

ESTRANGEIROS E ASSISTÊNCIA SOCIAL: A MISÉRIA TEM PÁTRIA?

EXTRANJEROS Y ASISTENCIA SOCIAL: LA MISERIA TIENE PATRIA?

AUTORES:

PIETRO DE JESUS LORA ALARCÓN. *Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Com estudos Pós-doutorais na Universidade Carlos III de Madrid e na Universidade de Coimbra. Professor dos Cursos de graduação e pós-graduação da PUC/SP e do Centro Universitário Instituição Toledo de Ensino ITE.*

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG. *Mestre e Doutor em Direito pela UFPR; pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris I. Professor da Instituição Toledo de Ensino – ITE. Procurador Regional da República. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC*

RESUMO

O artigo defende a extensão aos estrangeiros do benefício mensal e contínuo que nos marcos da assistência social constitui um direito fundamental do ser humano e que se encontra estabelecido no artigo 203, V, da Constituição Federal de 1988. Os argumentos que sustentam esse posicionamento jurídico decorrem de uma interpretação pautada pelos princípios da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, bem como da fundamentalidade material do direito ao benefício assistencial. Procura-se, assim, projetar a máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais numa perspectiva concretizadora, síntese da intenção constitucional de reforçar as bases de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

PALAVRAS-CHAVES

assistência social; estrangeiro; dignidade humana; solidariedade; igualdade

RESUMEN

El artículo defiende la extensión a los extranjeros del beneficio mensual y continuo que en los marcos de la asistencia social constituye derecho fundamental del ser humano y

que consta en el artículo 203, V, de la Constitución Federal de 1988. Los argumentos en a favor de esa tesis derivan de hermenéutica pautada por los principios de la dignidad humana, la solidaridad y la igualdad, así como de la fundamentación material del derecho al beneficio asistencial. Se busca proyectar la máxima efectividad y aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, en perspectiva de concretizarlos, síntesis de la intención constitucional de reforzar las bases de una sociedad fraterna, pluralista y sin preconceptos.

PALAVRAS CLAVES

asistencia social, extranjero; dignidad humana; solidaridad; igualdad

INTRODUÇÃO

A assistente social vai à periferia de uma grande cidade brasileira verificar as condições em que vive uma pessoa que pleiteia o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal. Diz esse dispositivo que a “*assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social*”, e que terá dentre seus objetivos “*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*”.

No barraco que corresponde ao endereço indicado, descrito em toda sua simplicidade como necessitado de urgente reforma, vive um casal de idosos, ambos com mais de setenta anos. O relatório diz que nenhum deles tem renda, o que é confirmado pelo sistema de informações da previdência social, que apontaria imediatamente a existência de vínculo formal de emprego ou recebimento de algum benefício. Não há notícia de filhos, que talvez existam, mas, de fato, não ajudam, porque não podem ou não querem. O casal recebe algum auxílio da igreja local e dos vizinhos, manifestação de solidariedade comunitária. O estado de saúde de ambos é precário, fazem uso eventual da rede pública e nem sempre conseguem o atendimento ou os medicamentos de que precisam.

Não nos ocorreria perguntar mais nada de relevante para a obtenção do benefício assistencial, porém consta ainda que tanto o marido quanto a esposa requerente são

estrangeiros(portugueses) que vivem há várias décadas no Brasil, para onde vieram jovens, onde construíram sua modesta história de vida, de onde nunca saíram e que certamente não mais deixarão.

Embora satisfeitos à evidência os requisitos relativos à condição de idoso – que, conforme a Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), art. 20, *caput*, é de 65 anos de idade ou mais – e à hipossuficiência econômica – que, conforme o art. 20, § 3º, dessa Lei, é de renda familiar mensal por pessoa inferior a um quarto do salário mínimo –, o benefício foi negado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal responsável por administrar a assistência social. O motivo: exige-se do beneficiário a nacionalidade brasileira.

Esta questão simples propõe o seguinte problema jurídico: a assistência social é extensível aos estrangeiros no Brasil? A solução demanda uma sábia interpretação, que permita vislumbrar, nos contornos da Constituição Federal, uma possibilidade de concretização de direitos, a efetividade máxima requerida dos institutos configurados para que, sob o princípio matriz da dignidade humana e com sua incidência vigorosa, se torne possível que ninguém fique exposto às vicissitudes da vida.

1. A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A NECESSIDADE DA LEI E A INSUFICIÊNCIA DA LEI

A assistência social é um direito fundamental que se insere no complexo da Seguridade Social, composto também pelos direitos à saúde e à previdência social, conforme determina o art. 194, *caput*, da Constituição de 1988.

O exercício hermenêutico que vincula o artigo 194 à dignidade da pessoa humana, considerada a matriz dos direitos fundamentais e exposta pelo constituinte no artigo 1º, III da Carta como elemento basilar do Estado Democrático de Direito, revela a fundamentalidade material do assistência social. Nesses termos, a assistência social compromete o Estado e a sociedade à procura e efetivação de condições mínimas para assegurar a vida com dignidade para todos os seres humanos.

Bem por isso a Constituição refere-se expressamente à “*assistência aos desamparados*”, autêntico direito social (art. 6º), que integra, topograficamente, o Título II, “*dos direitos e garantias fundamentais*”.

A boa dogmática constitucional protege a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. As hipóteses de restrição pautam-se em um acurado exame de razoabilidade e proporcionalidade, que ainda assim pode comportar sérias reservas. Por isso impõe-se o cumprimento da motivação serena das razões que o próprio ordenamento jurídico prestigia para que, numa dada relação jurídica e em exercício de interpretação/aplicação do Direito, se valorize, caso a caso, um direito fundamental na exata medida, tanto quanto isso seja possível.

Nesse sentido, a aplicabilidade imediata, as cláusulas de máxima efetividade e proibição de retrocesso protegem os direitos fundamentais de um possível amesquinamento, seja ele resultante da tarefa legislativa, jurisprudencial ou doutrinária. E, em consequência, não é dado à legislação que discipline os direitos fundamentais, a pretexto de regulamentá-los, lhes cercear o alcance.

Constata-se, na esteira do presente artigo, que seria exatamente essa a situação de uma lei ou de um decreto que pretendesse estabelecer mais algum requisito para o benefício assistencial cujas condições já estão expressamente previstas na Constituição.

Com efeito, o art. 203, V, da Constituição, quando prevê as duas condições do benefício de prestação continuada da assistência social (a condição pessoal de deficiência ou idade, bem como a condição econômica de hipossuficiência) e reclama integração “*conforme dispuser a lei*”, insere-se no contexto – apenas aparentemente paradoxal – de necessidade de lei (para regulamentar as condições previstas) e de insuficiência de lei (porque a lei não se basta para estabelecer autonomamente outras condições, como a nacionalidade).

Fixe-se, assim, que a reserva de nacionalidade relativa à assistência social não está prevista nem na Constituição brasileira, nem na Lei 8.742 de 1993, a denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Trata-se de limitação pretendida em nível infralegal, pelo Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007, que regulamenta o benefício

de prestação continuada e o oferece exclusivamente aos brasileiros, exigindo dos estrangeiros a naturalização e a residência. Tal a dicção do artigo 7º do Decreto:

“Art. 7º - O brasileiro naturalizado, domiciliado no Brasil, idoso ou com deficiência, observados os critérios estabelecidos neste Regulamento, que não perceba qualquer outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, nacional ou estrangeiro, salvo o da assistência médica, é também beneficiário do Benefício de Prestação Continuada.”¹

Desde logo é possível objetar que, formalmente, se fosse cabível a exigência de nacionalidade, ela deveria ser veiculada por meio de lei, haja vista o princípio geral da legalidade, exposto no artigo 5º, II da Constituição, bem como a menção expressa no art. 203, à garantia do benefício *“conforme dispuser a lei”*.

Trata-se, no caso, da reserva de lei, que, como explica ALARCÓN, *“consiste em estabelecer que ... aquele assunto ou matéria, terá como fonte reguladora exclusivamente a lei formal que disciplinará seu tratamento”*.²

O dispositivo constitucional do art. 203, V, conquanto consagre um direito fundamental, pede explicitamente integração normativa por meio de lei para definir as condições de aplicação plena. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, definidora de princípio institutivo, na tradicional tipologia proposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA.³

Portanto, não bastaria um mero regulamento (ato normativo infralegal) – como é o caso do Decreto 6.214/2007 – para estabelecer o requisito da nacionalidade e, assim, restringir o alcance do direito fundamental à assistência social. Não se pode cobrar dos estrangeiros

¹ O anterior Decreto 1.744/1995 fazia exigência semelhante no artigo 4º: *“São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem.”*

² 2011, p. 169.

³ 1982, p. 116.

requerentes do benefício assistencial o atendimento a uma condição não estabelecida por lei, como é o caso da exigência de nacionalidade.

Contudo, um trabalho de fundamentação constitucional de maior alcance, sugere que ainda que lei houvesse a prever tal exigência, ela seria descabida.

Com efeito, a Constituição, ao prever o benefício de prestação continuada da assistência social, estabeleceu ela mesma, desde logo, os requisitos. Em relação à condição pessoal, reservou a assistência social “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso”. Em relação à condição econômica, reservou o benefício à ausência de “meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. É certo que a Constituição não definiu a condição pessoal (quando se considera uma pessoa com deficiência ou idosa) nem a condição econômica (parâmetros para aferir se a pessoa consegue prover à própria manutenção por si ou por sua família), tendo deixado expressamente tal definição para a lei de integração do comando constitucional. Mas a lei – e muito menos um decreto – não poderia acrescentar mais alguma condição além daquelas que a própria Constituição estabeleceu. Senão, a Constituição não estaria sendo regulamentada, mas emendada, e, como se sabe, para esse fim existe espécie normativa própria.

Ademais, no ponto específico de previsão do benefício de prestação continuada da assistência social, o texto constitucional foi detalhista, fixando não somente as condições para o benefício, mas inclusive o valor (um salário mínimo) e a periodicidade (mensal). Desse modo, a interpretação mais condizente com tal grau de completude da disciplina constitucional não autoriza que se criem ainda outras condições para o benefício de prestação continuada da assistência social.

2. ESTRANGEIROS E DISCRIMINAÇÃO

As linhas de reflexão sobre o tema que nos ocupa indicam uma aproximação ao conteúdo jurídico da igualdade e sua relação com a nacionalidade como fronteira entre ser e não ser cidadão. E, na verdade, ligando os dois temas, pode-se afirmar que tradicionalmente o fenômeno migratório é tratado com relativa falta de sensibilidade jurídica. Generalizou-

se a visão que restringe as possibilidades de participação política e cidadania social, atenuada hoje pela pressão oriunda dos fenômenos de universalidade e internacionalização dos direitos humanos.

A razão da configuração histórica desse ambiente deve-se à geopolítica e aos fatores econômicos que acompanham a questão migratória e tornaram antagônicos os vocábulos *estrangeiro* e *cidadão*. Esse enfoque que coloca aos migrantes como reféns das necessidades econômicas dos Estados desenvolvidos obstaculizou a percepção do traço comunitário, é dizer, a ideia de *somos membros de uma mesma comunidade*, que deve embasar a cobertura protetora do ser humano em todo tempo e lugar.

No Brasil, a Constituição afirma o princípio da igualdade no *caput* do artigo 5º, demandando a superação das discriminações negativas que implicam tratamentos jurídicos mais gravosos ou menos generosos sem justificativas que os sustentem. Desde logo, a Constituição abomina determinados fatores de discriminação negativa: “*preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade*” (art. 3º, IV) – embora se apresse em generalizar: “*quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV, parte final), “*sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*), e ainda quando estabelece que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, XLI).

No dilema que temos postulado, a intenção constitucional e a prática real sugerem não perder de vista o universalismo dos direitos, especialmente quando as situações são peculiarmente dramáticas e se complementam as circunstâncias que originam discriminações negativas da dignidade.

No caso sob análise, apresenta-se uma pessoa que alia os predicados da idade (idosos), da condição econômica (pobres) e da origem nacional (estrangeiros), fatores que ensejam discriminação e, como tais, devem ser levados em consideração pelo Direito, a fim de evitar prejuízos, assegurar uma distribuição equitativa de bens e serviços e enfatizar a pluralidade de percepções que podem coexistir no Brasil contemporâneo.

De maneira panorâmica, a questão relaciona-se ao tema da inclusão social de pessoas e grupos vulneráveis. Indivíduos e grupos em situação de fragilidade social tendem a ser

desconsiderados por aqueles que detêm as melhores condições de acesso aos recursos que possibilitam as situações de vantagem, daí a importância de “*proteções contra-majoritárias*”, como aponta WILL KYMLICKA: “*a forma que essas proteções assumem não é apenas a anti-discriminação e a cidadania não-diferenciada, mas, ao invés, abarcam direitos diferenciadores das minorias*”.⁴ Visto dessa forma, o direito fundamental à assistência social é um valioso mecanismo de promoção jurídica em face da precariedade econômica.

Estrangeiros são, no entanto, uma realidade cada vez mais presente. Entre 1910 e 2012, “*a população mundial aumentou em pouco mais de quatro vezes*” (de 1,6 para mais de 7 bilhões de pessoas), enquanto “*o número de pessoas vivendo como imigrantes em países diferentes daqueles onde nasceram aumentou em quase sete vezes*” (de cerca de 33 para mais de 200 milhões de pessoas), segundo levantamento referido por SEYLA BENHABIB.⁵ Muitas vezes em situação de fragilidade, e ainda quando não, os estrangeiros são vítimas frequentes de discriminação.

Dada a importância do tema, os esforços da doutrina por tentar estabelecer um marco interpretativo que o analise com suficiência têm contribuído para a percepção do fenômeno, superando visões estreitas que partem da consideração de que a discriminação algo natural ou da essência do ser humano.

No dizer de ÁLVARO RICARDO SOUZA CRUZ, “[*a*] *discriminação ilícita é uma conduta humana (ação ou omissão) que viola os direitos das pessoas com base em critérios injustificados e injustos, tais como a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e outros*”.⁶ Por sua vez, ROGER RAUPP RIOS propõe um “*conceito jurídico constitucional de discriminação, ‘qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública’*”.⁷

⁴ 2008, p. 223.

⁵ 2012.

⁶ 2005, p. 29.

⁷ 2008, p. 20.

Portanto, sem dúvida as discriminações negativas (tratamentos jurídicos diferenciados para pior, normalmente caracterizados por exclusões) que atingem *estrangeiros* – o fator de discriminação é a origem (nacionalidade) – são, em princípio, vedadas.

A perspectiva hermenêutica constitucional aponta a que quando a nacionalidade seja considerada aspecto relevante para alguma diferenciação, haver-se-á de encontrar o fundamento na própria Constituição, e sempre com um olhar de suspeita.

Reservas constitucionais de nacionalidade são estabelecidas, por exemplo, em relação à extradição (art. 5º, LI), à elegibilidade (art. 14, § 3º, I), aos partidos políticos (art. 17, I), a determinados cargos (em geral, no art. 37, I⁸, e especificamente para Ministros do Tribunal de Contas da União: art. 73, § 1º; Ministros de Estado: art. 87; conselheiros da República: art. 89, VII; Ministros do Superior Tribunal de Justiça: art. 104, parágrafo único; Juízes dos Tribunais Regionais Federais: art. 107; Ministros do Tribunal Superior do Trabalho: art. 111-A; Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho: art. 115; Ministros civis do Superior Tribunal Militar: art. 123, parágrafo único), à aquisição ou arrendamento de propriedade rural (art. 190) e à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222).

Por vezes, a reserva de nacionalidade é constitucionalmente qualificada: exige-se nacionalidade originária, ser brasileiro “nato”, ou seja, não basta a nacionalidade derivada ou adquirida (brasileiro naturalizado). Atente-se ao fato de que, por se tratar de refinamento de requisito, a nacionalidade originária também só pode ser cobrada quando expressa, como acontece no caso do art. 5º, LI (vedação absoluta de extradição), pois “[a] lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”, diz o art. 12, § 2º. Tal privatividade a brasileiros

⁸ Veja-se decisão do Supremo Tribunal Federal no Ag. Reg. no RE 350.626-RS (1ª Turma, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 16/10/2012):

“*EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Cargo público efetivo. Ocupação por estrangeiro. Princípio da isonomia. Alegação de inconstitucionalidade do art. 243, § 6º, da Lei nº 8.112/90, em face dos arts. 5º e 37, inciso I, da Constituição Federal. Período anterior à EC nº 19/98. Não ocorrência.*

1. O art. 243, § 6º, da Lei nº 8.112/90, no período anterior à vigência da EC nº 19/98, estava em perfeita consonância com o art. 37, inciso I, da Constituição Federal, uma vez que tal dispositivo constitucional não previa a ocupação de cargos públicos efetivos por estrangeiros.

2. Agravo regimental não provido.”

natos (reserva de nacionalidade qualificada) dirige-se aos seguintes cargos: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa (art. 12, § 3º, da Constituição).

É possível extrair consequências da opção terminológica feita pela Constituição, que ora utiliza o termo “nacionalidade” (ou se refere a “brasileiro”), ora o termo “cidadania” (ou “cidadão”). Os exemplos acima, de reservas de nacionalidade, têm a palavra “brasileiro” (ou “nacional”) e suas variantes como referência. Em outros momentos, o texto constitucional tem como referência a palavra “cidadão” (ou “cidadania”), como no art. 1º, II (fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil); no art. 5º, LXXIII (legitimação para propor ação popular); no art. 58, § 2º, V (competência das comissões do Congresso Nacional para “*solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão*”); no art. 74, § 2º (legitimação para “*denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*”); no art. 103-B, XIII (componentes do Conselho Nacional de Justiça); no art. 130-A, VI (componentes do Conselho Nacional do Ministério Público).

Com o termo “cidadão” (ou “cidadania”) surge a impressão de que o constituinte quis significar o “nacional” (ou “brasileiro”). Não é essa a melhor leitura, contudo. A divergência sustenta-se em dois argumentos. O primeiro é de ordem terminológica mesmo e socorre-se do método de interpretação gramatical (textual): quando quis referir-se à nacionalidade, a Constituição utilizou o termo específico “brasileiro” (ou “nacional”). O segundo argumento é de ordem finalística e socorre-se do método de interpretação teleológica, aquele que, de acordo com CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO E DANIEL SARMENTO, “*busca a finalidade subjacente ao preceito constitucional a ser interpretado*” e pode “*ser empregado para dar suporte a uma interpretação extensiva de uma garantia constitucional*”⁹. Destarte, por se tratar de restrição a direitos, muitas vezes fundamentais, a leitura deve também se restritiva, ou, por outro lado, os direitos devem ser aplicados do modo mais amplo, pois o objetivo é conferir o melhor estatuto jurídico possível às pessoas.

⁹ 2012, p. 417.

Pontualmente a Constituição qualifica o cidadão com a nacionalidade originária (“*cidadãos brasileiros natos*” para integrar o Conselho da República: art. 89, VII; “*cidadãos*” como membros do Supremo Tribunal Federal – art. 101 –, mas que devem ser brasileiros natos: art. 12, § 3º), para deixar muito claro que é de nacionalidade originária que se trata. Nesses casos, o termo “cidadão” seria dispensável, ou seja, é irrelevante.

Em conclusão, por “cidadãos” devem compreender-se os sujeitos (indivíduos) em geral, assim nacionais (natos ou naturalizados) como estrangeiros, conclusão, aqui, reforçada pela redação do *caput* do art. 5º da Constituição: “... *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País...*”.

Quanto aos estrangeiros e a despeito da limitação da redação desse dispositivo constitucional (que, ademais, reclama uma interpretação abrangente da condição de “residente”), outros dispositivos autorizam sustentar que, sejam residentes no país ou apenas estrangeiros de passagem, todos são titulares de direitos fundamentais, pois imbuídos de “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III) e contemplados pelo objetivo de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem...*” (art. 3º, IV), num país que se rege, nas relações internacionais, pela “*prevalência dos direitos humanos*” (art. 4º, II).

O texto constitucional evidentemente diz menos do que a norma. Em princípio, o estrangeiro em situação regular no país e que aqui fixou seu domicílio é sujeito dos direitos fundamentais de modo amplo. Porém, o fato de não estar em situação regular, embora aqui tenha fixado domicílio, não priva o estrangeiro de direitos fundamentais. O mesmo ocorre se esses termos forem invertidos: estrangeiro em situação regular, mas sem residência no Brasil (um turista, por exemplo). Finalmente, até um estrangeiro em situação irregular e sem residência no país é sujeito de direitos fundamentais: não pode, por exemplo, ser torturado pela polícia. É claro que o estabelecimento do estrangeiro no país proporciona uma gama maior – em quantidade e qualidade – de direitos fundamentais (por exemplo: exercício profissional, direitos previdenciários); contudo, a simples condição humana, independentemente do local e da situação, já é suficiente para a titularidade de direitos fundamentais, em princípio.

O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de assegurar, por exemplo, que

“o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado” (HC 94.404 MC/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, 19/08/2008).

Também já assentou o Supremo Tribunal Federal que não se pode vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito a estrangeiro pelo motivo de não residir no país. A residência seria apenas um ponto para aplicação espacial da Constituição e não um *“elemento normativo em si mesmo”*. Afirmou o relator, Ministro GILMAR MENDES,

“a existência de direitos assegurados a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana”, embora a Constituição possa fazer distinção quanto a direitos “dirigidos ao indivíduo como cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o ligaria à pátria”, como os direitos políticos – e talvez nem todos, advirto (HC 944.477/PR, 06/09/2011).

O conceito de “cidadão”, nessa perspectiva, aproxima-se do conceito de ser humano.

Ao projetar-se essa conclusão no texto da Constituição, tem-se que um estrangeiro, ao perceber um *“ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”* (art. 5º, LXXIII) – perceba-se que são direitos ditos “difusos”, de dimensão transindividual –, pode perfeitamente propor ação popular, assim como pode um estrangeiro *“denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”* (art. 74, § 2º), neste caso com ainda maior razão, haja vista tratar-se de notícia de irregularidade ou ilegalidade no âmbito extrajudicial. Haverá algum risco à soberania nacional com tais exercícios de cidadania vigilante? O estrangeiro com *“notável saber jurídico e reputação*

ilibada”, que contasse com a confiança da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não serviria para realizar o controle externo da Magistratura (art. 103-B, XIII) e do Ministério Público (art. 130-A, VI)? Por outro lado, não poderia o Congresso Nacional, por meio de comissão, para instruir-se a respeito de fatos relevantes, solicitar (note-se o tom polido do *convite*) o depoimento de um estrangeiro (art. 58, § 2º, V)?

Em resumo, a cidadania deve ser tomada como uma qualidade normativa com foros de generalidade para o exercício de direitos, enquanto a nacionalidade tem um sentido mais restrito. Senão, ficaríamos presos a conceitos que, ao invés de alargar os direitos fundamentais no sentido da universalidade, ofereceriam resistência e discriminação.

Ao comentar o imperialismo europeu e a colonização dele decorrente, LUIGI FERRAJOLI adverte que, hoje em dia, “*não podemos fazer o caminho inverso – isto é, transformar os direitos do homem em direitos só do cidadão –, sem renegar aquele universalismo dos princípios sobre o qual se fundamenta a credibilidade de nossas próprias democracias. Levar a sério aqueles valores, ou seja, os dos direitos humanos proclamados pelas cartas constitucionais, significa, conseqüentemente, ter a coragem de desancorá-los da cidadania, ou seja, desvencilhá-los do último privilégio de status que permaneceu no direito moderno. E isso significa reconhecer seu caráter supra-estatal, garanti-los não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados, e assim dar um fim a esse grande apartheid que exclui do seu aproveitamento a maioria da humanidade*”.¹⁰

Quando a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) refere-se ao “cidadão” como beneficiário (“*Art. 1º 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.*”), não se deve ler o termo em seu sentido técnico. Cidadão não pode ser aqui, rigorosamente, apenas o nacional com capacidade eleitoral ativa¹¹, pois ficariam de fora, por exemplo, menores e pessoas com os direitos políticos suspensos ou perdidos, que, no entanto, são admitidos como possíveis

¹⁰ 2002, p. 57-58.

¹¹ A interpretação prevalecente indica que o autor popular “*significa aquele que está no gozo de seus direitos políticos. A ação deve ser instruída com o título de eleitor do autor*” (ANDRÉ RAMOS TAVARES, 2010, p. 993-994).

beneficiários de benefícios assistenciais. Cidadania, aqui, é um conceito que se desprende da nacionalidade para alcançar o cosmopolitismo. Tanto é assim que, no próprio contexto da Lei 8.742, há referência expressa ao princípio da universalização dos direitos sociais (artigo 2º, parágrafo único, e artigo 4º, II).

O benefício assistencial de prestação continuada destinado à pessoa com deficiência e ao idoso, regulado no art. 20 da Lei 8.742/1993, retoma e especifica o art. 203, V, da Constituição, ao dispor: “*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.*”¹² As normas aludem apenas à condição de saúde (deficiência) e de idade (velhice) da pessoa, bem como à situação econômica (pobreza), sem qualquer relação com a nacionalidade.

3. A UNIVERSALIDADE, A SOLIDARIEDADE E A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Evidente o caráter de fundamentalidade (material e formal) que impregna o direito de assistência social. Estabelecida normativamente na Constituição brasileira por meio de seus objetivos (“*I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; 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*”: art. 203), a assistência social é voltada aos carentes (“*a quem dela necessitar*”) e, por isso mesmo, independe “*de contribuição à seguridade social*”.

¹² W. C. ROTHENBURG, prefácio, 2012, p. 14.

Configura-se um direito fundamental autônomo à assistência social, com disciplina jurídica própria. Mas a interdependência dos direitos fundamentais ressalta a qualidade normativa do direito, pois vincula-se intimamente às condições elementares de vida digna, como saúde, moradia e trabalho.

Ademais, a fundamentalidade do direito à assistência social socorre-se de argumentos formais extraídos da própria Constituição. O art. 6º, do Capítulo II do Título II (este relativo aos direitos e garantias fundamentais), ao mencionar direitos sociais, refere-se explicitamente à “*assistência aos desamparados*”. Assim, a assistência é expressamente qualificada como direito social. Além disso, a assistência social compõe o “sistema” da seguridade social (que integra a ordem social: Título VIII da Constituição), ao lado do direito à saúde e do direito à previdência social, todos eles reconhecidamente direitos fundamentais e igualmente qualificados como direitos sociais no art. 6º.

Essa concepção sistêmica (integrada) avoca para o direito de assistência social um tratamento jurídico equivalente ao da saúde e da previdência social, que costuma ser mais desenvolvido. A propósito, VÍCTOR ABRAMOVICH E CHRISTIAN COURTIS apontam que, no âmbito internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou que a cláusula do devido processo (consagrada no art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), já aceita em matéria de seguro social (previdenciária), era aplicável a uma prestação de assistência social (caso Salesi v. Itália, 1993).¹³

Direito fundamental que é, a assistência social deve reger-se pela universalidade que contempla o regime jurídico dos direitos fundamentais, ligados que são à condição humana.¹⁴ Se “[t]odas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, como proclama solenemente a primeira parte do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), os direitos fundamentais devem ser assegurados a todos. No entendimento de HABERMAS, “*as próprias pretensões normativas fundamentam-se a partir de uma moral universalista cujo conteúdo há algum tempo foi introduzido, por*

¹³2002, p. 183.

¹⁴WALTER C. ROTHENBURG, 2000, p. 147-148.

meio da ideia de dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos das constituições democráticas”.¹⁵

Sobretudo quando em situação de extrema fragilidade, os seres humanos ressaltam sua igualdade: a triste equiparação na miséria. Um casal de idosos que mora na periferia de uma grande cidade brasileira em precária condição econômica é diferente em que aspecto de outros tantos milhares de beneficiários da assistência social, apenas por serem estrangeiros?

A concepção social traçada pela Constituição de 1988 funda-se expressamente na solidariedade, que compõe, assim, um princípio constitucional autônomo. Bem por isso adverte JAVIER DE LUCA que os opositores à solidariedade como princípio jurídico argumentam que ele é próprio da ideologia do Estado Social e que o fracasso desta é também do princípio diante da hegemonia do mercado. Outros, por sua vez, defendem que não há espaço jurídico para o princípio, porque pretenderia substituir os valores da igualdade e da justiça social.¹⁶ Tais visões fazem retroceder o papel do Estado e amesquinham a interpretação que postula seja a solidariedade um princípio jurídico explícito, que supõe direitos e deveres correlatos.

O princípio encontra-se exposto no texto normativo constitucional em vários dispositivos. O preâmbulo da Constituição de 1988 alude a *“uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”*, enquanto, entre os objetivos fundamentais de nossa República, está *“constituir uma sociedade livre, justa e solidária”* (art. 3º, I). Em diversos momentos, a Constituição atribui deveres em geral – quer dizer, sob o encargo de todos –, como em relação à educação (art. 205: *“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade...”*), ao meio ambiente (art. 225: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado..., impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo...”*) e à criança, ao jovem e ao adolescente (art. 227: *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta*

¹⁵ 2012, p. 36-37.

¹⁶ JAVIER DE LUCAS, 2005, p. 152-153.

prioridade, o direito à vida, à saúde...”), e ao idoso (art. 230: “*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas...*”).

Especificamente quanto à seguridade social, a Constituição enfatiza a solidariedade ao dispor que aquela “*compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade*” (art. 194) e que “*será financiada por toda a sociedade*” (art. 195). Vale a pena repisar que, particularmente em relação à assistência social, o caráter solidário determina que a “*assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social*” (art. 203). Ora, se todos os necessitados têm direito à assistência social, ainda que – e provavelmente porque – não tenham feito qualquer contribuição, é lógico que os recursos para tal benefício procedam dos recursos da sociedade em geral (Poder Público inclusive).

Quanto aos estrangeiros, convém resgatar o pensamento de Kant a respeito de um “*direito universal à hospitalidade, desde que sejam pacíficas as intenções do estrangeiro ao chegar no outro país*”. Esse preceito moral – que se traduz em princípio jurídico – é enfatizado pelas “*obrigações associativas entre os povos, que emanam de fatores históricos*” (S. BENHABIB¹⁷), como é o caso evidente de Brasil e Portugal.

Uma assistência social que se traduz, juridicamente, como direito fundamental expresso e que, portanto, tem a nota da universalidade, bem como está orientada pela solidariedade, não pode deixar ao desabrigo os estrangeiros que cumpram os requisitos constitucionais reveladores de fragilidade.

4.A QUESTÃO CHEGA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão do direito à assistência social por estrangeiros no Brasil surge em pleitos com base no art. 203, V, da Constituição e na Lei 8.742/1993, tanto na via administrativa (perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), quanto na via judicial (perante o Poder Judiciário).

No Supremo Tribunal Federal, tem-se notícia do Recurso Extraordinário 587.970-4/SP, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, em que reconhecida repercussão geral da

¹⁷ 2012. A18.

questão constitucional discutida (decisão de 26 de junho de 2009), nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição. É dizer, trata-se de questão relevante “*do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa*” (art. 543-A do Código de Processo Civil).

O julgamento ainda não ocorreu e já é tempo, haja vista o protocolo da peça inicial em 29 de maio de 2008. Mas a admissão do recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional discutida, é alvissareiro, pois oferece ao Supremo Tribunal federal a oportunidade de decidir o caso e estabelecer a interpretação constitucional prevalecente. Haverá de fazê-lo à luz dos direitos fundamentais, da universalidade destes, da solidariedade e da igualdade.

5.A IGUALDADE FORMAL E A IGUALDADE MATERIAL: MAIS SEMELHANÇAS QUE DIFERENÇAS

A análise pontual de um episódio em que se discute, no contexto dos direitos fundamentais, uma questão de isonomia e correlata discriminação em relação a estrangeiros, convida a uma reflexão acerca da tradicional distinção entre igualdade formal e igualdade material.

Pretende-se demonstrar que a distinção entre tais categorias tem certa virtude didática e ajuda a compreender a igualdade sob o ponto de vista jurídico. Porém, as semelhanças entre as categorias são muito maiores do que as diferenças, a revelar que se trata, antes de tudo, de um mesmo conceito jurídico. Vejamos alguns pontos de análise:

a) diferença entre a teoria e a prática: *enquanto a igualdade formal seria uma igualdade de direito ou de iure, a igualdade material seria uma igualdade de fato*

De acordo com essa distinção, a igualdade de direito refere-se a uma enunciação abstrata, sobretudo textual, ao passo que a igualdade de fato refere-se à realização efetiva da igualdade, em concreto. ANA LUCIA SABADELL adota essa distinção quando trata da posição das mulheres no Direito: “*As ações afirmativas são medidas de caráter político que tutelam os interesses de grupos sociais considerados marginalizados no intuito de*

produzir a igualdade material (quotas para o acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos etc.).”¹⁸

A distinção corresponde a uma suposta diferença entre teoria (igualdade formal) e prática (igualdade material) e reproduz a distância entre o esperado (no plano normativo, de direito) e o acontecido (no plano da realidade, de fato). Para TEMISTOCLE MARTINES, “[o] princípio de igualdade formal arriscar-se-ia, de fato, a permanecer (ao menos em parte) uma pura afirmação teórica, se não fosse integrado pelo de igualdade substancial”.¹⁹ RAINER CZAJKOWSKI destaca “a paradoxal distância que existe entre uma igualdade formal, preconizada pelas leis, e a igualdade substancial a ser detectada na realidade dos fatos”.^{20/21}

Essa diferenciação entre o plano do dever-ser (o “mundo da lei”) e o plano do ser (o “mundo da realidade”), entre a dimensão da validade e a da efetividade, é importante inclusive como teste de eficácia do Direito. Todavia, tanto a igualdade formal quanto a igualdade material devem ser consideradas como categorias *jurídicas*, ou seja, modalidades de formulação de normas jurídicas, que se situam, portanto, no plano do dever-ser. A igualdade formal e a material têm um aspecto abstrato, pois toda norma jurídica principia pelo texto da “lei”. Desdobramentos mais específicos do princípio da igualdade, que estabelecem determinadas distinções com o intuito de se chegar a uma igualdade real, não deixam de ser, para o Direito, consagrações textuais. Sendo assim, tanto a igualdade formal, quanto a material, correspondem à igualdade de direito.

O Direito precisa ter apelo prático e não pode ser concebido como um mundo irreal, da abstração pura, a “ilha da fantasia”, por oposição à realidade fenomênica. Norma jurídica que não tem as mínimas condições de ser aplicada na prática não chega a ser norma, não funciona. HANS KELSEN já dizia que “[u]ma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade.

¹⁸ 2005, p. 238.

¹⁹ 2005, p. 527.

²⁰ 2002, p. 194.

²¹ INGO W. SARLET (2005, p. 284), porém, ao tratar dos direitos sociais fundamentais, alude à equiparação entre igualdade material e igualdade de fato.

Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz”.²² Sem apelo prático, não se tem verdadeira norma jurídica; no máximo, o enunciado (texto) de (pretensa) norma. A dimensão pragmática, a correspondência a determinado setor da realidade, é requisito de qualquer norma jurídica.²³ Seja uma proibição genérica de discriminação (do tipo “ninguém pode ser obrigado a fazer tal coisa”; “todos têm direito a tal coisa”), seja a imposição de um tratamento diferenciado (do tipo “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” – art. 230, § 2º, da Constituição brasileira), todas essas normas têm uma expectativa de aplicação real e requerem condições fáticas – mais ou menos imediatas – de aplicabilidade.²⁴

A norma jurídica, por outro lado, não pode confundir-se com essa realidade, pois o que acontece necessariamente (o que tem de acontecer) não precisa ser regulado pelo Direito, visto que isso seria absolutamente desnecessário. O descumprimento eventual daquilo que está prescrito na norma jurídica não infirma a validade da norma jurídica, que se caracteriza pela contrafaticidade.²⁵ Por isso, a igualdade de fato (o resultado da aplicação da norma) situa-se no plano da efetividade, como um importante teste de verificação (de sucesso) da norma jurídica, mas que lhe é exterior e relativamente distinto. A igualdade de fato (material) será o resultado eventual da igualdade de direito (formal).²⁶

Se tomarmos a igualdade formal e a material como categorias eminentemente *jurídicas*, nenhuma delas se confunde com a igualdade de fato. E se tomarmos a igualdade material como a dimensão concreta, da realidade (no plano da efetividade), então ela não corresponde a qualquer conceito jurídico-normativo de igualdade.

As “desigualdades de direito” podem ser ferramentas para se alcançar uma “igualdade de fato” (no sentido de alteração efetiva da realidade, igualdade material), segundo ROBERT ALEXY. Embora a “igualdade de direito” possa provocar (ou estimular) uma “igualdade

²² 1998, p. 58.

²³ MARCELO NEVES, 1988, p. 21-23; FRIEDRICH MÜLLER, 1996 e 2007; ANDRÉ RAMOS TAVARES, 2006, p. 57-84.

²⁴ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2009, p. 239-240.

²⁵ DIMITRI DIMOULIS, 2011, p. 103-105.

²⁶ Distinção semelhante é proposta por MARTIN BOROWSKI (2003, p. 188-189), que entende a igualdade jurídica quando “relativa ao ato”, ou seja, a igualdade que “ordena um tratamento similar na execução de um mesmo ato”. A igualdade fática é relativa ao resultado (consequências) provocado pelo ato.

de fato”, ou seja, “*a criação da igualdade jurídica pode ter como consequência uma igualdade fática*”, muitas vezes “[*q*uem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica”: “... o princípio da igualdade fática desempenha o papel de uma razão para um direito a um determinado tratamento jurídico desigual que, nesse caso específico, está a serviço da promoção de uma igualdade fática. Nele se funda, portanto, um direito subjetivo à criação de alguma igualdade fática”.²⁷²⁸

b) diferença entre o geral e o específico: enquanto a igualdade formal seria uma igualdade genérica, a igualdade material seria uma igualdade mais específica

A igualdade material corresponde a enunciados normativos mais específicos, que buscam desdobrar e implementar enunciados mais genéricos. Do ponto de vista do Direito, no entanto, a própria igualdade material é apresentada sob forma de norma jurídica, tendo uma dimensão formal, a partir do enunciado textual, e sempre passível de um enunciado ainda mais específico, inclusive por normas de diferente escalonamento (leis, decretos, portarias...).

Duas críticas podem ser cabíveis. Como qualquer norma jurídica, a igualdade tem sempre um relevante aspecto genérico (em maior ou menor escala) decorrente da abstração inerente às normas jurídicas; nessa medida, trata-se de igualdade formal. Tal generalidade pode quase sempre ser graduada, pois, a partir de normas mais genéricas, é possível elaborar normas mais específicas e assim sucessivamente, de modo que as normas são genéricas em relação a outras mais específicas, e específicas em relação a outras mais genéricas; nessa medida, trata-se de igualdade material, se tomarmos as normas mais específicas, e de igualdade formal, se tomarmos as mais genéricas.

Como existe a possibilidade de graus sucessivos de especificação no processo de concretização das normas jurídicas, existirá algo de igualdade formal e algo de igualdade material em qualquer norma jurídica. Então, tanto a igualdade formal quanto a material

²⁷ 2008, p. 417 e 422.

²⁸ Na doutrina francesa e em sentido semelhante, LOUIS FAVOREU e outros (2001, p. 825-826) atestam que, “*para chegar a estabelecer uma verdadeira igualdade de fato, às vezes pode ser necessário recorrer à criação de desigualdades de direito*”.

podem ser facetas de uma mesma norma jurídica, ou de um princípio que comporta graus de especificação.

Ainda, como as normas jurídicas em geral, aquelas que expressam igualdade, por mais ou menos genéricas que sejam, sempre estão sujeitas ao “teste” de efetividade, na prática.

Mas, se toda norma jurídica é portadora de alguma generalidade, um maior nível de especificação pode representar um aperfeiçoamento normativo rumo ao alcance de uma igualdade real. Essa especificação pode manifestar-se sob forma de discriminação positiva, que ofereça um tratamento jurídico diferenciado (mais vantajoso) a quem se encontre em situação peculiar (de desvantagem). Previsões normativas mais específicas, além de seu valor simbólico de destaque (evidência), manifestam uma opção constitucional ou legal que oferece clareza e segurança.

c) igualdade perante a lei e igualdade na lei: *enquanto a igualdade formal seria igualdade perante a lei, igualdade de aplicação, dirigida ao Executivo e ao Judiciário, a igualdade material seria igualdade na lei, igualdade de formulação, dirigida ao Legislativo*

A igualdade perante a lei significa que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma. A igualdade perante a lei acontece num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto, diploma). ROGER RAUPP RIOS aponta dois aspectos relevantes: “*a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente*” e que “*o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades*”.²⁹

Soa óbvia a afirmação de que a norma jurídica deve ser aplicada indistintamente, conforme o que disponha, pois tanto normas menos quanto mais específicas devem ser aplicadas uniformemente.

²⁹ 2002, p. 31-32 e 41.

Já a igualdade na lei significa que ela não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais; tem a ver com o conteúdo da norma. A igualdade na lei acontece no momento inicial de feitura da norma jurídica (texto, diploma). Segundo ROGER R. RIOS, o legislador tem o dever de “*considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos*”.³⁰

Ora, os parâmetros de admissibilidade da discriminação (justificação e proporcionalidade) devem ser observados tanto pelo elaborador da norma jurídica, quanto por qualquer outro aplicador do Direito, em todos os momentos de concretização normativa.

Sob outro viés, a distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei é feita em função dos destinatários: a primeira seria dirigida principalmente ao juiz e ao administrador público, enquanto a segunda seria dirigida sobretudo ao legislador.³¹ Mas todos os operadores da norma jurídica contribuem à sua criação em alguma medida.³² O juiz, por exemplo, participa do processo de criação ao fornecer, com sua decisão, a norma específica para o caso concreto; o legislador (como qualquer operador jurídico) aplica a Constituição, pois a ela está vinculado.³³ Por conseguinte, se todos são sempre criadores e aplicadores do Direito em alguma medida (e merece ser citada aqui a bela exortação de MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA: “*é muito importante que vingue a lógica da difusão do ator social a se constituir no intérprete – que passa a ser ato do mais simples dos membros do povo, ao buscar compreender o sentido de uma norma e apreendê-lo como forma de sua redenção*”)³⁴, devem sempre ser observadas tanto a igualdade na lei, nos momentos de confecção da norma jurídica (exigência de igualdade no conteúdo da norma), e a igualdade perante a lei, nos momentos de concreção da norma (exigência de aplicação uniforme da norma). Esses momentos constituem um processo contínuo.

Quer as norma jurídicas de maior generalidade ou menos complexidade, quer as normas de maior diferenciação devem observar a igualdade tanto no momento de sua formulação

³⁰ 2002, p. 32.

³¹ M. BOROWSKI, 2003, p. 186.

³² PETER HÄBERLE, 1997.

³³ T. MARTINES, 2005, p. 525.

³⁴ 2010, p. 140.

legislativa, quanto nos demais momentos de aplicação (concretização). Nesse sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO anota: “A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários”.³⁵

Se aceitássemos a distinção entre igualdade formal e igualdade material, haveríamos de reconhecer que igualdade na lei e igualdade perante a lei seriam exigências comuns a ambas.

d) diferença entre o liberal e o social: enquanto a igualdade formal seria um direito individual de 1ª dimensão, a igualdade material seria um direito social de 2ª dimensão

Baseada no critério histórico(-ideológico), essa distinção sustenta que a igualdade formal corresponde à proibição de discriminações injustificadas, num sentido liberal de menor intervenção possível e reivindicações individuais, ao passo que a igualdade material relaciona-se à exigência de tratamento distinto, num sentido social de interferência estatal e reivindicações coletivas.

Para SIDNEY PESSOA MADRUGA DA SILVA, o “primeiro momento”, da igualdade formal, situa-se “nas modernas Declarações de Direito, que consagravam a ótica contratualista do Estado Liberal, diante dos excessos do regime absolutista”; “parte-se da premissa filosófico-liberal de que os homens nascem livres e iguais em direitos, sendo a lei aplicada de maneira uniforme para todos; após, com o surgimento e expansão dos direitos sociais fundamentais, direitos de segunda geração, na busca da concretização da igualdade material, com o binômio indivíduo versus Estado, cedendo caminho para

³⁵ 2007, p. 179.

encetar a integração da sociedade civil com esse mesmo Estado, agora de um prisma social-democrático, em que se distingue a noção de discriminação positiva”.³⁶³⁷

JORGE MIRANDA afirma que “*se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem*”.³⁸

Cabe aqui a crítica que se faz à classificação histórica dos direitos fundamentais em “gerações”: ela sugere uma substituição, quando o que ocorre é antes um processo contínuo de agregação. As diversas óticas (liberal e social, individual e coletiva, defensiva e prestacional) prestam-se a enfocar qualquer direito fundamental, “*sendo mais certo falar de uma ‘complementaridade tensa’ do que em contradição necessária*” (JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO).³⁹

O critério do “papel do Estado”, enquanto sujeito passivo, também não é satisfatório, pois, se é certo que o Poder Público, no contexto dos direitos “liberais”, deve sobretudo garanti-los em face de violações, com a menor ingerência possível, por outro lado percebe-se que o Poder Público tem, sim, um importante papel em proporcioná-los. Em relação aos direitos “sociais”, incumbe ao Poder Público tanto proporcioná-los, quanto defendê-los.

Sob o ângulo dos titulares dos direitos fundamentais, enquanto sujeitos ativos, embora os direitos “liberais” tenham um forte acento individualista, contra um forte acento “coletivo” dos direitos “sociais”, a reivindicação de uns e outros pode dar-se tanto individual quanto coletivamente.

³⁶ 2005, p. 32 e 44.

³⁷T. MARTINES (2005, p. 527-529) também associa a igualdade formal à “*sociedade liberal oitocentista*” e a igualdade substancial (material) ao Estado social.

³⁸ 1993, p. 202.

³⁹ 2002, p. 681-682.

Em conclusão, a igualdade formal não é apenas um direito “liberal”, de “1ª geração”, reivindicável individualmente. Também a igualdade material não é apenas um direito “social”, de “2ª geração”, reivindicável coletivamente. A igualdade é resultado (sempre parcial) do acúmulo de experiências históricas.

O direito dos estrangeiros no Brasil à assistência social é uma reivindicação de igualdade, que abrange as dimensões da igualdade formal e da material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista de direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 167-196, jan./mar. 2007.

BENHABIB, Seyla. A moralidade da imigração. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 5 de agosto de 2012, A18.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.) *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-172.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CZAJKOWSKI, Rainer. A crise do princípio da isonomia e a propriedade. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (Coord.) *Direito civil constitucional. Situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 187-205.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da europa: um ensaio*. São Paulo: Unesp, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 217-243.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público na contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.

LUCAS, Javier de. *Solidaridad y Derechos Humanos in 10 palabras claves sobre Derechos Humanos*. Juan José Tamayo (Director). Navarra: Verbo Divino. Pp. 149-194.

MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. 4. 2. ed. Coimbra: Coimbra: 1993.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Prefácio. In: SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *Direito do idoso: tutela jurídica constitucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 11-20.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p. 146-158, jan./mar. 2000.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociología jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.