental simplista: não se cinge a questão ao “estrangeiro *versus* nacional”, na luta por recursos financeiros. Entre as dualidades com as quais se conhece e conforma a realidade abordada (nacional e estrangeiro), há

<sup>31</sup> Tradução livre do autor: “É por esta razão que os direitos humanos devem ser vistos como processos de luta individual e coletiva diários, constantes, em todos os níveis, que se implementam a todo momento e em todos os lugares, e que são feitos e construídos (e desfeitos e destruídos) a partir dos modos de ação e de comportamento que as pessoas, todos os dias, desenvolvem em cada espaço social em que vivem”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

<sup>32</sup> RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 151-152 – proposta multigarantista de direitos humanos.

outras realidades que compõem justamente a complexidade da vida: há a cooperação, solidariedade, simpatia e alteridade, em vez de reciprocidade.

Há de se ressaltar que não existe uma necessária dicotomia entre as dualidades nacional e estrangeiro. Há espaços comuns entre os mesmos, espaços estes em que se pode resgatar a solidariedade e fraternidade, por meio da construção dialógica de valores interculturais comuns.

Dessarte, esses espaços comuns devem ter em mente um conceito de direitos humanos que viabilize os princípios da agência e riqueza humanas<sup>33</sup>. O conceito de direitos humanos a ser apresentado a nacionais, estrangeiros e Estados-nação deve se materializar na disposição e no impulso de lutar pela criação das condições que permitam aos seres humanos dotar de caráter particular suas próprias produções e a seu contexto espacial, temporal e relacional.

Nesse sentido, não esgotando as hipóteses de proteção aos imigrantes, poderia o Estado brasileiro criar programas de recuperação da dignidade destes, a fim de lhes possibilitar, para além da proposta mercadológica de obter trabalho e gerar riquezas, o resgate de sua autoestima.

En este sentido, las políticas públicas tienen que coordinarse, junto con la participación ciudadana y los colectivos victimizados, en la atención debida y adecuada a las víctimas, ya de por sí humilladas y agredidas en su dignidad por ser prostituidas tras ser forzadas y obligadas a ello con violencias diversas. Se deben crear las condiciones para que las personas vulneradas recuperen su autoestima, su autonomía y su dignidad quebrada desde que son anuladas en su libertad y obligadas, en contextos donde se les imposibilita su capacidad de rebeldía y de ser sujeto con una vida digna de ser vivida<sup>34</sup>.

101

Há de se superar o dogmatismo jurídico, que reputa direitos humanos apenas aqueles positivados pelos Estados-nação, com a consagração de um pluralismo jurídico, construído sob uma perspectiva de interculturalidade.

O Estado-nação não conseguiu fazer frente à demanda por direitos (sociais, assistenciais) humanos, ocasionando as situações de tragédia humana trazidas à baila (refugiados, imigrantes, apátridas, privados das mais elementares condições de

<sup>33</sup> RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio, op. cit., p. 25.

<sup>34</sup> Tradução livre do autor: “Neste sentido, as políticas públicas devem ser coordenadas, juntamente com a participação dos cidadãos e das coletividades vitimizadas, com atenção devida e adequada às vítimas, já humilhadas e agredidas na sua dignidade, ao serem prostituídas e forçadas a conviver com violências diversas. Devem-se criar as condições para as pessoas violadas em sua dignidade recuperarem a sua autoestima, autonomia e dignidade, capacidades e qualidades estas que lhes foram subtraídas por contextos em que lhes é imposta a anulação de sua liberdade, contextos em que se lhes impossibilita a capacidade de rebeldia e de ser sujeito com uma vida digna de ser vivida”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 144.

satisfação de necessidades humanas). Além disso, o mesmo Estado constantemente se digladiava com a questão acerca de quais direitos (sociais, assistenciais) humanos devem ser acudidos com os recursos de que dispõe e de que maneira. A inoperância e impotência estatal em resolver tal questão entre Estado-nação e indivíduo trouxeram a lume um novo espaço comum de diálogo, materializado na Sociedade.

Esse novo protagonista das decisões políticas, a sociedade, compõe-se por comunidades e culturas diversas, nelas incluídas a comunidade imigrante, o que induz que uma verdadeira democracia deve reconhecer os valores coletivos ínsitos de cada universo cultural e comunitário, inclusive dos imigrantes enquanto titulares de necessidades humanas legítimas.

Um governo democrático, pois, é aquele que assegura a coexistência de formas culturais diferentes, materializados em grupos ou comunidades imersos em seus universos culturais próprios (imigrantes, nacionais, índios, quilombolas, etc.).

Para se assegurar a convivência de culturas diferentes, ordenamentos jurídicos diferentes, deve-se assentar que nenhuma cultura é, em si, um valor absoluto, senão uma possibilidade aberta de intercâmbios com outras culturas<sup>35</sup>. Essa é a perspectiva da interculturalidade.

A construção da interculturalidade implica que as diferentes culturas (nacionais e estrangeiros) constituem-se em “instâncias dialogais”<sup>36</sup>, devendo reconhecer suas diferenças e buscar mútuas compreensão e valorização.

102

As instâncias dialogais, ou as culturas em processo dialógico de intercâmbio social, buscam a construção de valores comuns por meio de centros geradores de Direito variados, não se restringindo aos órgãos oficiais. As comunidades estrangeiras no Brasil, portanto, enquanto coletividades detentoras de legítimas necessidades humanas, em esforço dialógico com instâncias governamentais e não governamentais brasileiras, poderiam construir um sistema de proteção assistencial mínima, sem a exigência de reciprocidade entre Estados. A sociedade, composta por nacionais e estrangeiros, com espeque em valores de solidariedade e alteridade, é que construirá o conceito de amparo assistencial aplicável.

Por exemplo, uma associação de moradores de cidades fronteiriças pode deliberar, em conjunto com a comunidade imigrante, que a distribuição de cestas básicas, construção de espaços comunais de abrigo, cessão de quartos na casa dos próprios moradores, disponibilização de informes de emprego são políticas assistencialistas

<sup>35</sup> MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: *Repensando la ciudadanía*. Emma Martín Díaz y Sebastián de la Osa Sierra (Eds.). Sevilla: El Monte, 1998, p. 31. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Artigo publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113/128, dez. 2006, p. 120.

<sup>36</sup> SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: *Alteridade e multiculturalismo*, p. 327. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. Artigo publicado na *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 120.

válidas para fazer frente à questão dos direitos (sociais, assistenciais) humanos aplicáveis à imigração, sem prejuízo das proteções estatais institucionalizadas.

O fato é que a dimensão dogmática dos direitos humanos será superada quando todos e cada um, nacionais, estrangeiros, Estado-nação, sociedade, instituições governamentais e governamentais, chamarem para si a responsabilidade de garantir a efetivação dos direitos (sociais, assistenciais) humanos:

Por ello, se precisa articular y defender una concepción mucho más compleja,relacional, socio-histórica y holística que priorice: a) tanto las propias prácticas humanas, que son la base sobre la que realmente se hacen y se deshacen, construyen y destruyen derechos y sobre las cuales se inspiran y elaboran las teorías, b) como la propia dimensión creativa e instituyente de los seres humanos plurales y diferenciados, quienes son los verdaderos sujetos y actores protagonistas. En palabras de Helio Gallardo y como un modo de enfrentar la bipolaridad occidental en materia de Derechos Humanos, hay que entenderlos a tiempo completo y en todo lugar. Nuestra idea estrecha sobre los mismos hay que ampliarla a ámbitos fundamentales que sirvan para extender una sensibilidad activa, participativa, transformadora, socio-histórica y práctica de derechos, como son la lucha social, ya sea en su vertiente de movimientos sociales, o bien a través del esfuerzo individual y cotidiano de cada ser humano y sin reducir la lucha a un único acto puntual y originario; la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal traducida en sistemas de garantías tanto jurídicas como sociales, políticas y económicas; así como la cultura y sensibilidad popular<sup>37</sup>.

## REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>37</sup> Tradução livre do autor: “Portanto, é necessário articular e defender uma abordagem muito mais complexa, relacional, sócio-histórica e holística que prioriza: a) tanto as próprias práticas humanas, que são a base sobre a qual realmente se fazem e desfazem, constroem e desconstroem direitos e sobre as quais são inspiradas e elaboradas as teorias; b) quanto à dimensão instintiva e criativa dos seres humanos plurais e diferenciados, que são os verdadeiros sujeitos e atores protagonistas. Nas palavras de Helio Gallardo, e como uma forma de enfrentar a bipolaridade dos direitos humanos ocidentais, há de se entender direitos humanos a tempo integral e em todos os lugares. Devemos ampliar nossa ideia estreita sobre direitos humanos para os ampliar a ámbitos fundamentais que servem para estender uma sensibilidade ativa, participativa e transformadora, sócio-histórica e de prática de Direitos, como o são as lutas sociais, seja em seu aspecto dos movimentos sociais, seja mediante esforços individuais e diários de cada ser humano, sem reduzir a luta a um único ato pontual e originário; deve-se compreender direitos humanos também em um contexto de eficácia não jurídica e de eficácia jurídica não estatal, traduzida em sistemas de garantias jurídicas e sociais, políticas e econômicas, assim como a cultura e sensibilidade popular”. RUBIO, David Sanches, op. cit., p. 152.

- BRASIL, Constituição da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL, Decreto n. 1.744/95. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL, Decreto n. 6.214/2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procedimento administrativo n. 1.34.001.000473/2003-14.
- DAHL, Robert A. *La democracia e sus criticos*. 1992 de todas las ediciones em castelano. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- DOUZINAS, Costas. *Os paradoxos dos direito humanos*. Anuário do Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG. Pensar os Direito Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O direito do estrangeiro residente no país ao benefício assistencial de prestação continuada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 12, p. 9-18, fev./2012.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MERCOSUL. *Acordo Multilateral*. Decreto Legislativo n. 541/2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção n. 102, Norma Mínima de Seguridade Social.
- PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (PIDESC – ratificado pelo Brasil em 24/1/1992).
- RESTREPO, Ricardo Sanin. *Teoria crítica constitucional; rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá; Pontificia Universidade Javeriana. Faculdade de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibanez, 2009.
- RUBIO, David Sanches. Art. “La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral”, publicado em *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, Migrações e trabalho/Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoria crítica del derecho*. Primera edición. Introducción e Capitulo Primero. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ŽIŽEK, Slavoj. *El espinoso sujeto: El centro ausente de la ontología política*. Traducción de Jorge Piarigorsky. Londres-Nova York: Versus, 1999.

Data de recebimento: 13/03/2016

Data de aprovação: 03/05/2016