XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Irineu Francisco Barreto Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-852-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI foi realizado no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), na cidade de Belém – Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro e elegeu o relevante tema "Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI" como eixo norteador dos seus trabalhos. Como de costume o evento propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho foi coordenado por Prof. Dr Ilton Garcia Da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP) e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP).

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Temas clássicos pautados na proteção de valores liberais, como a proteção da privacidade e da liberdade, permearam o grupo de trabalho juntamente com artigos voltados à Seguridade Social, direito à Saúde, Educação e, em consonância com o espírito do tempo, pesquisas que equiparam o direito ao Meio Ambiente aos direitos fundamentais.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolvem a constitucionalização dos direitos e as teorias de ponderação entre princípios e normas fundamentais. Essa abordagem, simultaneamente, expande o escopo dos direitos humanos e admite a presença de desafios à sociedade brasileira, especialmente voltados a oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e efervescência política e social.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecer o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa. Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP).

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL PODE RECEBER BPC? ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º DO DECRETO Nº 6.214/07.

CAN THE FOREIGN RESIDENT IN BRAZIL TO RECEIVE BPC? ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF ART. 7TH OF DECREE 6.214 / 07.

Renan Azevedo Santos
Carlos Gustavo Chada Chaves

Resumo

A escassez de recursos públicos é causa costumeira à limitação dos direitos. Assim, analisa-se a constitucionalidade do art. 7º do Decreto nº. 6214/07, proibindo a concessão de Benefício Assistenciais ao estrangeiro. Defende-se o enquadramento da assistência social como Direito Fundamental. Avalia-se a compatibilidade entre dignidade e o art. 7º do Decreto nº 6.214/07. Por fim, coleta-se a jurisprudência do STF sobre o tema. Conclui-se pela inconstitucionalidade desse dispositivo, por conter regra discriminatória contra o estrangeiro, portanto, incompatível a CF/88. O método utilizado será o dedutivo e a pesquisa será feita em doutrina nacional e jurisprudência.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Direitos fundamentais, Dignidade humana, Assistência social, Estrangeiro

Abstract/Resumen/Résumé

The scarcity of public resources is a cause of limitation of rights. To analyze the constitutionality of art. 7º of Decree nº. 6214/07 and whether allows the payment of the Assistance Benefit to the foreign resident in Brazil. Defend the framing of social assistance as a fundamental right. To evaluate the concept of human dignity and its compatibility with art. 7 of Decree 6.214/07. Analyze the STF jurisprudence. It is concluded that normative acts is discriminatory and not constitutionality. The method used will be deductive and the research will be done in national doctrine and jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality control, Fundamental rights, Human dignity, Social assistance, Foreign

1. INTRODUÇÃO

A assistência social foi constitucionalmente positivada como um direito voltado à proteção integral do indivíduo, por intermédio de políticas que garantam acesso à saúde, previdência e assistência.

Sabe-se que a saúde, universal e gratuita, prestada através do Sistema Único de Saúde (SUS), não permite restrições quaisquer ao acesso amplo e igualitário de seus serviços.

Por sua vez, a previdência social, onde a universalidade também é princípio norteador, deve ao acesso todos, em condições igualitárias, condicionada à prévia contribuição pecuniária que garanta a condição de segurado, observada a forma prescrita em Lei.

Por fim, tem-se a assistência social, a quem dela necessitar, tendo como público alvo aqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade física, financeira que os tornem incapaz de prover a própria mantença através da família ou via atividade laboral.

A pobreza pode ser abordada a partir de uma perspectiva descritiva e política (SEN, 1992, p. 123). Descritivamente, é entendida como o reconhecimento de que o indivíduo está sujeito a privações.

No aspecto político, identifica-se como foco de medidas públicas: o que sociedade deve fazer contra essa questão?

Em 1996, foi implantado no Brasil o Benefício Assistencial, ou Benefício de Prestação Continuada (BPC), garantindo um salário mínimo ao idoso com 65 anos ou mais, e ao portador de deficiência, cuja renda da família, por cabeça, seja igual ou menor que ¼ do salário mínimo.

Nesse sentido, o trabalho pretende analisar a constitucionalidade do art. 7º do Decreto nº 6.214/2007, que desautorizou o pagamento do Benefício Assistencial (art. 203, V, CF/88) ao estrangeiro residente no Brasil, com base, unicamente, no critério de nacionalidade.

A partir da análise das normas e princípios constitucionais, pretende-se responder o seguinte problema: é constitucional a denegação do BPC ao estrangeiro residente no Brasil?

Para tanto, no primeiro capítulo, explica-se o enquadramento da assistência social como Direito Fundamental positivado no art. 203 da CF/88.

Em sequência, expõe-se a importância do BPC como ferramenta de origem constitucional, idealizada para reduzir a pobreza e desigualdades sociais, assegurando aos indivíduos o mínimo existencial.

Analisa-se o conceito da dignidade humana da CF/88, coletando-se ensinamentos, dentre outros, de Jünger Habermas e Luís Roberto Barroso para avaliar se a moderna acepção princípio é compatível com a regra prescrita pelo art. 7º do Decreto nº 6214/2007.

No último capítulo, faz-se o estudo de caso do Recurso Extraordinário nº 587.970/SP, onde o STF proclamou a inconstitucionalidade ato normativo que desautorizava, em razão da nacionalidade, a concessão de BPC a estrangeiro residente no Brasil.

Para tanto, serão feitas pesquisas bibliográficas e da legislação atual, a fim de levantar os conceitos legais, posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, fazendo-se, posteriormente, estudo de caso julgado no STF, identificando-se a compatibilidade do art. 7º do Decreto nº 6.214/2007 com a CF/88.

2. A ASSISTÊNCIA SOCIAL E SEU ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL VOLTADO À TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA

No Brasil, o assistencialismo é consequência da transição do estado absolutista ao social, passando pelo liberal, até chegar na seguridade social, notadamente com o advento da CF/88.

Nos estados liberais, a proteção estatal ocorria através de parcas medidas assistencialistas.

Na época, eram compreendidas como espécies de liberalidade ou favores dos governos, e não como direito de titularidade e reivindicáveis pela população. O pensamento refletia a cultura de absenteísmo característica dos governos liberais.

Com o advento do estado social, esse tipo política pública de amparo da camada social mais carente foi erigida à categoria de dever governamental, exigindo-se, a partir de então, prestações positivas do Poder Público, em proteção à garantia das condições mínimas de sobrevivência para os que delas necessitem.

AMADO (2018, p. 42-43) conceitua a assistência social:

> É possível definir a assistência social como as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.

O surgimento da assistência social, pois, decorre do reconhecimento de que a sociedade tem a obrigação de proteger, solidariamente, todos os seus integrantes (DUGUIT, 1996, p. 16):

> O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerado só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva.

Consolida-se, nesse cenário, a percepção de que a proteção do humano é um dever político e social que obriga o Estado ao fornecimento de prestações positivas, fornecendo condições mínimas de existência condigna.

Tais premissas são fundamentais à compreensão do seguro social, pois é o ideal de proteção mútua que autoriza a implantação de cotas universais de contribuição e benefícios, a partir dos quais o sistema previdência se desenvolve (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 11).

A art. 203 da CF/88 afirma que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Tem o objetivo, dentre outros, a proteção da família, maternidade, infância, adolescência, velhice, amparo às crianças e adolescentes carentes, além do suporte financeiro a deficientes e idosos que comprovadamente não possam fazê-lo por si próprios.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), no art. 1º, diz que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, garantindo o mínimo social, através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública, visando garantir o atendimento das necessidades individuais básicas.

O art. 2º da LOAS afirma que a assistência social possui princípios e objetivos próprios, a saber: supremacia das necessidades sociais, universalização dos direitos sociais, dignidade, igualdade e ampla divulgação de benefícios.

As diretrizes norteadoras da assistência social revelam o intento da norma em concretizar as necessidades elementares do indivíduo em condição de vulnerabilidade decorrente da escassez extrema de recursos financeiros, resgatando a dignidade inerente ao estado de miséria.

A concessão da assistência, em razão do estado de necessidade de quem por ela reclama, independe de prévia contribuição dos beneficiários ou de vinculação ao Regime Geral da Previdência Social (AMADO, 2018, p. 44).

Logo, a assistência social, enquanto política de proteção social sem caráter contributivo, tem o propósito de fornecer condições de subsistência mínimas e dignas ao indivíduo, buscando, assim, a redução da miséria e desigualdade, promovendo o bem-estar social.

BARROSO explica a relação direta entre mínimo existencial e a dignidade humana (2015, p. 39-40):

> [...] ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente. A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem "livres da necessidade" (*free from want*), no sentido de que suas necessidades vitais essenciais sejam satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais – e não como meros privilégios dependentes do processo político – é bastante controvertida em alguns países. A sindicabilidade judicial desses direitos é complexa e produz uma série de impasses em todos os lugares. Apesar dessas dificuldades, a ideia de direitos sociais mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, não sendo inteiramente dependentes da ação legislativa, foi aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha, África do Sul e Brasil.

No Brasil, a assistência social é organizada sob forma do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Para sua efetivação, utiliza-se principalmente o orçamento da seguridade social, previsto no art. 195 da CF/88.

A assistência social oferece variáveis de serviços e benefícios aos necessitados, assumindo, na legislação pátria, contornos de subsidiariedade, isto é, atua somente nos espaços não protegidos pelos demais ramos da seguridade social, como previdência e saúde (TORRES, 1990, p.71).

A assistência social, assim, é a porta de entrada aos demais direitos sociais. É através dela que o indivíduo adquire condições mínimas de acesso a outros direitos, como educação, saúde, trabalho, lazer, cultura, etc., de modo que a assistência está diretamente ligada ao conceito de vida digna.

Focada nos vulneráveis sociais, em situação de miséria, exclusão e risco social, a assistência social, apesar da aparente utopia, pretende eliminar a pobreza e marginalização,

conformando-se com os objetivos da República Federativa (art. 3º, I, da CF/88), relativos à construção de sociedade justa, livre, solidária, erradicação da pobreza e desigualdades sociais e regionais (MORAES, 2002, p. 1942).

Observa-se que, ao estabelecer princípios e objetivos do Estado Brasileiro, a CF/88 claramente limitou a atuação dos Poderes Públicos, subordinando-os, em todas as suas ações e em qualquer esfera, ao cumprimento dos preceitos constitucionais.

Dito isso, constata-se que o BPC constitui autêntico Direito Fundamental, eis que, além da previsão constitucional, trata-se de instrumento de promoção da dignidade, inclusão social e outras garantias básicas.

A proteção dos indivíduos é, certamente, componente da justiça social com a qual o direito está diretamente ligado.

A LOAS, disciplinou a assistência social e o BPC, destinado aos idosos e às pessoas com deficiência. Segundo o art. 20 e 21, o benefício de um salário-mínimo mensal é devido à pessoa com deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

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

Por pessoa deficiente, compreende-se quem tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Já o art. 7º do Decreto nº. 6214/07, disciplina que o BPC deve ser concedido ao brasileiro nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, devendo estas demonstrarem possuir residência fixa no Brasil, bem como o atendimento dos demais critérios estabelecidos no regulamento.

Nota-se, pelo aludido dispositivo, ter sido expressamente excluído da proteção assistencial o estrangeiro residente no país, o que traz à tona a indagação: essa limitação, construída com objetivo político claro de redução dos gastos públicos, é compatível com a CF/88?

3. A NORMA RESTRITIVA DO ART. 7º DO DECRETO Nº 6214/2007 QUE OBSTA A CONCESSÃO DO BPC AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL.

APONTAMENTOS SOBRE A CORRETA COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A CF/88, no art. 5º, reconhece os direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

A norma extrai seu fundamento de validade na dignidade do homem, prevista no art. 1º, III, da CF/88, também definida como princípio estruturante do Estado democrático brasileiro.

A dignidade não é apenas uma noção de valor, vez que positivada na CF/88, firmando-se como princípio informador do sistema, e, a conta disso, exige concreção, repelindo arbítrios na interpretação e aplicação do direito.

No art. 5º da CF/88, afirma-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

E, logo na sequência, atribui a titularidade dos direitos fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A respeito, PIOVESAN (2018, p. 217):

> [...] uma interpretação sistemática não deixa margem a maiores dúvidas no tocante à recepção do princípio da universalidade no direito constitucional positivo brasileiro. De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.

O fato de a Constituição se reportar à nacionais e estrangeiros requer o asseguramento e efetivação dos direitos fundamentais nela prescritos em proveito de ambos, em decorrência exclusivamente da condição humana, apontada como requisito único.

O traço de universalidade da dignidade analisa o ser como um fim em si mesmo, sem preço, impondo a necessidade de condições mínimas para o exercício da autonomia e auto reconhecimento.

A implantação dos Direitos Humanos que garanta dignidade a cada qual demanda a visão de uma sociedade democrática global, onde a ação política reconhece os direitos do indivíduo para além de suas fronteiras.

No âmbito de proteção do cidadão universal do cidadão, HABERMAS, assevera (1997, p. 304-305):

> Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas de nível mundial [...]. O estado do cidadão do mundo deixou de ser uma simples quimera, mesmo que ainda estejamos muito longe de atingi-lo. A cidadania em nível nacional e a cidadania em nível mundial formam um *continuum* cujos contornos já podem ser vislumbrados no horizonte.

Assim, segundo autor, a dignidade humana é uma e a mesma em todo lugar, dada as bases de indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, que penetram em todo o sistema jurídico, exercendo influencia para além das relações cidadão Estado (HABERMAS, 2012, p. 23-25):

> A dignidade humana requer também o ancoramento em um status civil, isto é, o pertencimento a uma comunidade organizada no espaço e no tempo. Mas mesmo aqui o status deve ser igual para todos. O conceito de dignidade humana transfere o conteúdo de uma moral do respeito igual por cada um para a ordem de status de cidadão que derivam seu autorrespeito do fato de serem reconhecidos pelos outros cidadãos como sujeitos de direitos iguais reivindicáveis [...]. Para ocorrer universalização coletiva é preciso, primeiro, ter início a individualização. Trata-se do valor do indivíduo nas relações horizontais entre seres humanos, e não da posição de humano na relação vertical como Deus ou graus de subordinação do ser. Segundo, o valor superior relativo da humanidade e de seus membros individuais deve ser substituído pelo valor absoluto da pessoa. Trata-se do valor incomparável de cada um.

Com isso, conclui afirmando que o conceito de dignidade infinita está livre da disposição dos outros, e consiste na pretensão de que todos os outros respeitem essa esfera como inviolável.

MENDES e BRANCO (2015, p. 173) defendem que o respeito às pessoas não se excepciona pelo fator meramente circunstancial afeto à nacionalidade.

Existem direitos que se asseguram a todos, qual seja sua nacionalidade, porquanto considerados emanação inafastável da dignidade humana.

Na mesma linha, SILVA (2014, p. 343) compreende que os direitos individuais e sociais dos estrangeiros residentes no Brasil estão assegurados pela Constituição Federal, quando:

> [...] assegura aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tanto quanto aos brasileiros (art. 5º caput). Não diz aí que assegura os direitos sociais, mas, em

> verdade, ela não restringe o gozo destes apenas aos brasileiros. Vê-se bem ao contrário, por exemplo, no referente aos direitos dos trabalhadores, que são extensivos a todos, urbanos e rurais, sem restrições (art. 7º). Por esse lado, o texto do art. 5º não é bom, porque abrange menos do que a Constituição dá.

Ainda, BONAVIDES explica que um Estado e sociedade que se alinham com os interesses humanos devem superar as fronteiras da soberania, substituindo o cidadão das pátrias pelo cidadão do universo (2008, p. 70):

> Nesse sentido caminha o Estado social, e aí se deve discernir a direção vocacional de seu espírito civilizador e progressista, rumo a uma sociedade onde, em substituição do cidadão das pátrias, se ergue o cidadão do universo, o homem da "polis global".

Mesmo que a CF/88 não tenha feito referência expressa ao princípio da universalidade, e, a despeito de ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, também no direito constitucional positivo há espaço para o princípio da universalidade.

No HC-94.477, julgado em 06.09.2011, o relator Min. Gilmar Mendes resumiu a questão dizendo que os estrangeiros fazem jus à titularidade de alguns direitos fundamentais, aqueles considerados emanações necessárias do princípio da dignidade humana.

Alguns se ligam ao vínculo do sujeito com o Estado, direitos do cidadão, que pressupõe a nacionalidade brasileira (direitos políticos).

Assim, o respeito à dignidade de todos os homens não se excepciona por fatores meramente circunstanciais afetos à nacionalidade.

Dentro desse arcabouço constitucional e jurisprudencial, como justificar a denegação do BPC ao estrangeiro residente no país, como requer o art. 7º do Decreto nº. 6.414/07?

A não concessão de BPC, fundada em razão de nacionalidade, é manifestamente incompatível a constituição, e, diante da insistência do Poder Executivo em não atentar às diretrizes constitucionais, a questão foi levada ao Poder Judiciário.

Aliás, no Brasil, em razão de peculiaridades, como a omissão legislativa, o descaso do Executivo na efetivação de direitos sociais e outros fatores, tem-se constatado protagonismo do Judiciário, como ator fundamental de defesa da Constituição (SARMENTO, 2009. p. 137):

> O Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o

> ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar em nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas

Nesse cenário, particulares buscaram a tutela judicial no sentido de obter o BPC, administrativamente negado pelo INSS, invocando, para tanto, a defesa de seus direitos fundamentais estabelecidos na CF/88, sob os quais estão subordinados os órgãos e entidades que compõe o poder público.

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais exige a prática de atos com observância ao sistema desses direitos em todos os momentos de formulação, interpretação e aplicação das leis (MENDES, 2016, p. 147):

> A vinculação da administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Logo, sob pena de nulidade, a atividade discricionária não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais, que devem ser considerados.

Quando definiu a assistência, a CF/88 mostrou clareza ao dispor sua abrangência tanto ao brasileiro quanto ao estrangeiro residente, não deixando brechas que permitam o estabelecimento de condições de desigualdade entre as pessoas.

Assegurar o mínimo existencial no momento de maior fragilidade financeira ou física do beneficiário evidencia a importância ímpar do BPC na concretização dos direitos sociais. Daí sua conceituação como direito fundamental.

O estrangeiro residente no Brasil não pode, e nem foi excluído de sua concessão, tendo a CF/88 estabelecido, exclusivamente, requisitos de idade, deficiência e miserabilidade.

Em momento algum a nacionalidade foi elencada como requisito à implementação do BPC, o que decorre da inafastável igualdade de tratamentos entre brasileiros e estrangeiros residente, por mandamento do art. 5º da CF/88.

Feitas essas ponderações, infere-se não haver como reconhecer a constitucionalidade do o art. 7º do decreto nº 6214/2007, vez que promove distinções entre pessoas com base em critérios vedados pela CF/88.

4. A PROCLAMAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º DO DECRETO Nº 6214/07 NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 587.970

Em 26.06.09, o STF reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº. 587970/SP, cujo objetivo era avaliar se o constituinte excluiu o direito de os estrangeiros residentes no país receberem benefícios sociais, em especial o de prestação continuada, versado no art. 203, V da CF/88.

Com isso, analisou-se a constitucionalidade do art. 7º do Decreto nº 6214/07, que expressamente excluiu o estrangeiro do âmbito de proteção da assistência social.

O Recurso Extraordinário se insurgiu contra acórdão da Turma Recursal do Juizado Federal da 3ª Região, que condenou o INSS ao pagamento, em favor de estrangeiro residente no Brasil, do previsto no art. 203, V da CF/88.

Em suas razões recursais, o INSS questionou inexistir justo motivo para estender aos estrangeiros residentes no País os mesmos direitos dos cidadãos brasileiros, defendendo que o art. 203, V, da CF/88, não possui eficácia imediata, condicionando-se às diretrizes definidas em lei infraconstitucional.

Aduziu que o STF, na ADI nº 1.232-1, refutou qualquer possibilidade de interpretação extensiva da LOAS. Por fim, afirmou que o Brasil não detém condições financeiras de custear o benefício para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

A Procuradoria Geral da República, em parecer, opinou pelo provimento do Recurso Extraordinário.

Para tanto, ressaltou precedentes do STF pelo entendimento de que o art. 203, V, da CF/88 não é autoaplicável, dependendo de legislação ordinária estabelecer os critérios e requisitos para a obtenção do BPC. E, o art. 1º da Lei nº 8.742/93, por sua vez, limita os benefícios aos brasileiros.

Ponderou ser o Brasil signatário da Convenção sobre Igualdade de Tratamento de Nacionais e Não Nacionais em Matéria de Previdência Social, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 66.467/1970, a qual, no art. 10, § 2º, exclui expressamente a assistência social do âmbito de incidência.

Observou, por fim, que a determinação dos beneficiários da assistência social é matéria de soberania, ligada ao princípio da reserva do possível, fato por qual não haveria como estender o benefício de prestação continuada aos estrangeiros, ainda que residentes no País.

Em 19.07.17, o STF, por unanimidade, acompanhou o voto do Min. Marco Aurélio, decidindo que a condição de estrangeiro residente no Brasil não impede o recebimento do BPC, e que, portanto, a legislação infraconstitucional instituindo essa limitação não é compatível com a CF/88.

Forte nessa premissa, fixou-se a tese, com repercussão geral, de que os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, V, da CF/88, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais aplicáveis.

Segundo o Relator, a regra constitucional estipulando que a assistência social será prestada aos necessitados tem o objetivo de fornecer a certos grupos as prestações indispensáveis à subsistência (mínimo existencial).

Desse modo, a eliminação da pobreza extrema surge como condição da construção da sociedade verdadeiramente democrática.

Isso porque, ainda segundo o STF, o Estado tem a obrigação de prover assistência aos desamparados sem distinção, nos termos do art. 6º da CF/88.

Além disso, pontuou-se não existir ressalvas no texto constitucional em relação ao não nacional. Ao contrário, o art. 5º expressamente estabelece a isonomia de tratamento entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Em contraponto ao raciocínio do INSS, considerou o STF que a regra infralegal, ao silenciar quanto ao direito dos estrangeiros, sobrepôs-se ao texto constitucional, que não deixou dúvidas sobre a ausência de limitações aos direitos do cidadão residente.

Com efeito, a CF/88, ao delegar ao legislador ordinário a regulamentação da assistência, o fez tão somente quanto à forma de comprovação da renda e das condições específicas de idoso ou portador de necessidades especiais hipossuficiente.

Não houve, assim, delegação relativamente à definição dos beneficiários, pois isso já estava estabelecido na CF/88.

Observou-se que a função do STF consiste em adotar a interpretação que confira máxima efetividade ao texto constitucional. Assim, em observância ao princípio constitucional da dignidade humana, o argumento da reserva do possível é improcedente.

O orçamento, apesar elemento indispensável da sociedade, não possui valor absoluto, devendo-se priorizar atividade assistencial, que se mostra de importância superlativa no texto da CF/88.

Descabida considerou-se a invocação do princípio da reciprocidade. Apesar de a reciprocidade permear a CF/88, regra não é absoluta quanto ao tratamento dos não nacionais.

A exemplo, citou-se do Sistema Único de Saúde (SUS), ser regido pela universalidade, de modo a tutelar inclusive os estrangeiros, sem que haja exigência de reciprocidade para garantia desse suporte.

Nessa linha, admitir que estrangeiros não alcancem a assistência representa admitir a ausência de noção de coletividade e de solidariedade estatal.

Com esse raciocínio, concluiu-se que desamparar os estrangeiros, quando desprovidos dos meios materiais para garantia o próprio sustento, atenta contra a dignidade humana.

Esta, como valor supremo, deve ser preservada sem condicionantes, de sorte a se considerar irrelevantes as escolhas, situação pessoal ou origem dos indivíduos.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 587970/SP, pacificou-se o entendimento sobre a matéria referida, por julgamento proferido no STF em âmbito de controle difuso de constitucionalidade.

Importa observar o indispensável respeito ao precedente da Corte Constitucional, garantindo ao jurisdicionado a segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade indispensáveis na estruturação do Estado Democrático.

Deixa-se claro que nem só a decisão proferida em sede de controle difuso constitui precedente constitucional (MARINONI, 2013, p. 467).

A função da repercussão geral, enquanto requisito de admissibilidade de REXT, decorre do papel atribuído ao STF de examinar apenas as questões relevantes à interpretação, aplicação e manutenção da unidade do direito constitucional (MARINONI, 2013, p. 472):

> Como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume o outro status quando comparada às decisões que o Supremo Tribunal Federal antigamente proferia. Esse novo status da decisão da Suprema Corte contém, naturalmente, a ideia de precedente constitucional obrigatório ou vinculante. Decisão de questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 103, §3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição.

Como bem explica CANOTILHO (2003, p. 418), a universalidade dos direitos humanos será alargada ou restringida de acordo com a postura do legislador constituinte, sempre respeitando o núcleo essencial dos direitos fundamentais, intangível por qualquer discricionariedade, núcleo que pode ser alargado pela atuação e concretização judicial dos direitos.

Nesse sentido, diversas decisões do STF em matéria de extradição, com destaque para o processo nº. 633, julgado em 28.08.1996, do Relator Celso de Mello, a Corte Constitucional consignou que a condição de estrangeiro não basta para reduzir a pessoa a um estado incompatível com sua dignidade, que lhe confere a titularidade de direitos inalienáveis, inclusive a garantia do devido processo legal.

Neste mesmo julgamento, além de considerar aplicáveis ao estrangeiro as garantias da constituição brasileira naquilo que couber, houve invocação do argumento da necessária intepretação a prevalência dos direitos humanos, como disposto no art. 4º, II da CF/88.

O que se observa, portanto, é que o STF, lançando mão da técnica da interpretação conforme a Constituição, abrandou o rigor da lei federal que havia limitado onde a Constituição não limitou.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que, pelo menos em plano teórico, a Constituição construiu um ambiente favorável à concessão do BPC a idosos e deficientes em situação de necessidade, inclusive para o estrangeiro residente no Brasil.

Isso porque, os argumentos utilizados para negar ao estrangeiro o deferimento do BPC são todos infraconstitucionais. Destarte, pela hierarquia, o dispositivo constitucional prevalece aos demais supramencionados.

Há em tramitação Projeto de Lei, desde o ano de 2011, objetivando alterar art. 20 da Lei 8.742/93, acrescentando a este o §§9º e 10º, garantindo assim o direito do benefício ao estrangeiro, após preenchidos o requisito de residência no Brasil por, no mínimo, 4 (quatro) anos, podendo este período ser reduzido em certas hipóteses.

A regra parece razoável, do contrário, a vinda abrupta de grande quantidade de pretensos beneficiários, atraídos pela expectativa do BPC, acabando por gerar uma distorção potencialmente capaz de asfixiar financeiramente o erário público nacional.

A concretização desse direito fundamental, entretanto, tem sido obstaculizada em pela regulação infraconstitucional precária e ineficiente no que diz respeito à compreensão das diretrizes constitucionais.

E, mais do que isso, pelo interesse do Executivo em limitar o orçamento, o que por vezes colide com os Direitos Fundamentais.

Em um contexto de flagrante violação dos Direitos Humanos, especialmente aqueles com impacto no orçamento público, constata-se que ainda há bastante fragilidade pessoa idosa e das pessoas com deficiência carentes.

Diante dessas condições, o Poder Judiciário é convocado para atuar e participar da vida sociedade e em questões políticas como nunca antes.

Esse órgão acaba se tornando depositário de grandes expectativas relativamente à realização dos direitos fundamentais, diante de violentos obstáculos impostos na esfera Legislativa e Executiva, justificando assim, em termos, aquilo que se convencionou chamar ativismo judicial.

A viabilidade de maior intervencionismo na concretização dos direitos constitucionais e da realização de políticas públicas em âmbito Judicial foi exemplificada pela análise do caso envolvendo a concessão do BPC ao estrangeiro residente no país.

Como se viu, não obstante as disposições constitucionais, a regulamentação do referido benefício não ocorreu de modo a alcançar a finalidade plena pretendida pela Constituição.

Ao contrário, tal normatização se deu de forma seletiva, transmutada, restritiva e arbitrária, dando ensejo à exclusão de muitos no tocante ao acesso ao benefício.

Assim, frustrados os objetivos estabelecidos pela CF/88, como a busca da solidariedade, erradicação da pobreza, marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos.

É preciso refletir sobre os meios de proteção dos idosos e dos deficientes, trabalhando o emprego consciente e responsável dos instrumentos, por parte da comunidade jurídica, que deve estar atenta às diretrizes e comandos da CF/88.

6. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10ª Ed. Rev. atual e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2018;

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar**: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. 2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf;

CANOTILHO, Joaquim Barbosa Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003;

CASTRO, Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21ª Ed. Rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996;

HABERMAS, Jünger. **Sobre a Constituição da Europa**. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012;

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade, vol. II. Trad. Flávio beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª Ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MENDES, G.F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015;

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 8ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018;

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009;

SEN, Amartya. **Nuevo Examen de la Desigualdad**. Madrid: Alianza Editorial, 1992;

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheitos, 2014;

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. n. 42. Rio de Janeiro: 1990.