



## Luis Gustavo Liberato Tizzo

*Da (des)qualificação jurídica do estrangeiro não naturalizado e e concessão de  
benefício assistencial pautado nos princípios fundamentais do direito, de  
gênese jusnaturalista*

**DOI:** [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-06](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-06)

# Secção I

## Investigação Científica\*

---

\* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

# A (Des) Qualificação Jurídica do Estrangeiro não Naturalizado e a Concessão de Benefício Assistencial no Estado Brasileiro

## The Legal (Dis) Qualification of the Non-Naturalized Foreigner and the Granting of Assistance Benefit in the Brazilian State

Luis Gustavo Liberato TIZZO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O trabalho em questão traz uma análise de alguns dos principais valores do ordenamento jurídico brasileiro, os quais são valores externos ao direito estruturado enquanto sistema jurisdicional, decorrentes de construção jusnaturalista. Diante desses valores amplamente reconhecidos e tutelados, objetiva-se tratar especificamente da situação dos estrangeiros não naturalizados e da violação aos seus direitos da personalidade como forma de enquadrá-los entre as pessoas em que o Estado brasileiro reconhece o direito de se socorrer à assistência social a fim de manter o mínimo necessário para sua sobrevivência. A Lei da Assistência estabelece critérios de exercício de nacionalidade ao dispor que o cidadão terá direito, ignorando, na perspectiva do conceito clássico, aqueles que não possuem status de nacional. Todavia as necessidades e carências humanas não respeitam critérios da nacionalidade, devendo-se ter olhos para os desvalidos, independentemente do local de onde são, por uma questão de solidariedade, respeito pelo outro e reconhecimento dos valores na apreciação da lei. Deste modo, por meio da busca de uma resposta acerca da possibilidade de concessão do benefício assistencial, busca-se realizar de um breve estudo sobre o fundamento axiológico do ordenamento jurídico e sua aplicação na tutela das prerrogativas de uma das diversas minorias existentes, e a relativização dos termos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito natural; Liberdade; Dignidade da pessoa humana; Igualdade; Estrangeiros; Benefício assistencial.

**ABSTRACT:** The work in question brings an analysis of some of the highlight values of the Brazilian legal rights, which are values external to the right structured while judicial system. In face of these values widely recognized and protected, this work aims to deal specifically with the situation of foreigners not naturalized and the violation of their personality rights as a way of framing them among the people in that the State recognizes the right to assist the social assistance in order to maintain the minimum necessary for their survival. The Assistance's Law establishes criteria for the exercise of citizenship by providing that the citizen shall have the right, ignoring, from the perspective of the

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Político e Econômico (bolsista MackPesquisa) pela Universidade Presbiteriana MACKENZIE – UPM. Mestre em Direitos da Personalidade pela UniCesumar. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Especialista em História dos movimentos e das revoluções sociais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Especialista em Africanidades e Cultura Afro-brasileira. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade São Braz. Atualização jurídica em "Proteção Internacional dos Direitos Humanos" pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor universitário na graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, na Faculdade de Apucarana – FAP, e no Centro Universitário Fatec - UniFatec. Advogado.

classical concept, those who do not have national status. However the needs and human needs do not respect criteria of nationality, should have care for the most needy, regardless of where they are, as a matter of solidarity, respect for others and recognition of the values in the assessment of the law. In this way, by means of a search for an answer about the possibility of granting the Care benefit, seeking to carry out a brief study on the foundation evaluation of the legal system and its application in the tutelage of the prerogatives, and the relativization of terms.

**KEYWORDS:** Natural Law; Freedom; Dignity of the human person; Equality; Foreigners; Care benefit.

## INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal brasileira, de 1988, a base axiológica do ordenamento jurídico nacional passou a se assentar, declaradamente, sobre os Direitos Fundamentais, sobre o respeito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade e aos direitos decorrentes destas premissas, os quais passaram a ser objetivo da República.

Não é de hoje que o desrespeito aos Direitos Humanos incita a produção de livros e artigos, entretanto, a atual conjectura e entendimento acerca da real finalidade do Estado e do seu fundamento político possibilitaram que os trabalhos se subsдиasssem em conquistas que apareceram e aparecem no curso do tempo, pela evolução da tutela desses bens.

Os Direitos da Personalidade, como garantidores da dignidade da pessoa humana, possuem equivalente importância e sentido perante o sistema jurídico, devendo contaminar as decisões e esferas de atuação do Estado, inclusive as políticas públicas e medidas perpetradas para gerar efeitos perante a população.

Sabendo-se que a atual conjectura parte do pressuposto da validade e da aplicabilidade de tais axiomas, os quais possuem positivação, questiona-se onde seria encontrado seu fundamento de validade, sua essência, sua razão de ser, ou ainda, sua legitimidade. Por certo que a aproximação do discurso com o jusnaturalismo responde satisfatoriamente às perquirições, da mesma forma é incontroverso que a extensão do direito natural ultrapassa as barreiras fronteiriças, e que a virtude humana (aqui compreendida, filosoficamente, como desejo de se alcançar a justiça) oferece elementos valiosos para a análise dos mais diversos dilemas da sociedade.

O benefício assistencial é direito reconhecido a parcela específica da população que possui renda *per capita* irrisória, carecendo do auxílio para o suprimento de suas necessidades básicas e manutenção de sua subsistência.

Entre os requisitos para a concessão do referido benefício, exige-se que o solicitante tenha o status de cidadania, o que exclui, formalmente, a possibilidade de o estrangeiro não naturalizado o requerer. Por certo que não se está propagando uma ideia de concessão indistinta à turistas, mas a uma análise humanizada das realidades pessoais e sociais, para o fim de ouvir – efetivamente – o outro, o qual pode aqui residir há anos e nunca ter regularizado sua situação até mesmo por desconhecimento.

Para o desenvolvimento do tema, inicialmente, será feita uma breve abordagem acerca dos direitos naturais, no sentido de demonstrar que dele partem as demais construções principiológicas e argumentativas; em seguida faz-se uma breve análise dos princípios da liberdade, da dignidade e da igualdade, como tríade relevante para se debruçar sobre a eficácia e tutela dos direitos fundamentais e personalíssimos.

Após, trabalhar-se-á com os direitos da personalidade propriamente ditos, para – finalmente – chegar-se ao estudo do estrangeiro, aspectos numéricos dos movimentos imigratórios e a possibilidade da concessão de benefício assistencial a este, construindo o raciocínio a partir dos elementos antes trazidos à discussão, e da coesão de todo o ordenamento.

## I DA GÊNESE JUSNATURALISTA DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO ESTADO BRASILEIRO

Montesquieu, na obra intitulada “O Espírito das Leis” discorre, nas páginas iniciais do seu livro que:

As leis, no significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e, neste sentido, todos os serem tem suas leis. (...)

Os seres particulares, inteligentes, podem ter leis que eles mesmos fizeram; mas tem também leis que não fizeram. Antes de haver leis feitas, havia relações possíveis de justiça. Dizer que nada há de justo ou de injusto além do que ordenam ou proíbem as leis positivas é dizer que, antes de se ter traçado um círculo, todos os raios não eram iguais. Cumpre, pois, admitir relações de equidade anteriores à lei positiva que as estabelece. (...)

Mas o mundo inteligente está longe de ser tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também tenha leis que, por natureza, são invariáveis, não as obedece com a constância com que o mundo físico obedece as suas. A razão disso é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, por conseguinte, estão sujeitos ao erro; e, por

outro lado, é de sua natureza agirem por si mesmos. Não obedecem, pois, com constância as suas leis primitivas; e nem sempre obedecem mesmo aqueles que eles mesmos se impõem. (...)

Antes de todas essas leis estão as da natureza, assim chamadas porque derivam unicamente da constituição do nosso ser. Para bem conhecê-las, cumpre considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza seriam as que ele aceitaria em tal estado.<sup>2</sup>

A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem. Todavia o fundamento do direito natural se encontra neste, e não naquela, o qual não o torna um super direito, mas um conjunto de princípios supremos, universais, e necessário que, extraídos da natureza humana pela razão, inspirando o direito positivo, aplicando-se imediatamente, ainda mais quando definem os direitos fundamentais do homem.<sup>3</sup>

É importante, conforme o pensamento estoíco<sup>4</sup>, observar os apontamentos traçados por Jeanne Hersch, no sentido de que é a natureza que faz com que os filhos sejam amados pelos pais, sendo este é o ponto inicial de onde procede a sociedade universal do gênero humano. A forma e os membros do corpo devem, desde logo, fazê-lo compreender isso testemunham por si mesmos que a natureza é que se preocupa com a procriação. Entretanto seria contraditório que ela tivesse querido a procriação e negligenciasse em fazer dos seres procriados objeto de afeição. Nos próprios animais se pode notar esta maneira de agir da natureza.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de José Antônio de Freitas. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 21-23.

<sup>3</sup> RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 79.

<sup>4</sup> São os membros do Estoicismo, o qual é uma escola de filosofia helenística fundada em Atenas por Zenão de Cítio no início do século III a.C. Os estoicos ensinavam que as emoções destrutivas resultam de erros de julgamento, e que um sábio, ou pessoa com "perfeição moral e intelectual", não sofreria dessas emoções. O estoicismo afirma que todo o universo é corpóreo e governado por um *Logos* divino (noção desenvolvida a partir da ideia fundamentada em Heráclito). A alma estaria identificada com este princípio divino como parte de um todo ao qual pertence. Este *logos* (ou razão universal) ordena todas as coisas: tudo surge a partir dele e de acordo com ele, graças a ele o mundo é um *kosmos* (termo grego que significa "harmonia"). O Estoicismo propõe se viver de acordo com a lei racional da natureza e aconselha a indiferença (*apatheia*) em relação a tudo que é externo ao ser. O homem sábio obedece à lei natural, reconhecendo-se como uma peça na grande ordem e propósito do universo, devendo, assim, manter a serenidade perante as tragédias e perante as coisas boas.

<sup>5</sup> HERSCHE, Jeanne. *O direito de ser homem*. Tradução de Homero de Castro Jobim. Guanabara: Conquista, 1972. p. 503-504.

Assim, como as leis consideram o bem estar de todos antes do bem estar dos indivíduos, também assim o corriqueiramente denominado homem de bem, o honesto, obediente às leis e que conhece seu dever de cidadão se mantém atento mais ao interesse geral que ao do indivíduo ou ao seu próprio bem. Esta sociabilidade que de modo geral foi descrita, ou este cuidado de manter a sociedade de maneira conforme às luzes do entendimento humano, é a fonte do direito natural assim propriamente chamado, e que se reduz em geral a isto: que cada um deve abster-se religiosamente do bem de outrem, e restituir o que dele possa ter entre as mãos ou o proveito dele tirado; que se é obrigado a manter o que se prometeu; que se deve reparar o mal causado pela própria culpa; e que toda violação dessas regras, merece punição, mesmo da parte dos homens.<sup>6</sup>

A lei natural contém uma espécie de catálogos de conselhos prudenciais, desenvolvidos para a própria sobrevivência do homem. A prudência, neste contexto, indica um saber prático que orienta a ação, procurando indicar uma resposta para a indagação de como agir para o fim visado, este considerado como sendo a sobrevivência. A partir disto, ou seja, de uma definição formal, considera-se que “bem” é tudo aquilo que é buscado como fim da ação.<sup>7</sup>

Por instinto natural uma sociedade se estabelece, os grupos se formam por disposição ontológica, ordenadas a atingir o bem, o que se reflete nas aglomerações menores, quer seja no âmbito familiar ou na realidade estatal. Há sempre um direito natural que vincula todos os integrantes de um grupo. Este é o ponto de partida de todo o direito, ou seja, seu enraizamento ontológico natural e elementar, toda a sustentação ao direito positivo que venha a ser legislado e aplicado. Esta é a gênese do Direito Natural, no sentido de que a vida humana é uma plêiade carregada de valores, visando a realização com sentido, voltado ao bem.<sup>8</sup>

Entende-se que o direito natural é compreendido como um conjunto de normas sistemáticas que, diferentemente do direito positivo, não são fruto da criação humana, mas se verificam naturalmente, voltando-se ao Bem. Neste norte a diferença entre o direito natural e o direito positivo é uma dissonância

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 20.

<sup>8</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér Zenni. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006. p. 125.

quanto ao fundamento de validade, eis que no caso do jusnaturalismo é material, e no juspositivismo o critério é formal.<sup>9</sup>

A partir do direito natural constroem-se, de forma declaratória, os princípios orientadores do Estado (dos quais alguns serão tratados em sequência), gozando de característica de imutabilidade, permeando todo o sistema jurídico vigente, e reconhecendo a finalidade, em si, do direito natural em sua construção teórica, ou seja, a de aproximar o direito próprio, positivo, da cada povo, em torno de postulados básicos, intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem.<sup>10</sup>

Com foco nos valores/ princípios identificados em decorrência desta corrente jusfilosófica, os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais, sendo que esta importância é extraída diante do máximo poder de legitimação que lhes é inherente.<sup>11</sup>

## I.1 ASPECTOS DA SOCIEDADE ANTIGA, SURGIMENTO DO ESTADO E O VALOR LIBERDADE

Entre os teóricos da política é comum o reconhecimento de que o Estado é uma figura teorética. Os grupos arcaicos constituíam sistemas simples, identificados, em geral, por fatores totêmicos, como é o exemplo das tribos. A expressão Estado só adquiriu estatuto teórico na Era Moderna, sendo utilizada para designar formações bastante peculiares que, não obstante, parecem reproduzir caracteres comuns aos grupos políticos em geral. As organizações políticas da Antiguidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional e pela ausência de nomeação própria, tornando recorrente a presença do trabalho escravo (escravizados ou libertos) e dos servos nos serviços considerados hoje públicos.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. Traduzido por Waldir Alves. Luís Afonso Heck (Organizador). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25-49. p. 25.

<sup>10</sup> RÃO, Vicente. *op. cit.*, p. 81.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 302.

<sup>12</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 413.

Entre os gregos, aquilo que modernamente entende-se por liberdade articulava-se, primordialmente, com a necessidade e com o acaso. A interpretação da sorte como a decisão (justa) de um poder (jurídico) divino e do seu oposto como a falha pecaminosa – o injusto – pode ser um indício de que a ação humana se supusesse livre. Por sua vez, em oposição à necessidade, a temática da liberdade teria alguma vinculação ao que poderia ser denominado como acaso. Deste modo, por trazer o sentido da contingência e não estar na esfera da necessidade, a ação humana teria algo de liberdade (liberdade como oposição ao determinado ou necessário).<sup>13</sup>

O Estado é, definitivamente, um fenômeno da modernidade, contudo a ideia de se configurar o Estado como um ente próprio, juridicamente, começou a aparecer na experiência tardia dos romanos e na Idade Média. A organização política do Estado, para ser legitimada, deveria explicar como o homem, ao aderir desta, abdicou de certas prerrogativas naturais. Assim a relação universal governante-governado tem por base a concepção contratualista da sociedade e pressupõe uma equação teórica em que ser cidadão é igual a ser obediente, pois a ideia de ser livre era correlacionada com o agir politicamente.<sup>14</sup> Ora, nada mais é do que liberdade restrita à configuração do reconhecimento e estrutura do Estado, uma liberdade desenvolvida a partir do “aspas”.

A formação do Estado, da maneira como se entende, exige uma clara compreensão da evolução sofrida pela vida política, no Ocidente, desde a Antiguidade, inicialmente em razão na distinção entre a esfera privada (onde se operavam as desigualdades naturais, no âmbito familiar, por uma questão de hierarquia entre o chefe de família e os demais) e a esfera pública (na qual imperava a igualdade perante as normas, a isonomia). A concepção grega se propunha a sustentar, e com veemência, que a estrutura da vida privada não deveria ser transportada para a vida pública, pois por meio disso se construía a tirania. O princípio da vida pública, sendo liberdade, exigia igualdade.<sup>15</sup>

Com o Iluminismo o Estado, antes visto como uma aproximação terrena de uma ordem eterna, como modelagem de Deus, passou a ser considerado

---

<sup>13</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 96.

<sup>14</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.*, 2007, p. 414-417.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 418-419.

com o viés da proteção dos direitos naturais e aos elementos essenciais de cada indivíduo. O direito à liberdade estava em processo de formação, a fim de nascer em decorrência deste movimento e da Revolução Francesa (considerada a mais importante revolução histórica para a liberdade humana), por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi fruto da luta pela renovação do direito, em prol da justiça, da igualdade e, principalmente, da liberdade. Foi um marco divisor entre o antigo regime opressor ao direito à liberdade, tornando-se um novo paradigma diante da crise existente.<sup>16</sup>

É possível identificar que a diferença entre o valor liberdade construído na antiguidade e o valor moderno exerceu bastante influência no pensamento liberal. Os antigos exerciam a liberdade participando ativamente da vida social e das decisões políticas. Por outro lado a liberdade dos modernos prescinde da participação direta das pessoas nas coisas do Estado, eis que cada pessoa decide e vive, individualmente, seu espaço.<sup>17</sup>

Bobbio aponta distinção entre a liberdade negativa (ausência de algo) e a liberdade positiva (existência de algo). A liberdade negativa, compreendida em sentido político, representa uma situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado; ou seja, é a teorização da ausência de impedimento ou a possibilidade de fazer, bem como da ausência de constrangimento ou a possibilidade de não fazer. Já a liberdade positiva, para o autor, deve entendida como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade orientar seu próprio querer, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer do outro, o que é também conhecido como autodeterminação ou autonomia.<sup>18</sup>

Alessandro Zenni assevera que:

Na intersubjetividade as mesmas demarcações à liberdade se apresenta no ser dos homens que se implicam, embora assistamos às eleições de volições contrárias ao bem como fim natural no processo de atração axiotrópica. Eis o paradoxo máximo humano de racionalmente descobrir o fim bom e praticar

<sup>16</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade*: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 70-75.

<sup>17</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 259-260.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 48-51.

o mal real, negando-se ao aperfeiçoar pela escolha do nihilificar.<sup>19</sup>

Intuitivo que se reputa o dever como uma condição natural de ser do homem, pois busca necessariamente o bem no seu aperfeiçoar ontológico, sempre referido ao outro, em relação de conformidade com a justiça; aquele ser encubado no interior do homem, que deve fazer-se no convívio justo, surge como revelação pela razão, e o nada no ser torna-se ser que deve ser em conformidade com seus fins imanentes.<sup>20</sup>

Chega-se, assim, ao fim desejado: o homem deve, por natureza, sair de sua condição infra-humana, nihilista, e pela sequência de ações livres vertidas ao bem, na associação, preencher-se com seu enriquecimento ontológico. O dever é o fim do homem, há uma responsabilidade por fazer-se no ofício da liberdade e colaborar nessas empreitadas em face do outro, na associação.<sup>21</sup>

Por meio do viés da liberdade pautada na associação, bem como na responsabilidade em face do outro, que se constrói a relevância deste valor na tutela dos direitos dos estrangeiros não naturalizados, por um aspecto de axioma duplamente considerado entre liberdade e solidariedade, derivando a fundamentação da dignidade e também da igualdade.

## I.2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se refere ao princípio da dignidade, e especificamente no tocante ao seu conceito, provavelmente sua melhor definição derive da construção perpetrada por Tomás de Aquino, ao considerar o termo dignidade como algo absoluto e pertencente à essência, situando esta identificação como um requisito inerente à condição humana. Neste norte, a dignidade humana é atributo da pessoa e não pode ser medida por um único fator, pois nela intervém a combinação de aspectos morais, econômicos, sociais e políticos.<sup>22</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana legitima toda e qualquer disposição normativa, tendo – portanto – amplitude fundamentadora, como

<sup>19</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *op. cit.*, p. 106.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> CARVALHO, José Raimundo de; SILVA, Bruno Miola da. O princípio da dignidade humana e o direito à inclusão social. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral (Organizadores). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012. p. 249-267. p. 250-251.

núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico vigente. Nesse sentido o vetor estrutural da dignidade humana deve sempre ser observado na criação de novas regras deontológicas, e também pelo magistrado quando da prestação da tutela jurisdicional, em todas as suas fases, haja vista que a dignidade da pessoa orienta a atividade exegética da Constituição, como valor irrenunciável, contaminando toda e qualquer tutela jurisdicional que a ignora.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e ponto de convergência dos direitos fundamentais. A partir disso pode-se ir além, considerando a dignidade como a base dos direitos da personalidade, é possível afirmar que o respeito a tais direitos também podem ser entendidos também como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Cleide Fermentão afirma que:

Pessoa humana e dignidade humana podem ser analisadas como sinônimas diante da importância de cada uma para o direito. É particularmente importante nos dias atuais refletir sobre a noção de pessoa e procurar entender o valor da pessoa humana, na dignidade ontológica e ética.<sup>23</sup>

A dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que acaba por não contribuir para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade. Deve-se sempre ter em mente que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano.<sup>24</sup>

Alessandro Zenni constrói argumentos pautados na premissa de uma dignidade decorrente da liberdade, note-se:

No âmago da natureza humana radica a liberdade para se agir com discernimento em vista ao fim de sua elevação. Só por ser racional o homem tem liberdade, centelha de Causa Eficiente, Razão Suprema que a pões a agir ao fim ético. (...)

O dever ser jurídico coincide com o próprio dever ser humano. Elementar a concepção de dinamismo no ser, como anotado supra, uma pulsão natural do homem, esse ser que é causa e fim de si mesmo. O homem, escoimado de sua liberdade, é ser material, causalidade pura, sem poder conjecturar a ideia de fim, enquanto que pensando em Bem, como fim, o homem atraído

<sup>23</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *op. cit.*, p. 170.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18.

pelo valor põe sua liberdade diante da convocação de seus fins, podendo aceitá-los ou negá-los no que convergirá para sua deificação ou nihilificação.<sup>25</sup>

A dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, não poderá ser sacrificada, já que, em si mesma insubstituível. Em que pese a máxima anteriormente descrita, poderão ser justificadas violações da dignidade de tal sorte a sacrificá-las. Neste sentido já não se poderá falar de um princípio absoluto, impedindo reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios e regras do ordenamento não há como afastar a necessária relativização (ou se preferir, a conivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos.<sup>26</sup>

A dignidade do ser humano é, dessa forma, valor conformador e está presente em todo o direito, seja nas relações econômicas entre particulares, como um contrato, seja nas relações existenciais, como no direito de família e nos direitos de personalidade, seja nas relações entre o indivíduo e o Estado, como no direito tributário e no direito penal.<sup>27</sup>

Percebeu-se então que as pessoas não deveriam ser protegidas apenas em suas relações com o Estado, mas também nas suas relações particulares. Também nessa esfera de atuação dos indivíduos deve haver cuidado para que a liberdade e a igualdade meramente formal não se transformem em exploração acobertada pelo individualismo jurídico, versão do liberalismo econômico. É nessa circunstância que se resgata o valor do ser humano também nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana passa a ser valor fundamental também para esse tipo de situações reguladas pelo direito privado. O indivíduo deve ser protegido contra o Poder Público e também contra os abusos cometidos pelos mais fortes nas relações privadas. Essa proteção do indivíduo é necessária mesmo nas relações privadas de âmbito mais íntimo, como as relações familiares: também aí o indivíduo merece proteção contra abusos que possam vir a ser cometidos pelos membros de sua própria família.<sup>28</sup>

Portanto, desrespeitar a dignidade da pessoa humana ao proferir sentenças, ao promulgar novas leis ou na valoração de conflitos de normas e de princípios, é afrontar o fundamento do próprio Estado; razão pela qual se reveste de importância e atualidade a verificação do respeito aos direitos da personalidade dos estrangeiros, tendo em vista a dignidade que deles decorre

<sup>25</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *op. cit.*, p. 106-107.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 7º ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82-83.

<sup>27</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 84.

em razão da humanidade que possuem, devendo – todo este contexto – ser analisado a fim de solucionar dilemas sociais.

### I.3 DA IGUALDADE

Em um estágio anterior à formação do Estado, Hobbes considerava que os homens eram essencialmente iguais, sendo que esta igualdade apresentar-se-ia em três planos: igualdade de fato, na escassez de recursos e no direito sobre tudo. A natureza conferiu condições iguais aos homens (retomando a ideia de desenvolvimento a partir do jusnaturalismo), tanto no que diz respeito às faculdades do corpo quanto naquelas concernentes ao espírito, compreendendo quatro poderes, identificado como a força corporal, a experiência, a razão e a paixão.<sup>29</sup>

A construção da concepção do princípio da igualdade parte da defesa do valor igualdade constante nas Declarações de Direitos do Século XVIII como forma que a burguesia viu para extirpar os privilégios de classes e as isenções pessoais. Assim, houve a fixação de uma concepção negativa da igualdade, ou seja, proclamou-se uma igualdade formal (todos são iguais perante a lei) em que cada um, segundo a sua capacidade e qualidade pessoais, conseguiria se desenvolver em harmonia com o regime econômico liberal, que tinha a ideia de estar promovendo igualdade de oportunidades. Em que pese a fixação de uma igualdade formal colocar fim aos privilégios de classe, por outro lado, não houve combate às desigualdades de fato, haja vista que a concepção de igualdade formal era despreocupada com o estabelecimento de condições reais que pudessem propiciar a todos uma convivência em situação de igualdade, no sentido de igualdade de condições.<sup>30</sup>

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda a situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada. O princípio da igualdade, consagrado pela Constituição se opera em dois planos distintos; de um lado frente ao Legislador ou ao próprio Executivo, na edição, respectivamente, de leis,

<sup>29</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 17.

<sup>30</sup> STROPPA, Tatiana. Igualdade, diversidade cultural e o acesso aos meios de comunicação social: inclusão sem absorção. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral. *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012. p. 345-364. p. 346-347.

atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em mesma situação jurídica. Em outro plano, reside na obrigatoriedade de o intérprete aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações.<sup>31</sup>

Da pessoa humana considerada como igual pelo fato de ser humana e que por isso deveria ser tratada por uma lei geral e abstrata que não pode diferenciar, passou-se a reconhecer, também no plano jurídico, que a identidade de essência por serem todas da mesma espécie (humana) não foi suficiente para excluir as inúmeras desigualdades de tratamento existentes no mundo dos fatos.<sup>32</sup>

Tal fato evidencia a transição entre a igualdade meramente formal para uma igualdade equânime. Contudo, sob o viés dos estrangeiros não naturalizados é necessário que se analise no sentido da consideração de igualdade no aspecto de paridade com o nacional, baseado na necessidade de fazer valer um direito fundamental, e, por consequência lógica, um direito personalíssimo.

## II DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A tutela jurídica dos direitos humanos, no plano internacional, de construção – primordialmente – ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, vem sendo realizada através de convenções e tratados internacionais, sendo implementada por sua recepção como direitos fundamentais no ordenamento interno dos Estados. Nessa tutela se insere a voltada aos direitos da personalidade, como construção sócio-jurídica circunscrita à proteção da esfera privada dos indivíduos, em especial para protegê-los de eventuais lesões, sejam estas oriundas das relações interpessoais ou da esfera pública.<sup>33</sup>

Com o intento de satisfazer suas necessidades em decorrência das relações sociais, o homem, adquire direitos e assume obrigações, sendo –

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

<sup>32</sup> STROPPA, Tatiana. *op. cit.*, p.347.

<sup>33</sup> SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Os direitos da personalidade e o ciberspaço: o ponto de conexão das esferas público e privada na contemporaneidade. Dirceu Pereira Siqueira; Flávio Luis de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p. 337-354, p. 337.

portanto – sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas; o conjunto dessas situações jurídicas individuais denomina-se patrimônio, o qual representa a projeção econômica da personalidade, sendo que esta consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa.<sup>34</sup>

A construção teórica dos direitos da personalidade parte da concepção antropocêntrica do Direito, eis que nem sempre o ser humano foi visualizado como núcleo deste, tanto que a discriminação à pessoa adotou várias formas, até se chegar a aceitação do valor da dignidade do qual todas as pessoas são dotadas.<sup>35</sup> Segundo o doutrinador Adriano de Cupis “todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se ‘direitos da personalidade’”.<sup>36</sup>

Cleber Sanfelici Otero e Nilson Tadeu Reis Campos Silva apontam interessante distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade:

Normalmente, prefere-se utilizar a expressão “direitos humanos” para os direitos reconhecidos em documentos de direito internacional, ao passo que os direitos fundamentais são positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Na maioria das vezes, por sinal, os mesmos direitos são identificados tanto no plano internacional como no plano normativo interno de vários países, a ponto de os juristas não se preocuparem com a realização de uma distinção.<sup>37</sup>

Uma outra distinção, ora no plano interno, é feita entre os direitos fundamentais individuais e os direitos da personalidade: aqueles são visualizados como direitos constitucionais reconhecidos para a proteção das pessoas em face da ordem estatal; estes, mais especificamente, os direitos inerentes à pessoa humana para a sua proteção nos relacionamentos particulares e sociais, por vezes até reconhecidos como direitos fundamentais.<sup>38</sup>

A diferenciação trazida possui seu valor prático, todavia encontram-se juristas que unificam o conceito; porém, parece ser mais coerente a identificação

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119-121.

<sup>35</sup> SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *op. cit.*, p. 339.

<sup>36</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Traduzido por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 23.

<sup>37</sup> OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral (Organizadores). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012. p. 93-112. p. 94

<sup>38</sup> *Ibid.*

semântica de cada uma das espécies de direitos apontadas, eis que não se pode ignorar seus elementos diferenciadores, bem como o entendimento de que os Direitos Fundamentais não são garantias somente contra o Estado, mas também em face do particular, como decorrência lógica do princípio da universalidade.<sup>39</sup>

Parte da doutrina considera que os direitos da personalidade são inatos e impostos através da natureza das coisas, por outro lado – a exemplo de Adriano de Cupis<sup>40</sup> – há críticas à gênese jusnaturalista dada aos direitos da personalidade, dispondo que estes se justificam historicamente, o que não se sustenta atualmente, pois a concepção dos direitos da personalidade, por serem inatos e invulneráveis ao arbítrio do Estado não abona a imposição de direitos à sociedade, independente da formação política, cultural ou social.<sup>41</sup>

Os direitos da personalidade são reconhecidos como direitos subjetivos, e representam os valores essenciais da personalidade humana, tendo como objetivo a tutela da dignidade.<sup>42</sup> A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constituindo uma precondição destes, seu fundamento e pressuposto; nas palavras de Adriano de Cupis “a personalidade seria uma condição física destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir essa mesma configuração”<sup>43</sup>.

É por meio dos direitos da personalidade que o ser humano tem tutelado a garantia e o respeito aos elementos e expressões da personalidade humana. Tal prerrogativa abrange toda a esfera individual, acrescentando-lhe valores como o sentimento, a inteligência, vontade, igualdade, segurança e o desenvolvimento de sua personalidade.<sup>44</sup>

A realização dos direitos de personalidade ou a materialização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada a expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Essa realização não se dá apenas, como vê a doutrina, na proteção desses

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 209-210.

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 24-25.

<sup>41</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade:* disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73-74.

<sup>42</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, 2006. p. 241.

<sup>43</sup> CUPIS, Adriano de. *op. cit.*, p. 21.

<sup>44</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *op. cit.*, p. 245.

direitos contra a lesão de terceiros; cada vez mais a realização desses interesses se dá pelo exercício ativo de tais direitos, pelo exercício positivo dos direitos de personalidade.<sup>45</sup>

Relevante ponderar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto de proteção no que tange à tutela da pessoa humana, um sistema geral de proteção da personalidade extraído do princípio da dignidade humana e outro que protege direitos especiais de personalidade tipificados na Constituição Federal enquanto direito fundamental.<sup>46</sup>

De qualquer forma, vindo a tutela através de um sistema geral ou de um sistema pautado na totalidade dos direitos fundamentais, nota-se que há avanço residente no resguardo e nas garantias dos direitos da personalidade da pessoa humana enfim codificados, contudo, maior avanço será verificado quando se incorporar o real valor do indivíduo, de sua dignidade, a toda e qualquer atitude a ser tomada pelo Estado, bem como pela sociedade, não só por imposição constitucional, mas por entendimento principiológico e interpretativo sobre o fundamento da norma e sua razão de ser.

O tema concessão do benefício assistencial representa uma das formas de proteção aos direitos personalíssimo, eis que preocupado com a vida e a dignidade da pessoa que o requer, no objetivo de conceder melhor condição ao necessitado, amparando-o.

### **III DO ESTRANGEIRO NO BRASIL**

#### **III.1 PONDERAÇÕES SOBRE OS FLUXOS IMIGRATÓRIOS NO BRASIL**

O desenvolvimento do capitalismo acelerou os movimentos imigratórios. A partir do século XVIII, em especial durante o século XIX e na primeira metade do século XX, o mundo conheceu um movimento imigratório de grandes proporções. Nesse período, cerca de 60 (sessenta) milhões de europeus imigraram para todas as partes do mundo, sobretudo para a América e para a Oceania. Milhões de asiáticos também participaram deste movimento, imigrando para a América (chineses para os Estados Unidos, indianos para as Guianas e japoneses para o Brasil). Pode-se dizer, então, que por anos a Ásia e Europa desempenharam papel tipicamente emigratório, ou seja, de repulsa

<sup>45</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *op. cit.*, p. 107.

<sup>46</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

populacional; ao passo que a América e a Oceania foram áreas de imigração ou atração.<sup>47</sup>

O Brasil foi construído por meio do trabalho escravo e das imigrações, as quais precisam ser identificadas de maneira mais clara. Os portugueses que vieram ao Brasil na época da colonização não eram imigrantes, eis que inexistia fronteira política separando o Brasil de Portugal. Também não eram imigrantes os 4 (quatro) milhões de escravos africanos que desembarcaram nos portos brasileiros entre 1551 e 1850. A imigração é um movimento voluntário e, como se sabe, não foi esse o caso das pessoas que aqui, escravizadas, vieram.<sup>48</sup> Desta forma identificam-se as imigrações como sendo os movimentos populacionais externos (de ordem internacional), de caráter voluntário, e de acordo com alguma motivação.

As pessoas migram, entre vários motivos, por critérios políticos (problemas fronteiriços, formação de nova nação. Guerras, por exemplo), por conflitos religiosos (como a perseguição dos judeus no século XX), por conflitos étnicos-raciais (como os ocorridos na Bósnia, em 1992, e na Iugoslávia, em 1999), por critérios naturais (em razão de catástrofes), e, precipuamente, por questões econômicas.<sup>49</sup>

O maior incentivo à vinda de imigrantes foi a abolição da escravatura, em 1888, que compeliu o governo a buscar novas forças de trabalho na Europa e no Japão. O fluxo imigratório de grande intensidade, no Brasil, ocorreu entre 1904 e 1913, quando 1.006.617 pessoas para cá vieram, sendo que entre os anos de 1850 e 1934, o Brasil recebeu cerca de 80% (oitenta por cento) do total de imigrantes registrados até a década de 1980.<sup>50</sup> Importante mencionar que este contingente era fruto de propaganda, muitas vezes ilusória, brasileira no exterior. A viagem para o Brasil normalmente era paga pelo governados ou pelos proprietários de terra; o imigrante e a família assinavam em seu país de origem m contrato de trabalho, feito em proveito exclusivo do empregador.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *Geografia geral: o espaço natural e socioeconômico*. 4. ed., atual. São Paulo: Moderna, 2004. p. 276-277.

<sup>48</sup> MAGNOLI, Demetrio; ARAUJO, Regina. *Geografia geral e Brasil: paisagem e território*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Moderna, 2000. p. 130.

<sup>49</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *op. cit.*, 2004, p. 273-274.

<sup>50</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *Geografia do Brasil: espaço natural, territorial e socioeconômico brasileiro*. 5. ed., rev. e atual. São Apulo: Moderna. 2003. p. 315.

<sup>51</sup> VESENTINI, José William. *Brasil sociedade e espaço*. 31. ed. São Paulo: Ática, 2002. p.186-187.

No estudo das imigrações identificam-se três grandes períodos. O primeiro período imigratório é compreendido entre os anos de 1808 e 1850; neste lapso temporal o fluxo imigratório foi bastante pequeno, muito em razão do desinteresse das pessoas em emigrar para um país de regime escravista. O segundo período imigratório ocorreu entre os anos de 1850 e 1934, sendo o mais importante momento para este evento social. Por fim, o terceiro período imigratório tem seu marco histórico em 1934, abrangendo até os dias atuais.<sup>52</sup>

Nota-se que, no segundo período imigratório ocorreu o que alguns doutrinadores chamam de “surto imigratório”, incentivada pelo governo e abençoada pelos senhores do café, a fim de substituir o braço do escravo, principalmente nas áreas do oeste paulista. Para esta região se dirigiram mais de 70% dos imigrantes que desembarcaram no Brasil entre a segunda metade do Século XIX e as primeiras décadas do Século XX. Em 1850, a Lei Eusébio de Queirós decretou o fim do tráfico negreiro, sinalizando a proximidade do fim da escravidão, no país. No mesmo ano houve a promulgação da Lei e Terras, a qual vedou o acesso às terras devolutas que não ocorressem por meio da compra. Assim, a riqueza monetária se tornava o único passaporte para a propriedade da terra, sendo uma sábia estratégia dos latifundiários na defesa dos seus interesses, impedindo que escravos libertos e imigrantes se instalassem como posseiros nas terras do Oeste.<sup>53</sup>

Após 1934 verificou-se a diminuição progressiva das imigrações, fruto de alguns fatores como a crise econômica (crise da cafeicultura) gerada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York (1929), a crise política e social gerada pela revolução brasileira de 1930, que colocou Getúlio Vargas no poder, a Segunda Guerra Mundial e a posterior recuperação econômica da Europa, que provocou uma reorientação dos fluxos migratórios, e um elemento bastante peculiar: a criação das chamadas Leis da Imigração, que restringia fortemente a entrada de novos imigrantes no Brasil. A Lei de Cotas da Imigração, de 1934, determinava que só poderiam entrar em solo nacional, a cada ano, 2% (dois por cento) do

<sup>52</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *op. cit.*, 2003, p. 315-316.

<sup>53</sup> MAGNOLI, Demétrio. *op. cit.*, p.134.

total de imigrantes de cada nacionalidade que ingressaram no país nos últimos cinqüenta anos.<sup>54</sup>

Além dessa restrição de caráter quantitativo, em 1938 a Lei de Cotas foi alterada, incluindo outros tipos de restrição, uma de ordem profissional (80% dos imigrantes deveriam ser agricultores) e uma de ordem político-ideológica (na se admitia o ingresso de comunistas). Decretada durante o governo de Getúlio Vargas, em um período de acelerado crescimento industrial do país, a referida Lei revelava uma estratégia de nacionalização da mão de obra operária, haja vista que os imigrantes, com sua bagagem cultural, que incluía uma tradição de lutas sindicais e libertárias, estavam se tornando pessoas indesejadas.<sup>55</sup>

De acordo com a nacionalidade, os cinco grupos mais numerosos de imigrantes que ingressaram no Brasil, até 1983, foram os portugueses (31,7%), italianos (30,3%), espanhóis (12,5%), alemães (4,6%) e japoneses (3,6%). No continente americano, os quatro países que mais receberam imigrantes, até a década de 1970, foram os Estados Unidos (40 milhões), a Argentina (7 milhões), o Canadá (5,2 milhões) e o Brasil (4,2 milhões).<sup>56</sup>

Os dados oficiais divulgados são importantes, entretanto eles nem sempre correspondem à realidade, eis que diante do crescimento da economia informal, constatou-se aumento da imigração ilegal, a qual não gera números a serem oficialmente computados. A ONU (Organização das Nações Unidas) estima que 2% da população mundial vive fora do seu país, o que, em 2004, representaria algo em torno de 120.000.000 (cento e vinte milhões) de pessoas<sup>57</sup>. Na estimativa feita pelo Organização das Nações Unidas, em 2019, esse número saltou para 272.000.000 (duzentos e setenta e dois milhões), o que equivale a 51 milhões a mais do que em 2010, a maioria situada na Europa (82 milhões) e América do Norte (59 milhões).<sup>58</sup>

No relatório mais recente, de dezembro de 2021, percebeu-se o quanto a pandemia da COVID-19 atingiu os fluxos imigratórios, os quais estavam crescendo de maneira exponencial. Segundo a mencionada estimativa,

<sup>54</sup> COELHO, Marcos de Amorim. *Geografia do Brasil*. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Moderna, 1999. p. 308.

<sup>55</sup> MAGNOLI, Demétrio. *op. cit.*, p. 136.

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 308.

<sup>57</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *op. cit.*, 2004, p. 278.

<sup>58</sup> ONU. *Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>. Acesso em 22 set. 2022.

registrou-se 281.000.000 (duzentos e oitenta e um milhões) de imigrantes no mundo em 2020; montante bastante significativo, e que – às vezes – fica relegado a categoria inferior no país em que se encontra.<sup>59</sup>

No Brasil é possível identificar movimentos imigratórios aos arredores de sua fronteira. Levados pela procura de melhores condições de vida e seguindo uma onda expansionista nas migrações internas, milhares de brasileiros transpuseram a fronteira do país e se instalaram em países vizinhos. São os casos de garimpeiros de Roraima que se instalaram na Venezuela, de seringalistas do Acre que foram para a Bolívia e, principalmente, de agricultores sulistas (brasiguaios) que se estabeleceram no Paraguai.<sup>60</sup>

Interessante observar o fato de o fluxo imigratório ter sido motivo de atração de pessoas, as quais fixaram aqui sua moradia e auxiliaram na formação do país que se tem hoje, mas – a partir do instante em que o Estado se viu satisfeito com o trabalho e as pessoas que aqui estavam – houve a criação de barreiras para o ingresso de estrangeiro em terras brasileiras. Curioso é verificar a parcela de hipocrisia da sociedade ao, em 1934 e durante o tempo de vigência da Lei, aprovar a medida e, no século XX, questionar tão veementemente a política de controle imigratório realizada pelos Estados Unidos da América. Por certo que são sociedades diferentes, e um lapso temporal de algumas décadas, mas a natureza do fundamento é a mesma.

O incentivo a imigração, não no aspecto de turismo, mas no de fixar moradia fora do país de origem possui estreita ligação com a ideia de utilidade, ou seja, a aceitação do outro passa a ter valor e importância na medida em que o outro é – de alguma forma – útil, ignorando premissas básicas de consideração das pessoas existentes, de forma bem pontuada, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

### III.2 O ESTRANGEIRO, SUA (DES)QUALIFICAÇÃO JURÍDICA E CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL NO BRASIL

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos “Estrangeiro é aquela pessoa que se encontra dentro de um determinado Estado, por motivos múltiplos, só que

<sup>59</sup> ONU. *Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>. Acesso em: 22 set. 2022.

<sup>60</sup> COELHO, Marcos de Amorim; TERRA, Lygia. *op. cit.*, 2003, p. 318.

está vinculada a outro Estado”<sup>61</sup>. Poder-se-ia também dizer que estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra; assim, por exclusão, a doutrina tradicionalmente define o estrangeiro como sendo o não-nacional, quer tenha outra nacionalidade, quer seja apátrida.<sup>62</sup> No mesmo sentido, Carmem Tibúrcio destaca que “entende-se como estrangeiro todo aquele que, de acordo com as leis de um determinado Estado, não é considerado seu nacional”<sup>63</sup>.

Entender o conceito aceito conferido aos estrangeiros é importante, na medida que a conceituação do cidadão possui relação com a ideia de nacionalidade, na medida que todo cidadão é também nacional, sendo que cidadania consiste na manifestação das prerrogativas políticas que um indivíduo possui dentro de um Estado Democrático.<sup>64</sup> Sendo assim, em uma análise objetiva, os estrangeiros não naturalizados não podem ser identificados como cidadãos, o que lhe traz consequência direta no gozo de alguns direitos estabelecidos.

Fustel de Coulanges, em sua clássica obra, apresenta a realidade dos estrangeiros de forma bastante interessante:

Era reconhecido como cidadão todo aquele que tomava parte no culto da cidade, e dessa participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. Renunciar ao culto seria renunciar ao direito. (...)

Se quisermos definir o cidadão dos tempos antigos pelo seu atributo mais essencial, devemos dizer que é cidadão todo o homem que segue a religião da cidade, que honra os mesmos deuses da cidade, aquele para quem o arconte ou o prítepe oferece, a cada dia, o sacrifício; (...)

Ao contrário, o estrangeiro é aquele que não tem acesso ao culto, a quem os deuses da cidade não protegem e que nem sequer tem o direito de invocá-los. Os deuses nacionais, que só querem receber orações e oferendas do cidadão, repelem todo o homem estrangeiro: a entrada do estrangeiro nos templos não é permitida, e a sua presença durante as cerimônias era sacrilégio. (...) Se algum objeto sagrado caísse momentaneamente nas mãos do estrangeiro, tornar-se-ia logo

<sup>61</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004. p. 80.

<sup>62</sup> RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração. Direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 721.

<sup>63</sup> TIBURCIO, CARMEN. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição brasileira de 1988. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 747.

<sup>64</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 80-81.

profano e só poderia recuperar o seu caráter religioso depois da cerimônia expiatória. Se os inimigos se tivesse apoderado da urbe e os cidadãos chegassem a retomá-la, antes de tudo impunha-se que os templos fossem purificados e todos os lares, renovados, depois de extintos, pois haviam sido manchados pelo contato com o estrangeiro.<sup>65</sup>

Dessa forma é possível perceber que a desconsideração para com o outro, em especial o estrangeiro, era algo reticente, permitido e propagado. Nos dias atuais trata-se destas questões, bem como de todas as que envolvem uma circunstância de preconceito e marginalização, de forma mais velada; entretanto, a exteriorização das reservas antes evidentes deu lugar ao pudor hipócrita do veneno contido na não aceitação do outro.

A Constituição Federal, ao estabelecer, em seu artigo 5º, II, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”, elimina qualquer questionamento quanto à obrigatoriedade de cumprimento das normas de tratados, ou de organismos internacionais, aos quais o Brasil tenha soberanamente aderido. O Brasil é membro da Organização das Nações Unidas, é membro da Organização dos Estados Americanos e signatário de numerosos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Prosseguindo com os dispositivos de proteção universal aos direitos humanos, a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993) estabelece que:

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais aos seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos. (...)

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais. 15. O respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos. A eliminação rápida e abrangente de todas as formas de racismo e discriminação racial, de xenofobia e de intolerância

---

<sup>65</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 213-214.

associadas a esses comportamentos deve ser uma tarefa prioritária para a comunidade internacional. Os Governos devem tomar medidas eficazes para preveni-las e combatê-las.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo (primeira frase contida no preâmbulo da referida Declaração). Interessante verificar que a Declaração não aponta distinção alguma, colocando a dignidade como direito aos membros de qualquer família humana, ou seja, transcende a análise de nacionalidade. Corroborando com este ideal, o artigo I dispõe que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assevera que os Estados americanos signatários da Convenção reconhecem que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional (conforme Preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Para alguns, o reconhecimento dos direitos dos estrangeiros não naturalizados, indo ao contrário do que na lei está previsto, seria um aviltamento à Soberania. Contudo não se pode assim pensar, haja vista que o art. 1º da convenção de Havana sobre a Condição do Estrangeiro (1928) o qual aponta que os Estados tem o direito de estabelecer – via processo legislativo – as condições gerais de entrada e residência de estrangeiros em seu território. Da mesma forma, deve-se fazer a interpretação inversa, ou seja, a possibilidade de o Estado tutelar o ingresso e permanência de estrangeiros em seu território não fundamenta a arbitrariedade e o aviltamento da dignidade da pessoa do estrangeiro por meio de ações desumanas.

Neste mesmo sentido o doutrinador Fábio Konder Comparato assevera que a justificativa desse princípio encontra-se no postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade; assim,

todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem.<sup>66</sup>

O Brasil não possui diferentes categorias de estrangeiros (diferentemente do que ocorre na Grã-Bretanha), ou seja, todos são agrupados sob a identificação de serem aqueles que não possuem nacionalidade brasileira; a única exceção corresponde aos portugueses através de um Tratado, o qual garante reciprocidade de direitos a brasileiros em Portugal, sendo que os portugueses, aqui, são equiparados aos brasileiros naturalizados. Importante dispor que o Brasil tem das classes de nacionais: os que adquiriram sua nacionalidade pelo nascimento, e os que a adquiriram por meio da naturalização.<sup>67</sup>

O jurista André de Carvalho Ramos destaca que o direito dos estrangeiros caminha oscilando por três vertentes, que influenciam a normatividade vigente em cada época, sendo elas a visão tradicional do estrangeiro como elemento estranho à sociedade brasileira e criador de problemas diplomáticos; a visão tradicional do estrangeiro como imigrante, apto a ser integrado por meio de normas de imigração e naturalização; e a visão contemporânea, quando o estrangeiro é visto como um cidadão, entendendo cidadania como aptidão a exercer direitos.<sup>68</sup>

Nos discursos políticos atuais, justifica-se geralmente a recusa de regularizar os imigrantes ilegais por razões de natureza sequencialista. O raciocínio é bem conhecido: a regularização traduziria um sinal de encorajamento – uma esperança - a outros imigrantes potenciais que atravessariam as fronteiras sem visto de entrada e não teriam em seguida senão que aguardar uma nova decisão de regularização. Um processo aparentemente sem fim. Também a recusa de regularizar os sem documentos que se encontram já no território se imporia como uma medida inevitável para todo o país que

<sup>66</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67.

<sup>67</sup> TIBURCIO, CARMEN. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição brasileira de 1988. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.748.

<sup>68</sup> RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração. Direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 725.

queira dissuadir a chegada de migrantes não desejados e evitar o que é chamado a imigração indesejada.<sup>69</sup>

Contudo, mais uma vez o receio de um não justifica a limitação do exercício da dignidade do outro. Há necessidade de se refletir acerca da real e completa finalidade da Constituição, esta não pode ficar resumida à função de conter o Poder Público (função negativa), mas a “Constituição tem a função positiva, de promoção dos direitos fundamentais”<sup>70</sup>.

A Constituição Federal fez expressa menção aos estrangeiros residentes, o que gerou a discussão acerca da extensão da titularidade de direitos fundamentais (e aqui novamente incorpora-se valor aos direitos da personalidade) aos estrangeiros não residentes no Brasil.

A tese de que em face da ausência de disposição constitucional expressa os estrangeiros não residentes não poderiam ser titulares de direitos fundamentais, podendo apenas gozar dos direitos que lhes forem atribuídos por lei, visto a omissão por parte do constituinte de 1988 apenas poderia ser corrigida por emenda constitucional, não pode prevalecer em face do inequívoco reconhecimento do princípio da universalidade, de acordo com a exegese imposta pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Além disso, a recusa da titularidade de direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes, que, salvo nas hipóteses expressamente estabelecidas pela Constituição brasileira, poderiam contar apenas com uma tutela legal (portanto, dependente do legislador infraconstitucional) viola frontalmente o disposto no art. 4º, inciso II, da Constituição, que com relação à atuação do Brasil no plano das relações internacionais, estabelece que deverá ser assegurada a prevalência dos direitos humanos.<sup>71</sup>

Mesmo na negação de todos seus direitos – na vida na segurança da pessoa, na liberdade de consciência, entre outros – os indivíduos ficariam sempre possuidores de um direito, aquele de ter direitos. Uma maneira de escapar do paradoxo é compreender a primeira noção da palavra direito na

<sup>69</sup> BREYER, Insa; DUMITRU, Speranta. Légitime sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. Une approche par l'éthique et la discussion. In: Speranta Dumitru; MArc Rüegger (Coord.) *Raisons politiques. Études et Pensée politique*. Paris: Presses de ciences Po, n. 26, maio 2007. p. 125.

<sup>70</sup> ROTHENBURG, Walter Claudio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010. p.34.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 213.

expressão “direito de ter direitos” como um direito de tipo diferente, um direito moral fundamental, superior aos direitos específicos.<sup>72</sup>

Deve-se considerar que as características descritas aos direitos da personalidade como sendo inatos, absolutos, inestimáveis, inalienáveis e dotados de imprescritibilidade<sup>73</sup> não se aplicam somente aos nacionais, mas também aos estrangeiros que – como pessoas – também possuem personalidade a ser resguardada, sem importar se residentes ou não no Brasil, devendo-se assegurar os direitos que implicam na manutenção de sua dignidade, tal como a vida, a imagem, a honra, entre outros.

Assim, considera-se legítima a busca, por estrangeiro, de tutela jurisdicional diante de avilte à sua dignidade ou aos seus direitos da personalidade, baseado no fundamento principiológico da Constituição brasileira, independentemente de haver previsão expressa ou até mesmo contrária, conforme já comentado, devendo ser possibilitado – inclusive – o uso das ações constitucionais cabíveis frente ao fato.

Portanto, a relevância temática reside no fato de ser urgente a necessidade de voltar os olhos para os povos e indivíduos sem acesso aos “bens fundamentais”, sendo que a problemática envolvendo direitos fundamentais e direitos da personalidade – no horizonte da globalização do homem e do mundo – não pode ser delegado essencialmente à soberania de cada Estado Nacional, mas à inteira comunidade internacional.<sup>74</sup>

No que diz respeito à proteção do estrangeiro ao benefício assistencial, estabeleceu o artigo 1º, da Lei Orgânica da Assistência Social brasileira:

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.

Justamente partindo do pressuposto de que a assistência seria somente direito do cidadão, e cidadão é conceituado como sendo o brasileiro nato ou naturalizado, o Decreto nº. 1.744/95 deixou explícito a impossibilidade de o

<sup>72</sup> BREYER, Insa; DUMITRU, Speranta. *op. cit.*, p. 127

<sup>73</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *op. cit.*, p. 124.

<sup>74</sup> CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 58.

estrangeiro, que não fosse naturalizado, obter a prestação. Nesse sentido dispôs o artigo 4º, do mencionado Decreto:

Art. 4º. São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiências estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem.

Essa mesma disposição permanece no atual Decreto que regulamenta a LOAS (Decreto nº. 6.214/07), em seu art. 7º, o qual dispõe que:

É devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.

Como se vê, o estrangeiro só terá, no âmbito do que é perfeitamente reconhecido, direito ao benefício assistencial de prestação continuada caso tenha adquirido a nacionalidade brasileira. Ainda que resida no Brasil, mas não preencha os requisitos constitucionais para obtenção da nacionalidade brasileira (residência por quinze anos ininterruptos e sem condenação penal para os estrangeiros de qualquer nacionalidade, ou, um ano ininterrupto e idoneidade moral aos estrangeiros de países oriundos de língua portuguesa – artigo 12, inciso II, alíneas “a” e “b”, da Constituição) não conseguirá a proteção.

Entretanto, por mais que várias normas estabeleçam a cidadania e a nacionalidade como critério para a concessão do benefício, a Constituição Federal nada diz a esse respeito em seu art. 203, afirmando que a assistência social será prestada a quem dela precisar.

Diante dessa situação é relevante voltar ao início de todo o texto, quando da citação da obra de Montesquieu, no reconhecimento conferido ao Direito Natural. O filósofo identificou o que, ao seu entendimento, seriam as primeiras leis naturais. Seu escrito aponta quatro leis naturais: a primeira seria a paz, a segunda a busca pelo alimento, a terceira seria o prazer experimentado pela aproximação que os dois sexos inspiram um no outro, e – por fim – a quarta lei seria o desejo de viver em sociedade.<sup>75</sup> Ora, verifica-se, portanto, fundamentação filosófica, na teoria de Montesquieu, ao argumento pela concessão do benefício assistencial ao estrangeiro não naturalizado, eis que

---

<sup>75</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *op. cit.*, p. 24.

decorreria da busca deste pelo seu alimento, eis que o valor do benefício não gera possibilidade, ou ao menos dificulta, o desvirtuamento da sua função.

A fala toda se refere a uma questão de subsistência, de reconhecimento da necessidade básica do outro, o que – por si – já deveria ser suficiente para a relativização do conceito de cidadania para, na análise do caso concreto haver prestação efetiva às necessidades das pessoas, essas identificadas sem importar sua nacionalidade, diante de um critério construído e pautado na igualdade, liberdade e dignidade do ser.

Não se pode negar a relação fundamentadora dos princípios. Paulo Bonavides, ao tratar do assunto e também no que tange a sua interferência no ordenamento jurídico, aduz que:

Os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância. Alguns sistemas já lhes reconhecem a chamada “função informativa” ou função fundamentadora, ponto de partida para o inequívoco reconhecimento da liquidez da ascensão dos princípios aos andaimes mais elevados do ordenamento jurídico.<sup>76</sup>

A concessão de benefício assistencial ao estrangeiro naturalizado, obviamente feito com critérios, é conferir aos excluídos o acesso ao justo, e ao reconhecimento do valor comum de todas as pessoas. Por meio da identificação da passagem do modelo atual, de Estado de Direito para Estado Social de Direito, Elvis Donizeti Voltolin aponta duas finalidades básicas dessa nova configuração do sistema jurídico, no âmbito do direito ao acesso à justiça:

a) permitir-lhe funcionar como o mecanismo por meio do qual todas as pessoas, sem distinção, possam pleitear os seus direito perante o Estado e, na mesma medida, ter resolvidos os litígios que as afigem; b) o sistema deve ser capaz de produzir resultados que se apresentem como justos, seja do ponto de vista do indivíduo, seja do social.<sup>77</sup>

Ter acesso à justiça significa garantir a prevalência dos direitos humanos e o exercício da dignidade da pessoa humana. Entretanto, esta garanta não pode ser apenas superficial, no sentido de somente ser declarada, mas sim,

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 303.

<sup>77</sup> VOLTOLIN, Elvis Donizeti. Acesso à justiça e delineamento da tutela jurisdicional. Dirceu Pereira Siqueira; Flavo Luís de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p.128-147. p. 135.

efetivamente aplicada, de modo a não restar dúvidas de que o Judiciário está receptivo aos anseios da população.<sup>78</sup>

Os direitos fundamentais, e de maneira extensiva e até mesmo lógica, os direitos da personalidade, precisam ser encarados como origem e finalidade do Estado, bem como de todas as demais instituições nele localizadas. Neste sentido Ronald Dworkin estabelece que:

É necessário que a estrutura estatal seja concebida como instituição de direitos fundamentais. Como fazer isso? Criando mecanismos institucionais que tornem os direitos fundamentais origem e finalidade não apenas do Estado, mas de todas as instituições, inclusive as não-estatais.<sup>79</sup>

E quais seriam esses mecanismos institucionais? Poder-se-ia identificá-los como a possibilidade de os estrangeiros fazerem uso das ações constitucionais, conferindo-lhes real acesso à justiça, relativizando o clássico conceito de cidadania, para o fim de conceder o devido auxílio prestacional nos casos em que se verificar a real necessidade do que o requer.

## CONCLUSÃO

Não se pode ignorar o efeito da consideração e do resultado interpretativo decorrente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é apontado em diversos escritos como um super-princípio, ainda mais diante das profundas modificações que dele se desprenderam para gerar novo entendimento jurídico sobre institutos de direito.

Existem inúmeros estrangeiros trabalhando em condições análogas a de escravos, necessitando de algum tipo de auxílio assistencial e até mesmo hospitalar, mas que quando vão buscar o socorro são ameaçados pela pronta negativa dos servidores e pela sombra da deportação.

Não pode ignorar a vida humana mediante a justificativa da nacionalidade, como se todo o discurso fosse baseado em um Direito Humano nacionalizado, o

<sup>78</sup> GALLASSI, Almir. O acesso a justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. Dirceu Pereira Siqueira; Flavo Luís de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p. 1-16. p. 5.

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

qual sequer é lembrado pela perspectiva dos tratados internacionais assinados; é um procedimento profundamente hipócrita assinar um tratado internacionais reconhecendo amplamente os direitos humanos e não tomar medidas internas reais para que tais direitos sejam usufruídos dignamente.

O que se observa é um grande apego a um pragmatismo formal e legalista, esquecendo-se por completo dos preceitos que fundamentaram a determinação legal. Ressalta-se que não se propõe um completo rompimento com o formalismo legal, mas deseja-se evidenciar que não se pode aplicar a letra fria da lei sem um trabalho de interpretação; haja vista que se a função dos operadores do Direito fosse aplicar o direto ao caso concreto de maneira objetiva e sem maior análise de peculiaridades, seria mais econômico ao Erário a substituição destes por máquinas.

Argumentos não faltam para justificar a impossibilidade de concessão, dos quais a malfada reserva do possível, absurdo argumento teorizado como se princípio fosse, o qual tem o único condão de dar guarda e justificar juridicamente um Estado ineficiente, é um dos grandes carros chefe do discurso. Uma rápida pesquisa em sites como o da Controladoria Geral da União, Instituto de Pesquisa Econômica e o site Transparência Internacional permitem a constatação de que, entre os anos de 2002 e 2008, 40 (quarenta) bilhões, sim bilhões, foram desviados pela corrupção, valor referente apenas aos recursos federais, sem englobar o dinheiro arrecadado pelos Estados e Municípios. Ora, um país que apresenta uma realidade corrupta possui, no mínimo, a impossibilidade moral de argumentar qualquer coisa baseada na reserva do possível, pois certamente não será a concessão de alguns benefícios assistenciais que provocará rombo nos cofres públicos.

A situação das minorias precisa ser observado pelo Estado, fornecendo a eles igualdade de tratamento, algo que já está previsto pela Constituição, mas que – todavia – tem sido esquecido por diversas vezes na prática. Como discorrido no corpo do texto, há um direito inicial comum a todas as pessoas, e este é o que se pode chamar de direito a ter direitos, o que, em uma visão jusnaturalista significa ter direitos – no mínimo – sobre a base valorativa que orienta as normas estabelecidas, consequentemente, ter direito à dignidade na forma de respeito e exercício, baseado em uma concepção altruísta do direito constitucional e do esforço exegético.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BREYER, Insa; DUMITRU, Speranta. Lês sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. Une approche par l'éthique e la discussion. In: Speranta Dumitru; MArc Rüegger (Coord.) *Raisons politiques. Études e Pensée politique*. Paris: Presses de sciences Po, n. 26, maio 2007.
- CANTALLI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CARVALHO, José Raimundo de; SILVA, Bruno Miola da. O princípio da dignidade humana e o direito à inclusão social. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral (Organizadores). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012.
- COELHO, Marcos de Amorim. *Geografia do Brasil*. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Moderna, 1999.
- \_\_\_\_\_ ; TERRA, Lygia. *Geografia do Brasil: espaço natural, territorial e socioeconômico brasileiro*. 5. ed., rev. e atual. São Apulo: Moderna. 2003.
- \_\_\_\_\_ ; TERRA, Lygia. *Geografia geral: o espaço natural e socioeconômico*. 4. ed., atual. São Paulo: Moderna, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Traduzido por Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GALLASSI, Almir. O acesso a justiça como garantia dos direitos fundamentais das minorias sociais. Dirceu Pereira Siqueira; Flavo Luís de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p. 1-16.

HERSCH, Jeanne. *O direito de ser homem*. Tradução de Homero de Castro Jobim. Guanabara: Conquista, 1972.

KELSEN, Hans. Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca. Traduzido por Waldir Alves. Luís Afonso Heck (Organizador). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25-49.

MAGNOLI, Demetrio; ARAUJO, Regina. *Geografia geral e Brasil: paisagem e território*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Moderna, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de José Antonio de Freitas. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2008.

ONU. *Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>. Acesso em 22 set. 2022.

\_\_\_\_\_. *Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>. Acesso em: 22 set. 2022.

OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direitos fundamentais e justiça têm limites? Poligamia e a questão da publicização do privado. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral (Organizadores). *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012. p. 93-112.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração. Direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Os direitos da personalidade e o ciberespaço: o ponto de conexão das esferas público e privada na contemporaneidade. Dirceu Pereira Siqueira; Flávio Luis de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p. 337-354.

STROPPA, Tatiana. Igualdade, diversidade cultural e o acesso aos meios de comunicação social: inclusão sem absorção. Dirceu Pereira Siqueira; Sérgio Tibiriçá Amaral. *Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social*. Birigui: Boreal, 2012. p. 345-364.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TIBURCIO, CARMEN. A condição jurídica do estrangeiro na Constituição brasileira de 1988. In: Daniel Sarmento; Daniela Ikawa; Flávia Piovesan (Coordenadores). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

VESENTINI, José William. *Brasil sociedade e espaço*. 31. ed. São Paulo: Ática, 2002.

VOLTOLIN, Elvis Donizeti. Acesso à justiça e delineamento da tutela jurisdicional. Dirceu Pereira Siqueira; Flávio Luís de Oliveira (Organizadores). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012. p.128-147.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér Zenni. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

Data de submissão do artigo: 28/02/2022

Data de aprovação do artigo: 06/10/2022

Edição e propriedade:

**Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL**

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: [upt@upt.pt](mailto:upt@upt.pt)