

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO COMO
REQUISITO À CONCESSÃO DE BENEFÍCIO
ASSISTENCIAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA
SUA LIMITAÇÃO COM CRITÉRIO TEMPORAL
OBJETIVO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Lucas Freier Ceron

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

**O IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO COMO REQUISITO À
CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA SUA LIMITAÇÃO COM
CRITÉRIO TEMPORAL OBEJTIVO**

por

Lucas Freier Ceron

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Me. Paulo Ricardo Inhaquite da Costa

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**O IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO COMO REQUISITO À
CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA SUA LIMITAÇÃO COM CRITÉRIO
TEMPORAL OBEJTIVO**

elaborada por
Lucas Freier Ceron

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Me. Paulo Ricardo Inhaquinte da Costa
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch
(Universidade Federal de Santa Maria)

Denise Nunes
(Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 16 de dezembro de 2013.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO COMO REQUISITO À CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUA LIMITAÇÃO COM CRITÉRIO TEMPORAL OBJETIVO

AUTOR: LUCAS FREIER CERON

ORIENTADOR: PAULO RICARDO INHAQUITE DA COSTA

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 16 de dezembro de 2013.

A proteção social sempre esteve na pauta das relações humanas. Ou seja, o homem sempre atentou para a necessidade de sua proteção diante de mazelas sociais, como, por exemplo, a incapacidade, a velhice, a morte e a miséria. No Brasil, ela é realizada através da Seguridade Social, que trouxe como um de seus instrumentos a Assistência Social. No âmbito desta, especificamente para os deficientes, a Carta Magna previu o pagamento mensal de um salário-mínimo, nos termos da lei. Tal benefício foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a qual elencou os requisitos necessários a sua concessão. Entretanto, a Carta Política deixou de trazer o conceito de deficiência, papel que coube à legislação infraconstitucional até a ratificação e incorporação no ordenamento jurídico pátrio, com status de emenda constitucional, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, para atualizar as disposições da LOAS, nos termos da Convenção, utilizou-se o conceito de deficiência por ela trazido, inserindo-se, contudo, um critério temporal objetivo nela não previsto. Logo, questiona-se a constitucionalidade do acréscimo promovido pela legislação ordinária. Portanto, este trabalho buscou analisar a compatibilidade do critério temporal objetivo com a Constituição e a Convenção ratificada. Assim, apresentou-se a evolução histórica da proteção e da Seguridade Social, como também, a forma como esta foi positivada na Carta Política. Após, analisou-se a Assistência brasileira e a legislação de regência do benefício, buscando-se, através do seu cotejo com a Constituição, a adequação ou não do critério temporal imposto a sua concessão.

Palavras-Chaves: impedimento de longo prazo; inconstitucionalidade; benefício assistencial; critério temporal objetivo; assistência social.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

LONG-TERM IMPAIRMENT AS REQUIREMENT FOR THE GRANTING OF ASSISTENCE BENEFIT: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THEIR LIMITATIONS WITH OBJECTIVE TIME CRITERION

AUTHOR: LUCAS FREIER CERON

ADVISER: PAULO RICARDO INHAQUITE DA COSTA

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 16, 2013.

Social protection has always been on the human relations agenda. In other words, mankind always paid attention to the needs of your own protection against social ills like, for instance, inability, old age, death and poverty. In Brazil, it is performed through Social Security, which brought as one of its instruments the Social Assistance. Within it, specifically for the disabled ones, the Magna Carta fixed the monthly payment of a minimum wage, under the law. This benefit was regulated by the Organic Law of Social Assistance (LOAS, in Portuguese), which listed the requirements needed to be granted. Yet, the Constitution failed to bring the concept of Disability, role that was assigned to the sub-constitutional legislation until the ratification and incorporation in the national legal system, as a constitutional amendment, from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thus, to update the LOAS provisions to the terms of the Convention, it was used the concept of disability brought by it, introducing, however, an objective time criterion that was not predicted in it. Therefore, we question the constitutionality of the amendment made by the statutory law. So, this study sought to examine the objective time criterion compatibility with the Constitution and the ratified Convention. Thus, the historical evolution of protection and Social Security was presented, as well as how it was positivated in the Magna Carta. After that, the Brazilian Assistance and the regency law of the benefit was analyzed, searching, through its collation with the Constitution, the adequacy or inadequacy of the time criterion imposed for its concession.

Key-Words: long-term impairment; unconstitutionality; assistance benefit; objective time criterion; Social Assistance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A MARCHA DA PROTEÇÃO SOCIAL	9
1.1 O surgimento da Previdência Social	12
1.2 Do Estado Moderno ao Contemporâneo Democrático	15
1.3 O nascimento da Seguridade Social	20
1.4 A Seguridade Social no Brasil	23
1.4.1 A proteção social brasileira antes da Constituição de 1988.....	24
1.4.2 A proteção social brasileira com o advento da Constituição de 1988.....	26
1.4.2.1 A Seguridade Social no texto constitucional	27
1.4.2.1.1 A Previdência Social	29
1.4.2.1.2 A Saúde.....	31
2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA	34
2.1 A Assistência Social na Constituição Federal de 1988	36
2.2 O amparo assistencial ao idoso e ao deficiente	39
2.3 A definição de deficiência na redação original da LOAS	41
2.3.1 O conceito constitucional de deficiência	48
2.3.2 As alterações promovidas pelas Leis n.º 12.435/11 e n.º 12.470/11	50
2.3.3 A inconstitucionalidade do § 10 do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social.....	52
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

A preocupação do homem com os infortúnios do porvir remonta aos primórdios da humanidade. Com efeito, ele sempre atentou para a necessidade de sua proteção diante das mais variadas mazelas sociais, como a incapacidade, a velhice, a morte e a miséria. De início, tal proteção assumiu feição essencialmente assistencialista, sendo prestada, na maioria das vezes, pela própria família.

Ocorre que, com o passar do tempo, as relações humanas foram ficando mais complexas. A urbanização da sociedade, aliada ao desenvolvimento industrial, gerou novas formas de necessidades, assim como, deu azo para que elas se manifestassem em uma quantidade de indivíduos jamais antes vista. Nesse contexto, passou-se a exigir modalidades mais intrincadas de proteção para se fazer frente ao novo panorama social.

Com efeito, a proteção social, que em sua origem esteve vinculada à benevolência humana, prestada em caráter assistencial ou de mútua ajuda, passou a contar com o auxílio estatal, que com o advento do Estado Contemporâneo Democrático, abarcou para si a incumbência de promover os direitos sociais, principalmente, aqueles relacionados à proteção social.

Diante disso, teve origem a Seguridade Social, modalidade de proteção prestada com auxílio do Estado e com forte ímpeto universalista, ou seja, de estender seus braços a todos aqueles que de alguma maneira encontram-se acometidos por alguma mazela social.

No Brasil, tal forma de proteção apenas desembarcou com a Carta Política de 1988. Em seu bojo, ela trouxe a Seguridade Social, a qual foi municiada com três instrumentos de proteção, através dos quais se buscou prestar um atendimento universal à população: a Previdência, a Saúde e a Assistência Social. Esta última, no contexto socioeconômico brasileiro, tem fundamental importância na proteção social dos miseráveis, principalmente, idosos e deficientes impossibilitados de prover ou ter o seu sustento provido por outrem.

Nesse contexto, a Carta Política de 1988, em seus artigos 203 e 204, dispôs sobre a Assistência Social, estabelecendo que esta será prestada a quem dela necessitar. Garantiu, também, de forma expressa, um benefício no valor de um

salário-mínimo ao idoso e ao deficiente que não puder prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família.

No entanto, a Carta Magna não trouxe o conceito de deficiência. Assim, coube à legislação ordinária determinar sua abrangência, papel que desempenhou até a ratificação e incorporação no ordenamento jurídico pátrio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, com status de emenda constitucional.

Portanto, com o advento da Convenção, o ordenamento jurídico pátrio passou a dispor de um conceito constitucional de deficiência. Em síntese, ela definiu que as pessoas com deficiência são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Diante disso, a legislação infraconstitucional foi atualizada para se amoldar ao novo conceito introduzido no sistema jurídico brasileiro. Logo, para fins de concessão do benefício garantido pela Constituição Federal, ao utilizar-se das inovações trazidas pela referida Convenção, definiu como pessoa portadora de deficiência aquela que sofre um impedimento de longo prazo, sendo que conceituou este aquele que manifeste seus efeitos pelo interstício mínimo de dois anos.

Nesse contexto, tem-se que legislação infraconstitucional inovou ao trazer um requisito temporal objetivo para definição de longo prazo, o qual não foi previsto pela Convenção mencionada. Logo, a legislação infraconstitucional feriu a Constituição Federal e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao delimitar a abrangência do conceito de impedimento de longo prazo com um critério temporal objetivo?

Para elucidar o problema proposto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois se partiu do geral, ou seja, do conceito de deficiência trazido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e dos princípios constitucionais pertinentes, para o específico: análise da possibilidade de utilização de um critério temporal objetivo na definição de impedimento de longo prazo, conforme disposto no parágrafo dez do artigo 20 da Lei n.º 8.742/93.

Como métodos de procedimento utilizou-se o histórico, o monográfico e o comparativo. O primeiro, na análise da evolução da proteção social e da legislação que rege o benefício de prestação continuada, como forma de verificar, também, os contornos que o conceito de deficiência tomou em leis pretéritas. O segundo, utilizou-se em razão da análise dos casos que sustentam a tese e no intuito de

verificar a extensão do conceito, através do estudo doutrinário e jurisprudencial. O terceiro foi lançado para comparar o conceito de deficiência trazido pela legislação infraconstitucional e o posto na Constituição Federal através da Convenção, de forma a verificar a inconstitucionalidade da definição de impedimento de longo prazo atualmente encontrada na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

A pesquisa resultou, portanto, em um monografia composta por dois capítulos. No primeiro, buscou-se uma contextualização histórica da proteção social, como requisito essencial à compreensão da Seguridade Social. Além disso, através do estudo dos dispositivos constitucionais pertinentes, analisou-se a forma como a Seguridade foi positivada na Carta Política de 1988. Com isso, definiu-se a sua finalidade primordial e os instrumentos que ela dispõe para perseguir seu escopo, assim como, os princípios que a informam.

No segundo capítulo, por sua vez, adentrou-se na análise da Assistência Social como instrumento fundamental à realização da Seguridade pátria. Analisou-se, especificamente, o amparo assistencial ao deficiente e a legislação pretérita e atual de sua regência, bem como, a forma como a doutrina e a jurisprudência vem tratando os seus requisitos legais, principalmente, no atinente à caracterização da deficiência e sua duração. Também analisou-se o conceito constitucional de deficiência introduzido pelo Decreto n.º 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Por fim, verificou-se a (in)constitucionalidade da utilização, pela legislação ordinária, de um critério temporal objetivo como forma de limitar o conceito de impedimento de longo prazo e, conseqüentemente, de deficiência, para fins de concessão do benefício assistencial.

1 A MARCHA DA PROTEÇÃO SOCIAL

A preocupação do homem com os infortúnios do porvir remonta aos primórdios da humanidade. Ainda na pré-história, quando lançou a primeira semente ao chão e domesticou o primeiro animal, demonstrou que as incertezas do futuro consistem em preocupação inerente ao ser humano.

Assim, paulatinamente, trocou a incerta vida de nômade pelo conforto do sedentarismo. Encontrou na agricultura e no pastoreio a segurança necessária à perpetuação e desenvolvimento da espécie. Armazenou alimentos, domesticou animais, formou vilarejos, especializou seus moradores nos diferentes trabalhos necessários à sobrevivência do grupo. Garantiu, pois, o suficiente para o hoje e o sempre desconhecido amanhã.

O homem possui natureza gregária. Aliás, é por essa característica de agrupamento que encontra nos seus semelhantes não só o necessário a sua realização pessoal, mas também, o indispensável à sobrevivência. Assim, desde o primeiro dia de vida, quando ainda precisa ser alimentado, ao último, quando não mais dispõe da energia necessária para sozinho prover sua subsistência, busca nos seus iguais os meios fundamentais ao seu prosseguir.

Nesse contexto, pode-se afirmar que as inseguranças e as preocupações com o amanhã, aliadas à incapacidade de sozinho prover a vida, desperta no homem a necessidade de uma proteção social, ou seja, de ter o seu mínimo existencial, quando necessário, garantido pela sociedade, seja família, companheiros de ofício ou, ainda, o próprio Estado. Nas lições de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 37):

Embora seja recente na história do homem a concepção de proteção social aos riscos do trabalho, é certo que desde os tempos mais remotos e em qualquer lugar do mundo as civilizações tiveram em mente a preocupação com a insegurança natural dos seres humanos.

Com efeito, percebe-se que o ser humano naturalmente teme às adversidades impostas a sua sobrevivência. Logo, desde o momento em que ela dependia dos frutos do trabalho, como a coleta, a caça, e mesmo o cultivo dos alimentos, até o momento em que passou a depender dos rendimentos dele, ou seja, o salário propriamente dito, o homem recorreu a diferentes formas de garantir a

sua subsistência, quando incapaz de provê-la por suas próprias mãos. É por isso que no decorrer da história encontram-se diferentes formas sobre as quais a proteção social erigiu-se.

Castro e Lazzari (2010, p. 37) afirmam que:

[...] a marcha do sistema de proteção, desde a assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade e seus membros, é o reflexo de três formas distintas de solução do problema: a da beneficência entre pessoas; a da assistência pública; e a da previdência social [...].

Diante disso, pode-se concluir que as formas sobre as quais a proteção social foi prestada àqueles em estado de carência passaram por diversas modalidades, com diferentes níveis de abrangência e complexidade. Entre elas, pode-se destacar o assistencialismo, o mutualismo e, por fim, dando início aos meios atuais de proteção social, a previdência e a seguridade social.

A primeira forma de proteção conhecida, e mais arcaica, portanto, foi o assistencialismo, baseado unicamente na caridade humana. Dele se tem notícias já na Antiguidade, passando pelo Código de Hamurabi, na Babilônia, há vinte e três séculos antes de Cristo, chegando às Leis dos Pobres, na Inglaterra, em 1531. O assistencialismo consistiu, então, um meio de assistência amparada unicamente na beneficência do homem, sem interferência estatal.

Segundo Castro e Lazarri (2010, p. 40), não existiu de forma sistematizada, até o século XVIII, qualquer modalidade de prestação estatal aos necessitados, pois não se incumbia ao Estado o papel de promotor de direitos sociais. A única exceção, registram os autores, foi a Lei dos Pobres, que, nas palavras de Maria Lucia Teixeira Werneck Vianna (2002, p. 3):

[...] eram ordenações de Estado que faziam compulsória a “caridade”, implicando a criação de um fundo público – o imposto dos pobres, em geral recolhido pelas municipalidades – e que tinham por finalidade tirar os pobres das ruas. Vigoraram em grande parte dos países europeus entre os séculos XVII e XIX, e a despeito de terem apresentado variações expressivas no decorrer deste período, se caracterizaram pela natureza caritativa, pela forma de assistência pública e pelo alvo a que se destinavam: a pobreza.

Eduardo Matarazzo Suplicy (2002 apud TISUTIYA, 2011, p. 31) ainda registra que de início essas leis consistiam unicamente na possibilidade de idosos e

deficientes pedirem esmolas em frente às paróquias. Sendo que, mais tarde, passou-se também a autorizar que as instituições religiosas angariassem recursos junto à sociedade para destinar às pessoas em estado de necessidade.

Dessa forma, o assistencialismo pode ser considerado um dos primeiros meios através dos quais o homem garantiu ajuda aos que se encontravam em momentos de infortúnio, sendo que até os dias atuais desempenha importante papel no combate à miséria e às angústias sociais. Realizou-se de diversas maneiras, desde a atuação da própria família, ao ajudar os integrantes em estado de necessidade, a atuação de instituições religiosas, as quais tiveram importante papel em sua promoção.

Por sua vez, o mutualismo foi a segunda forma de proteção social conhecida. Como o próprio nome sugere, tal modalidade consistia na contribuição financeira de um grupo de pessoas visando à proteção recíproca, através da formação de fundos para o socorro dos seus integrantes quando acometidos por alguma contingência social.

Assim, caso algum dos participantes passasse por um momento de adversidade, disporia de recursos para superá-lo. Tal modalidade de proteção social já era encontrada em Roma, através dos *sodalitates* romanos. Da mesma forma, na idade média, expressou-se através das guildas ou ligas (TISUTYIA, 2002, p. 32).

Em um momento histórico mais recente, podemos citar como exemplo do mutualismo os montepios de servidores públicos formados no Brasil no século XX, assim como, as organizações operárias, que, mediante contribuição dos seus participantes, asseguravam a cobertura de determinados infortúnios sociais aos que a integravam.

Ocorre que, com o passar do tempo, as relações humanas foram ficando mais complexas. A urbanização da sociedade, aliada ao desenvolvimento industrial, gerou novas formas de necessidades, assim como, deu azo para que elas se manifestassem em uma quantidade de indivíduos jamais antes vista. Diante disso, passou-se a exigir modalidades mais intrincadas de proteção social para fazer frente ao novo panorama social.

Essa busca da sociedade por novas formas de ver supridas suas necessidades também resultou em uma nova concepção do papel do Estado em relação às contingências sociais. Assim, foi frente ao clamor da classe trabalhadora, submetida à crescente situação de miséria decorrente da era industrial, que ele

acabou abarcando para si a incumbência de promotor das políticas de proteção social.

Superou-se, pois, o forte ideal do liberalismo sobre o qual o Estado Moderno fundou suas raízes e expandiu seus horizontes, baseado na não intervenção estatal. Transitou-se, assim, do Estado Moderno ao Estado Contemporâneo Democrático, o que possibilitou o surgimento de uma nova era da proteção social.

1.1 O surgimento da Previdência Social

Por muito tempo, o homem socorreu-se da proteção social indispensável a sua sobrevivência através do assistencialismo e do mutualismo. No entanto, tais métodos de proteção, baseados na beneficência do ser humano e na contribuição para fundos, tornaram-se insuficientes para fazer frente ao rumo que a sociedade seguia, principalmente, com o advento da Revolução Industrial.

Como muito bem pontuado por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 37), “é somente com o desenvolvimento social industrial que vamos obter um salto considerável em matéria de proteção, com o reconhecimento de que a sociedade no seu todo deve ser solidária com seus incapacitados”.

Tal reconhecimento é consequência da exploração que a Revolução Industrial impôs à classe trabalhadora. Isso porque, as longas jornadas de trabalho, os ínfimos salários, a ausência de proteção em caso de doença, invalidez, velhice e outras contingências sociais, cominaram com o surgimento de movimentos trabalhistas, que buscavam fazer frente à exploração capitalista. Criou-se, portanto, o ambiente necessário ao nascimento de novas formas de proteção social. Os doutrinadores antes citados referem que:

Na Idade Moderna havia um fosso imenso separando a classe operária da classe dos detentores dos meios de produção. E o Estado Moderno, dentro da concepção liberal, limitava-se a assistir, inerte, às relações entre particulares, sem estabelecer normas de limitação à autonomia pessoal. Desse modo, a proteção ao trabalhador, até então voluntariamente feita por aqueles que se preocupavam com a dignidade humana, muitas vezes só existia sob a forma de caridade (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 38).

Os autores continuam, destacando que:

O aumento da marginalização social, pouco a pouco, estimulou convulsões sociais, acarretando o embate – muitas vezes sangrento – dos proletários com o aparato policial-estatal, pelos movimentos de trabalhadores. Assim, os cartistas, na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França; a revolução de 1848, na Alemanha, representaram muito no despertar dos então governantes dos Estados para a intervenção e regulamentação na vida econômica (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 40).

Portanto, foi nesse contexto de clamor social, tendo como protagonista a classe trabalhadora, que a burguesia, acuada diante dos crescentes movimentos dos obreiros, como forma de acalmar os ânimos sociais e arrefecer a revolta da classe, entendeu por bem atender aos seus anseios, criando uma série de seguros sociais. Estava plantada, assim, a semente do que hoje se conhece por Previdência Social.

Nesse contexto, inaugurou-se uma nova forma de proteção social. Ela nasceu da necessidade de amparar os trabalhadores que, pelas consequências da Revolução Industrial e pelo processo de urbanização, acabaram totalmente desamparados e impossibilitados de sobreviver quando incapazes de trabalhar.

Tais seguros tiveram início na Alemanha, em 1883, através do chanceler Otto Von Bismarck, o qual foi o idealizador desta sistemática de proteção social e, conseqüentemente, o precursor da quebra da típica posição inerte do Estado Moderno frente aos direitos sociais. Paulo Márcio Cruz (2008, p. 38) refere que:

As leis aprovadas na Prússia, entre 1883 e 1889, representam a primeira intervenção formal do Estado em defesa do proletariado industrial. Foi posto em prática, pela primeira vez, um grande projeto de seguridade social que se concretiza em três leis: uma, referente aos seguros sociais e de auxílio-doença, de 1883; outra, versando sobre os acidentes de trabalho, de 1884; e, uma terceira, sobre a invalidez e velhice, de 1889.

O autor continua dizendo que “com Bismarck verifica-se um importante período de evolução. Pela primeira vez se produz uma ruptura com as formas de beneficência típicas do Estado Liberal Democrático do século XIX” (CRUZ, 2008, p. 39).

Embora as leis criadas pelo governante alemão tenham diminuído as agruras da classe trabalhadora, ao bem da verdade, não passaram de uma artimanha para evitar um colapso do sistema então vigente. À época, Bismarck argumentou que “por mais caro que pareça o seguro social, resulta menos gravoso que os riscos de uma revolução” (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 41).

Há que se ressaltar que o sistema instituído por Bismarck é tipicamente uma forma de seguro. Isso porque, apenas tem direito à proteção social aqueles empregados que contribuem para tanto. Assim, o seguro social criado por Bismarck muito se assemelha a figura do contrato de seguro privado, onde apenas faz jus à indenização aquele que paga a contraprestação. Nas palavras de Castro e Lazzari (2010, p. 44):

Somente contribuíam os empregadores e os próprios trabalhadores empregados, numa poupança compulsória, abrangendo a proteção apenas destes assalariados contribuintes. Ou seja, embora o seguro social fosse imposto pelo Estado, ainda faltava a noção de solidariedade social, pois não havia a participação da totalidade dos indivíduos, seja como contribuintes, seja como potenciais beneficiários.

Com efeito, definiu-se uma política social antes inexistente. Os seguros sociais criados por Bismarck são considerados o marco inicial da Previdência Social, até então desconhecida. Ainda que eles restringissem a proteção aos trabalhadores empregados e contribuintes, trilharam um caminho sem volta, qual seja, da intervenção estatal nos direitos sociais. Primeiro, o Estado agiu no sentido de impor o seguro. No entanto, com o passar do tempo, começa a agir também como protagonista dessa proteção, contribuindo para tanto.

Ressalta-se que a importância que aqui se busca demonstrar em relação aos seguros sociais não é aquela propriamente alcançada com os benefícios alçados aos trabalhadores. Vai-se além disso, pois a essência é aquela já antes mencionada nas palavras de Castro e Lazzari (2010, p. 44), ou seja, que “sociedade no seu todo deve ser solidária com seus incapacitados”. Da mesma, forma, deixa-se claro que a Previdência foi um marco no reconhecimento pelo Estado da necessidade de sua atuação na proteção social.

A Revolução Industrial, ao fim e ao cabo, foi o estopim para que se constatasse a exaustão do Liberalismo do Estado Moderno. Os seus efeitos, aliados a outros fatores sociais, econômicos e políticos, vão dar ensejo a uma crescente intervenção estatal nos direitos sociais, sendo precursores os seguros sociais de Bismarck.

E é justamente esse caráter interventor que vai caracterizar o Estado Contemporâneo Democrático, o qual passa a atuar de forma cada vez mais enérgica na proteção social. Conseqüentemente, surge o entendimento de que não apenas os trabalhadores tem direito à proteção social, mas sim, todos aqueles que se

encontram em estado de miséria. Abriam-se as janelas do mundo ocidental à Seguridade Social, modelo de proteção idealizado por Beveridge, na Inglaterra, nos anos 40.

1.2 Do Estado Moderno ao Contemporâneo Democrático

Como se pode ver, a Revolução Industrial acarretou na sociedade reflexos que abriram caminhos para profundas mudanças sociais. Estas, por sua vez, acabaram por influir na forma de atuação do próprio Estado, que passou de espectador inerte a promotor dos direitos sociais.

Nos ensinamentos de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 39), essa nova forma do agir estatal formou-se pelo anseio de ruptura com o modelo marcado pela exploração do trabalho assalariado sem salvaguarda alguma, ambiente típico do ideário liberal do Estado Moderno, consolidado na liberdade contratual e em um forte individualismo, fatores que proporcionaram o aparecimento de inúmeras mazelas sociais.

Dessa forma, as condições políticas, econômicas e sociais geradas pela Revolução Industrial alavancaram o surgimento de um novo modelo de atuação do Estado. É esse novo agir estatal que vai possibilitar de forma gradativa a ampliação da proteção social de uma maneira jamais vista. Agora, com o Estado capitaneando a salvaguarda aos míseros.

É nesse diapasão que Paulo Márcio Cruz (2008, p. 15), ao tratar dos fundamentos históricos, políticos e jurídicos da Seguridade Social adverte que:

Não se pode falar em Seguridade Social ou Direito Previdenciário sem a correspondente abordagem sobre o Estado Contemporâneo Democrático, pois foi a partir dele que a idéia de intervenção estatal no âmbito social se consolidou e, mais importante, ganhou positividade nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Nesse contexto, para uma correta compreensão do que hoje se tem instituído como Seguridade Social, é necessária uma análise, ainda que breve, do surgimento e consolidação do Estado Contemporâneo Democrático, sobre o qual a Seguridade Social alicerçou sua existência.

Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 278) ensina que “o Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca

absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado”. Continua o douto autor dizendo que “isso explica porque já no século XVII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima”. Segundo ele “esta foi a raiz individualista do Estado Liberal”.

O Estado Liberal nasceu em decorrência da ascensão política da burguesia, a qual, através do poder econômico que detinha, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social. Diante disso, o Estado Liberal “organizou-se da maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o Estado mínimo ou Estado-polícia, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas” (DALLARI, 2009, p. 280).

Dallari (2009, p. 280) refere que foram inegáveis os benefícios oriundos do Estado Liberal, ao menos em seu início. Isso porque, o mínimo de interferência na vida social possibilitou acentuado progresso econômico. Despertou-se também para a importância da liberdade humana e substituiu-se a ideia de poder pessoal, centralizada na pessoa dos monarcas, pela de poder legal, baseada no agir adstrito à lei.

Assim, esse ambiente permitiu a Revolução Industrial, a qual se erigiu calcada no poder econômico da burguesia e no Liberalismo do Estado Moderno. Ao lado dela, entretanto, sobrevieram, como antes tratado, as mais variadas mazelas sociais.

É por isso que Dallari (2009, p. 280) adverte que, embora o Estado Liberal tenha proporcionado vários benefícios, também “criou as condições para sua própria superação”. Nas palavras do autor, isso ocorreu porque:

[...] a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser, não assegurava a ninguém o poder de ser livre (DALLARI, 2009, p. 280).

De fato, a Revolução Industrial trouxe muitas agruras aos trabalhadores. É por isso que Dallari (2009, p. 281) alerta para outra grave consequência gerada pelo Estado Liberal, qual seja, o surgimento do proletariado. Isso porque:

Ocorrendo a formação de grandes aglomerados urbanos, como decorrência direta da revolução industrial, havia excesso de oferta de mão-de-obra, o que estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho, com ínfima remuneração (DALLARI, 2009, p. 281).

Dessa forma, a concepção própria do Liberalismo, mediante o caráter concentrador da organização política-administrativa do Estado Moderno que se manifestou diante dos problemas sociais, submeteu grande parte das populações a condições miseráveis de vida (CRUZ, 2008, p. 25).

E são essas mudanças sociais, aliadas aos direitos conquistados pelo proletariado, como as normas de seguro social instituídas por Bismarck, na Alemanha, que podem ser consideradas a gênese do Estado Contemporâneo (CRUZ, 2008, p. 21).

É claro que a eclosão do Estado Contemporâneo não se resume as mudanças políticas, sociais e econômicas causadas pela Revolução Industrial, em que pese elas possam ser consideradas o estopim do sentimento da necessidade de mudança.

Ao lado delas, o Socialismo e suas variações exerceram importante influência no surgimento desse novo Estado. Na lição de Paulo Márcio Cruz (2008, p.15):

Não há como negar a importância fundamental do Socialismo na formação ideológica do Estado Contemporâneo. Foram as idéias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos dogmas do Estado Liberal.

Da mesma forma, o autor refere que não se pode esquecer a importância que a extensão da Democracia, no final do século XIX e início do século XX, exerceu para o nascimento do Estado Contemporâneo Democrático. Tal fato destaca-se, por exemplo, no surgimento de associações de trabalhadores, através da organização sindical (CRUZ, 2008, p. 34).

No entanto, a construção do Estado Contemporâneo ainda exigiu acontecimentos de grande repercussão na vida política, econômica e social, como foi o caso da Primeira Guerra Mundial, após a qual o Estado assumiu feição intervencionista como forma de preservar a sua própria existência, ante a destruição causada pelo conflito.

Para ilustrar tal fato, vem ao caso as claras e pertinentes lições de Dallari. No caso, o ilustre doutrinador relata que:

Durante a I Guerra Mundial a situação dos operários se agravou no mundo todo. Na Rússia criaram-se as condições para a formação do primeiro Estado socialista, e nos demais Estados a estabilidade social começou a ser buscada através de medidas socializantes. Logo depois da guerra, aprova-se na Alemanha a Constituição de Weimar, dando grande ênfase à questão operária, o que seria imitado por outras Constituições (DALLARI, 2009, p. 282).

É por isso que Pasold (1988 APUD CRUZ, 2008, p. 15) diz que “[...] podemos, por convenção, precisar o surgimento do Estado Contemporâneo na segunda década do presente século: em 1917, com a Constituição Mexicana e, em 1919, com a Constituição de Weimar”.

Logo, a fase inicial do Estado Contemporâneo ocorreu após a Primeira Guerra Mundial. Nesse sentido Marcio Cruz (2008, p. 37) salienta que:

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a seguridade social e o controle econômico, próprios do Estado de Bem-Estar, passam a estar estritamente ligados às ações positivadas levadas a efeito pelas instituições públicas e culminam com a implantação de políticas sociais e distributivas.

Continua o autor dizendo que:

Esta nova concepção, baseada na certeza sobre a providência por parte do Estado, entre outros efeitos, obriga a uma nova discussão sobre o conceito de indivíduo e sua repercussão nas concepções organizativas e as funções dos poderes públicos, que passaram a prover a sociedade combatida da época com bens e serviços indispensáveis à sobrevivência de boa parte da população, inclusive aquele segmento até então formado por indivíduos proprietários e que haviam sido fortemente atingidos pela crise do pós-guerra (CRUZ, 2008, p. 37).

Diante disso, como antes dito, o surgimento do Estado Contemporâneo Democrático é um confluência de diversos fatores sociais, econômicos e políticos, os quais, deflagrados pela Revolução Industrial, após a Primeira Guerra Mundial, culminaram com o fim do Liberalismo ortodoxo, impondo ao Estado uma nova forma de agir frente às mazelas sociais, qual seja, a intervenção através da criação de políticas destinadas ao socorro dos miseráveis, não só através da imposição do assistencialismo, mas também, através do financiamento direto das medidas necessárias.

Entretanto, é necessário ter em mente que a consolidação do Estado Contemporâneo ocorreu paulatinamente, desenvolvendo-se no período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Cruz (2008, p. 42) “assistiu-se, portanto, no período entre guerras, principalmente, a uma retomada por parte do Estado e do seu aparelho, de uma função de gestão direta da ordem social, mas sobretudo, da ordem econômica”.

Com efeito, foi no período entre guerras, principalmente após a grande crise do capitalismo, marcada pela queda da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, que o Estado de Bem-Estar firmou suas raízes. Essa mudança na estrutura do Estado vai alcançar sua plenitude com o fim da Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de um novo modelo de proteção social, qual seja, a Seguridade Social.

Nas palavras de Cruz (2008, p. 46) “foram os anos 40, no pós-Segunda Guerra Mundial, que marcaram uma nova etapa na evolução desse modelo de Estado. Ali se localiza sua completa consolidação, e tem início a repercussão de seu modelo pelo Ocidente”.

Pois bem. Compreendido o surgimento do Estado Contemporâneo Democrático como uma confluência de fatores políticos, sociais e econômicos, que, devido ao objeto desta pesquisa aqui não cabem ser esmiuçados, é preciso destacar qual a característica básica dessa nova forma estatal para então compreender como ela possibilitou o surgimento do que hoje se conhece por Seguridade Social.

Importa esclarecer que o Estado Contemporâneo Democrático que aqui é tratado, para as finalidades preconizadas por esta pesquisa, sem adentrar nas minúcias terminológicas e mesmo práticas que cada forma adotou, é também chamado de Estado Social, Estado de Bem-Estar ou Estado Social Democrata (CRUZ, 2008, p.15).

Nas palavras de Paulo Márcio Cruz (2008, p. 25), o Estado Contemporâneo Democrático é, em traços gerais, respeitadas as peculiaridades adotados por cada Estado, “aquele que se Contrapôs ao Estado Liberal a partir principalmente da segunda metade do século XIX evoluindo, durante todo o século XX, para uma posição interventiva.”

Como muito salienta o autor, tal forma de organização estatal:

[...] é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal, que pretendeu superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da

tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais, numa concepção de seguridade social, que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos (CRUZ, 2008, p. 25).

Com efeito, pode-se afirmar que a característica básica do Estado Contemporâneo Democrático é a intervenção social. E é esta intervenção que vai possibilitar o surgimento da Seguridade Social, como produto da atuação direta do Estado na persecução de políticas sociais destinadas a erradicar as mazelas que acometem a sociedade.

Portanto, com início após a Grande Guerra, a consolidação do Estado de Bem-Estar ocorreu no período entre guerras, principalmente após o ano de 1933, com o advento do *New Deal* americano, política de forte caráter intervencionista. É com ela que vai nascer a ideia da Seguridade Social, forma de proteção que visa um atendimento universal à sociedade.

1.3 O nascimento da Seguridade Social

Em 1929, surgiu uma das maiores crises do capitalismo, cujo ápice ocorreu com a queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Após anos de prosperidade econômica, propiciada principalmente pelas exportações destinadas ao continente europeu, empenhado em sua reconstrução após a Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos da América se viram diante de uma grande crise. Nas palavras de Tsutiya (2011, p. 34):

A nação americana, tão próspera, viu-se de repente mergulhada numa crise sem precedentes. Inúmeras famílias foram jogadas, da noite para o dia, em um estado de indigência. A ocupação do Central Park, um dos símbolos da prosperidade americana, por milhares de famílias, foi o ápice da crise. Calou profundamente o orgulho americano.

Ainda em 1929, Franklin Roosevelt foi eleito presidente dos Estados Unidos da América. Encontrou, em seu governo, o povo americano em situação desesperadora, pois eram milhões de desempregados, famílias inteiras sem alimentos e abrigo.

Como resposta a situação, criou um programa de governo conhecido como *New Deal*, de intenso caráter intervencionista. Um novo sistema de proteção começava a nascer. Nas palavras de Tisutya (2011, p. 35):

O presidente Roosevelt, preocupado com a questão social, colocou em prática a política do *New Deal*, embasado na filosofia do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social). Baseava-se no princípio de que o Estado Democrático tem o dever de assegurar a cada cidadão um nível de vida suficientemente digno e colocar acima de tudo o bem-estar social. Para sua implementação, criou-se o célebre “*Social Security Act*”, em 1935, que se tornaria a Seguridade Social americana.

Foi essa concepção de amparo generalizado aos cidadãos, a fim de garantir-lhes uma vida digna, que deu origem à ideia de Seguridade Social. No entanto, essa ideia de assistência universal criada por Roosevelt apenas alcançou proporções mundiais com o término da Segunda Guerra Mundial.

Em 1942, em Londres, na Inglaterra, destruída pela ocupação nazista, William Henry Beveridge criou um sistema de proteção social que preconizava a proteção do indivíduo do nascimento à morte. Consistia numa proteção básica, suficiente para que o trabalhador e sua família pudessem sobreviver, sem maiores desconfortos, frente a contingências sociais como o desemprego, a doença, a morte do mantenedor, entre outras. Estava criada, pois, a Seguridade Social.

A partir de então, nasceu o sistema Beveridgenao, no qual toda a sociedade contribui para a criação de um fundo social, através do qual são custeadas as prestações àqueles atingidos por alguma contingência prevista na legislação de amparo social.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2010, p. 44) advertem que:

Até então, é importante frisar, os planos previdenciários (de seguro social), em regra, obedeciam a um sistema chamado *bismarckiano*, ou de *capitalização*, ou seja, somente contribuíam os empregadores e os próprios trabalhadores empregados, numa poupança compulsória, *abrangendo proteção apenas destes assalariados contribuintes*. Ou seja, embora o seguro social fosse imposto pelo Estado, ainda faltava a noção de solidariedade social, pois não havia a participação da totalidade dos indivíduos, seja como contribuintes, seja como potenciais beneficiários (grifos do autor).

Assim, dois grandes modelos de proteção social passaram a coexistir no Estado Contemporâneo após o término da Segunda Guerra Mundial. Ambos são

baseados na solidariedade e na intervenção do Estado no domínio econômico, diferenciando-se quanto à parcela da população destinatária e aos limites da participação do Estado no sistema de proteção. Borges (2003 APUD LAZZARI, 2010, p. 45) refere que formaram-se duas correntes quanto aos modelos de proteção social.

A primeira delas, decorrente dos movimentos capitaneados pelos trabalhadores da Revolução Industrial, é a do Sistema Previdenciário, o qual surgiu com Otto Von Bismarck, na Alemanha, e tem como primado o seguro social. Nas palavras do autor:

A primeira corrente, que seguia as proposições de Bismarck, possuía uma conotação muito mais securitária. Propunha que a proteção social ou previdenciária fosse destinada apenas aos trabalhadores que, de forma compulsória, deveriam verter contribuições para o sistema. Para esta corrente, a reponsabilidade do Estado deveria ser limitada à normatização e fiscalização do sistema, com pequeno aporte de recursos. O financiamento do sistema se dava com a contribuição dos trabalhadores e empregadores. A corrente bismarquiiana encontrou campo para a desenvolvimento em vários países, destacando-se a Alemanha, a França, a Bélgica, a Holanda e a Itália (BORGES, 2003 APUD LAZZARI, 2010, p. 45).

A segunda é a Seguridade Social, a qual teve origem com a evolução do Estado Contemporâneo e surgiu em resposta, primordialmente, a grande crise econômica de 1929 e as consequências sociais, políticas e econômicas das duas guerras mundiais. Ela revelou-se através relatório de Lord Beveridge, na Inglaterra, em 1942. Segundo Borges (2003 APUD LAZZARI, 2010, p. 45):

A segunda corrente se formou a partir do trabalho de Beveridge, e, para ela, a proteção social deve se dar, não somente ao trabalhador, mas também de modo universal a todo cidadão, independentemente de qualquer contribuição para o sistema. Segundo esta corrente, a responsabilidade do Estado é maior, com o orçamento estatal financiando a proteção social dos cidadãos. As propostas de Beveridge se desenvolveram de forma mais acentuada nos países nórdicos, especialmente na Suécia, na Noruega, na Finlândia, na Dinamarca e no Reino Unido.

Com isso, em decorrência da expansão do modelo de segurança social criado por Lord Beveridge após a Segunda Guerra Mundial, conclui-se que, dessa época em diante, concretizou-se uma universalização dos direito sociais, crescendo-se aí o seu reconhecimento como direito fundamental (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 45). Nesse sentido, aliás, deve-se lembrar a Declaração Universal dos Direitos Humanos

de 1948, que em seu bojo, erigiu o direito à Seguridade Social ao patamar de direito de todos os povos (TISUTIYA, 2011, p. 35).

1.4 A Seguridade Social no Brasil

Como já delineado, dois grandes sistemas de proteção social tomaram vulto e se disseminaram no mundo ocidental. O primeiro deles, idealizado por Bismarck, é o Previdenciário, o qual está estruturado sobre a forma típica de seguro, onde é exigido que o trabalhador contribuía prévia e diretamente ao sistema para ter acesso aos seus benefícios.

Já o segundo é a Seguridade Social, na forma idealizada por Beveridge, a qual preconiza a cobertura das necessidades sociais de forma universal, ou seja, todos os cidadãos tem direito aos benefícios do sistema sem ter que contribuir diretamente para ele.

Assim, enquanto a Previdência busca garantir a manutenção do trabalhador em momentos de adversidades, como a incapacidade, ou mesmo quando tem sua capacidade laboral afetada pela idade avançada, a Seguridade Social vai além, pois busca, mais do que isso, diminuir as desigualdades sociais decorrentes do sistema capitalista vigente.

No mundo ocidental, tais métodos de proteção surgiram em momentos e contextos históricos diferentes. No entanto, perpetuaram-se e mesclaram-se, sendo difícil, hodiernamente, encontrar Estados que adotem de forma pura apenas o sistema da Previdência ou da Seguridade Social.

Não é diferente a realidade brasileira. Aqui, a Seguridade Social apenas desembarca com a Constituição Federal de 1988, num sistema de proteção mesclado, oscilando entre a Previdência e a Seguridade Social. Segundo Augusto Tisutiya (2011, p. 36):

[...] cometeu-se a impropriedade de ainda incluir a velha filosofia de Seguro Social (Bismarck, 1883) ao tratar da Previdência Social, enquanto o mundo caminhava para a proteção universal e básica inaugurada pelo Lord Beveridge. Em relação à Saúde e à Assistência Social, os constituintes adotaram corretamente a visão de Seguridade Social.

Com efeito, percebe-se que ainda que a Constituição Federal tenha adotado o Seguro Social de Bismarck na tocante à Previdência, trouxe em seu bojo também o

modelo do inglês Beveridge quando tratou da Saúde e da Assistência, num claro intuito de tornar efetiva a universalização da proteção social brasileira, revolucionando o sistema até então vigente.

Assim, a proteção social no Brasil pode ser dividida em duas grandes fases. A primeira delas é a anterior a Constituição Federal de 1988. Já a segunda é aquela instituída pelo novo texto constitucional, o qual promoveu profundas mudanças na atuação do Estado frente às agruras sociais.

1.4.1 A proteção social brasileira antes da Constituição de 1988

A história da institucionalização da proteção social no Brasil pode ser relacionada à primeira Constituição brasileira, ou seja, aquela outorgada em 1824. Isso porque, ela previu a instituição de socorros públicos para quem deles necessitasse, o que, no entanto, jamais chegou a concretizar-se, restando tal papel à beneficência humana. Porém, sob a sua égide, em 1835 foi criado o Montepio Geral dos Servidores do Estado, em uma organização típica do sistema mutualista. Além disso, o Código Comercial de 1850 previu no seu art. 79 a garantia de remuneração de três meses para comerciantes acidentados (TISUTIYA, 2011, p. 36).

Já a Constituição de 1891 introduziu ao ordenamento jurídico nacional o termo aposentadoria, através de um benefício assegurado aos trabalhadores a serviço da Nação, quando acometidos por invalidez. Ressalta-se que tal prestação não exigia a contrapartida contributiva, ou seja, era devido independentemente de contribuição do beneficiário.

Não obstante, foi somente em 1923, através do Decreto Legislativo n.º 4.682, que se instituiu no Brasil a Previdência Social. À época, foi criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, de abrangência nacional. Ela destinava a tais trabalhadores benefícios como a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria ordinária. Da mesma forma, aos seus dependentes era assegurado o benefício de pensão por morte. O referido Decreto é conhecido como Lei Eloy Chaves, sendo considerado o marco inicial da Previdência Social no Brasil.

Assim, é a partir da Lei Eloy Chaves que tem início a fase expansão da Previdência Social brasileira. Isso porque, outras categorias profissionais

constituíram seus Institutos de Aposentadorias e Pensões, sendo uma das pioneiras a dos trabalhadores marítimos.

A constituição de 1934, por sua vez, trouxe à lume diversas maneiras de proteção ao trabalhador, à gestante, ao idoso e ao inválido. Outra novidade foi a introdução da forma tríplice de custeio, o qual era realizado pelo Estado, pelo empregado e pelo empregador, através de contribuições obrigatórias.

Com efeito, as demais Constituições brasileiras, ou seja, aquelas dos anos de 1937, 1946 e 1967, não trouxeram grandes inovações ao sistema de proteção social pátrio. Através delas, algumas alterações terminológicas foram feitas. Também introduziu-se o seguro obrigatório contra acidente do trabalho e a obrigatoriedade de prévia indicação de fonte de custeio para criação de novos benefícios previdenciários.

Nesse contexto, o que é importante ressaltar é que até então não tinham sido previstos pelas Constituições Federais e pela legislação ordinária benefícios de caráter universal. Destaca-se que à época até mesmo o sistema público de saúde não dispunha de feição generalista, isto é, apenas era prestado a quem comprovasse vinculação à Previdência Social (ROCHA, 2009, p. 111).

Diante disso, é possível afirmar que a proteção social brasileira foi construída sobre o modelo do seguro social bismarckiano. Assim, exigia-se a vinculação do trabalhador ao sistema previdenciário para que ele e seus dependentes pudessem ter acesso ao seus benefícios e até mesmo as mais básicas formas de proteção social, como a saúde.

Por outro lado, a assistência àqueles que se encontravam excluídos da proteção previdenciária constituía-se essencialmente na beneficência humana. Ela era prestada principalmente por instituições de caridade, seja de caráter religioso ou não. Nesse contexto, destacam-se as Santas Casas da Misericórdia, que desempenharam importante papel na assistência aos enfermos no Brasil, sendo a pioneira a de Olinda, em 1539.

Conclusivamente, percebe-se que até o advento da Carta Magna de 1988, a proteção social efetivou-se de forma eminentemente previdenciária, através do sistema de seguros sociais de Bismarck, onde apenas tinha acesso as suas prestações aqueles trabalhadores formais, ou seja, que contribuía para tanto. Giza-se que inclusive o acesso à saúde pública exigia a vinculação à Previdência Social.

1.4.2 A proteção social brasileira com o advento da Constituição de 1988

Como antes referido, ainda que a Constituição Federal tenha adotado o Seguro Social de Bismarck na tocante à Previdência, trouxe em seu bojo também o modelo do inglês Beveridge quando tratou da Saúde e da Assistência, num claro intuito de tornar efetiva a universalização da proteção social brasileira, revolucionando o sistema até então vigente.

Nesse ponto, é importante trazer à baila as lições de Zélia Luiza Pierdoná (2007), a qual com muita propriedade refere que a Seguridade Social é fruto de uma evolução. Nesse sentido, é imperioso lembrar que a proteção social assumiu diversas formas, com distintos níveis de complexidade e abrangência, no decorrer da história. Entre elas, destaca-se a assistência privada, a qual se manifestou através do assistencialismo; a assistência pública, que teve início com a Lei dos Pobres, na Inglaterra; o seguro social instituído por Bismarck, na Alemanha; e, por fim, a seguridade social na forma preconizada por Beveridge.

O ponto crucial dos ensinamento da autora, que por muitos doutrinadores é esquecido, é o da necessidade de compreender o caráter cumulativo da Seguridade Social, ou seja, que ela traz em seu bojo todas as formas pelas quais a proteção social passou, como meio de alçar um atendimento universal aos integrantes da sociedade (PIERDONÁ, 2007). Nesse contexto, é importante destacar que a comissão presidida por Beveridge:

[...] denominou “seguridade social” o conjunto de proteção social, a qual incluía o seguro obrigatório, o seguro voluntário, a assistência social nacional e a criação de serviços gerais de saúde, bem como a manutenção do emprego, como condição necessária ao êxito da seguridade social. A seguridade social se caracteriza pela extensão da proteção a toda a população (PIERDONÁ, 2007).

Assim, percebe-se que, antes de mais nada, a Seguridade Social é uma conjugação das mais variadas formas de proteção social, com ímpeto universalista.

Entretanto, impende destacar que este cunho universal não deve ser buscado tão somente através de um seguro social custeado pelo Estado, mas sim através da união das diversas formas de proteção social conhecidas. A essência do sistema é que todos os que necessitarem tenham suas necessidades existenciais supridas.

É sobre esse viés, portanto, que a Seguridade Social instituída pela Constituição Federal de 1988 deve ser analisada e compreendida.

Nesse sentido é que Augusto Massayuki Tsutiya (2011, p. 37) refere que o texto constitucional vigente adotou um conceito de Seguridade Social embasado na filosofia de Lord Beveridge. Como destaca o autor, oficializou-se um sistema “instituído com a finalidade de dar a todos proteção em relação à Saúde, Previdência e Assistência Social” (TISUTIYA, 2011, p. 37).

1.4.2.1 A Seguridade Social no texto constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 194, instituiu a Seguridade Social nos seguintes termos (BRASIL, 1988):

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;
II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
V - equidade na forma de participação no custeio;
VI - diversidade da base de financiamento;
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Diante disso, constata-se que a Seguridade é um conjunto integrado de ações, tanto por parte do Estado quanto da sociedade, que tem por escopo assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência.

Destaca-se, ainda, que ela traz como princípio básico a universalidade da cobertura e do atendimento, conforme disposto no inciso I do artigo 194. Nas palavras de Paulo Márcio Cruz, tal princípio indica que:

A universalidade é uma característica básica dos direitos humanos como direitos de todas as pessoas. As prestações decorrentes do sistema de seguridade social devem ser destinadas às pessoas que delas necessitem, de forma mais abrangente possível (CRUZ, 2008, p.83).

Com efeito, para a persecução deste princípio, a Seguridade Social foi fundada em um tripé, ou seja, tem como instrumentos de sua realização a Previdência, a Assistência e a Saúde, os quais, individualmente e somados seus esforços, devem atender ao maior número de pessoas possível. Além disso, é através deles e, conseqüentemente, da Seguridade, portanto, que o texto constitucional buscou dar efetividade aos fundamentos do Estado brasileiro, bem como, concretizar seus objetivos essenciais.

Por isso, no estudo da Seguridade Social pátria, deve-se atentar para o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, ao fundamento primordial da Constituição, que é a dignidade da pessoa humana, e aos seus objetivos, os quais estão esculpidos no artigo terceiro da Carta Política.

Calha mencionar que os objetivos da República Federativa brasileira são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). Através da concreção deles que se efetivará o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Carta Política.

Também não se pode esquecer que os direitos sociais positivados no art. 6º, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, do texto constitucional, asseguram o direito à Previdência Social e à assistência aos desamparados. Diante disso, afirma-se que a Seguridade Social constitui verdadeiro direito fundamental social (ROCHA, 2009, p. 112). Quanto a esse ponto – reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais – existe divergência e relutância quanto a sua aceitação como tal. No entanto, devido aos objetivos da pesquisa, tal problemática não cabe aqui ser analisada.

Com isso, conclui-se que a Seguridade Social é um sistema que busca proteger toda a sociedade brasileira, de forma que aqueles que estejam passando por um momento de adversidade, tenham na Saúde, na Previdência, na Assistência e, ainda, no seu conjunto, o amparo necessário para superá-lo. Dessa forma, ela é uma importante arma para a efetivação dos objetivos da Carta Magna e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o qual todo sistema constitucional encontra-se erigido.

Firmadas tais premissas, é imperiosa a análise dos instrumentos de proteção social alçados pela Seguridade Social como forma de garantir o bem-estar da sociedade brasileira e perseguir os fundamentos e os objetivos que a Constituição Federal de 1988 impôs à República Federativa do Brasil.

1.4.2.1.1 A Previdência Social

A Previdência Social encontra guarita na seção III do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal. Sua essência está positivada no artigo 201, o qual traz as seguintes disposições (BRASIL, 1988):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

A transcrição do texto constitucional, embora longa, é imprescindível para ilustrar a essência contraprestacional do sistema previdenciário pátrio, exclusivamente voltado àqueles trabalhadores formalmente inseridos no mercado de trabalho e, ainda, que estejam contribuindo para o custeio do seguro social. Percebe-se, também, que o valor os benefícios pagos aos trabalhadores, ainda que não possa ser inferior ao salário-mínimo, está diretamente vinculado aos ganhos habituais do segurado, como evidencia o parágrafo onze do artigo citado.

A Previdência Social brasileira encontra-se regulada pela Lei n.º 8.212 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre sua organização e institui o seu plano de custeio, e pela Lei n.º 8.213, também de 24 de julho de 1991, a qual dispõe sobre os benefícios prestados pela Previdência nacional.

As referidas legislações, seguindo o modelo constitucional instituíram os benefícios competentes para cobrir às contingências sociais elencadas pela Constituição, como a doença, a invalidez, a idade avançada, a morte, entre outros. No entanto, para que tais benefícios sejam concedidos aos segurados ou seus beneficiários, trouxe requisitos típicos do seguro social de Bismarck.

Entre eles podemos citar a prévia filiação ao sistema, o cumprimento, para alguns benefícios, de uma carência (número de contribuições) mínima, assim como, estar em posse da qualidade de segurado, ou seja, não permanecer por algum período (determinado pela lei) sem verter contribuições à Previdência.

Com isso, pode-se perceber que a Previdência Social brasileira tem nítido caráter de seguro, já que, para se ter acesso a segurança garantida por ela, é preciso contribuir para o sistema, seja na qualidade de segurado obrigatório, aquele

que desenvolve atividades laborais, ou facultativo, aquele que apenas contribui para ter acesso aos benefícios. No mesmo sentido são os ensinamento de Daniel Machado da Rocha (2009, p. 109) ao dizer que:

No caso brasileiro, a proteção social foi construída tomando como paradigma o modelo laborista bismarkiano, sistema no qual a seguridade social é regida fundamentalmente pela incorporação de elementos jurídicos do seguro (risco, evento e dano) os quais são redefinidos e adaptados para a proteção do trabalhador e dos seus dependentes.

No entanto, a realidade socioeconômica brasileira sempre enfrentou altas taxas de desemprego. Não se pode olvidar que também é expressiva a parcela da população que trabalha informalmente – aqui compreendida qualquer forma de trabalho sem vinculação à Previdência –, o que acarreta que um grande número de obreiros permaneça à margem da proteção previdenciária.

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (DEPARTAMENTO, 2006) bem demonstram a realidade dos obreiros brasileiros. Segundo levantamento realizado 2006, o número de trabalhadores sem carteira de trabalho assinada em relação ao total de empregados no Brasil representava 38,1%. Isso demonstra que grande parte deles carece de proteção previdenciária frente aos infortúnios da vida.

Nesse contexto, percebe-se que a Previdência Social foi instituída como forma de proteger o trabalhador contribuinte e aos seus dependentes, organizada sob um regime geral de filiação obrigatória e de caráter contributivo.

Cabe destacar também, que ao lado do regime geral de Previdência Social, coexistem outras modalidades, como as destinadas aos servidores da União, por exemplo. Há ainda a Previdência destinada aos servidores do Estados e, até mesmo, aquelas criadas pelos Municípios com intuito de proteger as pessoas a seu serviço.

Por outro lado, àqueles que se encontram a margem de qualquer proteção previdenciária, seja sob o regime geral ou mesmo aqueles destinados aos servidores dos entes públicos, o Estado também dispensa um mínimo de proteção social, através da saúde, destinada a todos, e da assistência social, que será prestada a quem dela necessitar.

1.4.2.1.2 A Saúde

A Saúde, por sua vez, está positivada no art. 196 do texto constitucional. É destinada a toda população, podendo ser considerada um direito subjetivo. A Constituição Federal assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Augusto Massayuki Tsutiya (2011, 421):

[...] a saúde não consiste no simples fornecimento de assistência médica e de medicamentos, como comumente se tem entendido. Envolve programas de medicina preventiva, o controle de doenças infecciosas e parasitárias, por meio do acesso aos programas de habitação e saneamento básico; o combate à desnutrição ou subnutrição, mediante o acesso a adequados níveis de renda.

Com razão o autor. A própria Carta Política é peremptória ao dispor em seu artigo 198, inciso II, que devem ser priorizadas as atividades preventivas. Da mesma forma, atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) atribuições que vão além do atendimento médico-hospitalar, referindo ser de competência do SUS a proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho; participar da formulação e execução da política de saneamento básico, entre outros.

Com isso, percebe-se que a Saúde integra a Seguridade Social como uma forma de proteção universal, ou seja, prestada a todos os integrantes da sociedade, não apenas através do atendimento médico-hospitalar, mas também através de variadas atividades que buscam a melhoria das condições de vida da população.

Logo, diferentemente da proteção social que a Previdência dispensa aos seus segurados (contribuintes), a qual é feita basicamente através de prestações pecuniárias que visam substituir os rendimentos do obreiro impossibilitado de trabalhar, a Saúde, por sua vez, tem cunho universal, realizando-se através de serviços que buscam suprir as mais variadas formas de necessidades humanas, como as relacionadas ao atendimento médico-hospitalar e ao saneamento básico.

Por fim, a Seguridade Social brasileira conta, ainda, para a persecução do seu escopo, com a Assistência Social que, ao lado da Previdência e da Saúde, é uma importante forma de proteção social, principalmente àqueles que se encontram

à margem da proteção previdenciária. Assim, diante da sua importância na análise do problema desta pesquisa, será tratada em capítulo próprio.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Como delineado no primeiro capítulo, a proteção social sempre esteve na pauta das relações humanas. No decorrer da sua história, ela assumiu diversas facetas, evoluindo na medida em que as necessidades sociais amplificaram sua abrangência para um maior número de indivíduos e tornaram-se mais complexas, passando a requer maior intervenção do Estado no domínio econômico e social.

Assim, com o fluir dos anos, ela foi ampliando seu espectro de atuação. Passou do assistencialismo, prestado pela benevolência humana, a um sistema mais intrincado, envolvendo a direta atuação do Estado na sua promoção, no papel de fundamental ator e financiador de suas políticas.

Nesse contexto, nasceu a Seguridade Social, uma forma de proteção que tem por objetivo alçar um atendimento universal à população, visando prover as suas necessidades básicas. Para tanto, mesclou-se as diversas maneiras que a proteção social revestiu no decorrer de sua evolução, a fim de agasalhar o maior número de indivíduos possível.

No Brasil, essa faceta universalista da proteção social apenas desembarcou com a Carta Política de 1988. Nos ensinamento de Daniel Machado da Rocha (2009, p. 110):

Com o advento da Constituição de 1988, adotou-se o conceito de seguridade social, buscando tornar real a universalização subjetiva e objetiva da proteção social (o que, como é notório, está muito longe de ser implementado), passando a estrutura básica da proteção social a constituir um sistema integrado, composto por técnicas perfeitamente distintas, cuja regência é efetuada por leis específicas. Esta ampliação dos direitos sociais passou a contemplar um sistema híbrido que conjuga direitos derivados do trabalho (Previdência), direitos de caráter universal (Saúde) e direitos seletivos (Assistência).

Com efeito, a Assistência Social, ao lado Saúde e da Previdência, foi positivada como verdadeira política pública. Augusto Tsutiya (2011, p. 52) refere que:

[...] a Assistência Social, na atual sistemática constitucional, é direito, e não mais compensação de mercado, como antes. Não se trata mais de caridade praticada pelas instituições religiosas, pela abnegadas senhoras da elite e das “primeira-damas” que coordenam o denominado fundo social de solidariedade.

Assim, a Assistência Social passou a ocupar relevante papel na concretização da Seguridade Social brasileira, em igualdade com a Previdência e a Saúde, pois sobre o seu abrigo estão todas aquelas pessoas que se encontram em estado de miserabilidade e, na esmagadora maioria das vezes, à margem da proteção previdenciária.

Nada obstante a importância que atualmente desempenha, foi apenas em 1942 que nasceu a primeira instituição assistencial brasileira. Daniel Machado da Rocha refere que:

Os especialistas da área costumam considerar como primeira instituição de assistência social a Legião Brasileira de Assistência – LBA – reconhecida como órgão de colaboração com o Estado em 1942. Edificou-se a partir do ideal de conjugar esforços públicos e privados, a LBA definiu o seu programa em torno da necessidade de substituir o antigo espírito filantrópico e religioso da assistência social por formas de atendimentos fundadas no conhecimento técnico científico (ROCHA, 2009, p.120).

A Legião Brasileira de Assistência (LBA) foi liderada por Darcy Vargas, esposa do então Presidente Getúlio Vargas, nascido em São Borja, em 19 de abril de 1882. A LBA tinha por escopo apoiar os soldados da Força Expedicionária Brasileira que foram combater na Segunda Guerra Mundial. Com o sucesso da LBA, no pós-guerra, direcionou-se o seu trabalho para assistir as crianças e suas mães necessitadas (TISUTIYA, 2011, p. 444).

Nos ensinamentos de Tisutiya:

A gênese da LBA foi um ato de boa vontade, e não de cidadania. Do apoio às famílias dos pracinhas, ela estendeu suas ações às famílias não atendidas Pela Previdência Social. As famílias fragilizadas economicamente em face de calamidades como secas e enchentes demanda a presença da Assistência Social (TISUTIYA, 2011, p. 444).

Com isso, percebe-se que, desde sua origem, a Assistência Social é tida como salvaguarda aos excluídos da proteção previdenciária.

Ainda que a primeira expressão da Assistência brasileira tenha ocorrido em 1942, por meio da LBA, a ideia de necessidade de proteção aos miseráveis é antiga. Já entre os anos de 1898 e 1905, Ataulpho Nápole de Paiva, juiz da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, defendia a necessidade de uma assistência pública àqueles que se encontrassem temporária ou definitivamente incapacitados de prover as necessidades de sua existência (SPOSATI, 2011, p. 22).

Contudo, como adverte Aldaíza Sposati (2011, p. 24): “As ideias avançadas de Ataulpho Paiva não prosperaram em toda Velha República. O Brasil no período, só deu lugar ao nascimento da Previdência Social, isto para o trabalhador de carteira assinada, e em geral, os homens”.

Daniel Machado da Rocha explica a insipiência da Assistência Social no Brasil no período anterior a década de 30. Nas palavras do autor:

A preocupação efetiva com a regulação da questão social somente ocupará a atenção dos governantes a partir da década de 30. Em razão da estrutura agrícola do Brasil, sendo a produção industrial insipiente e voltada apenas para um consumo interno diminuto, inexistia uma massa suficiente de trabalhadores urbanos que pudessem exercer pressão no sentido de provocar o surgimento de uma legislação social protetiva (ROCHA, 2011, p. 120).

Com efeito, a LBA consiste um marco inicial da atuação estatal na assistência social. Passou-se, a partir de então, a uma ampliação da rede de filantropia. Buscou-se instituí-la de uma forma disciplinadora, com o objetivo de disciplinar os pobres às exigências das relações sociais, para que pudessem ser insertos no mercado de trabalho. No entanto, como adverte Maria Luiza Mestriner (2001 APUD TISUTIYA, 2011, p. 445):

A filantropia disciplinadora será instrumento político importante na moldagem do corpo do trabalhador que se idealiza. E se desenvolverá por meio de ações assistenciais esparsas, fragmentadas, paliativas e emergenciais, longe de se constituir uma política de assistência social, o que somente se alcançará cinquenta anos depois, pela Constituição Federal de 1988, quando passa a ser considerada política integrante do sistema de seguridade social

Assim, afora a LBA e as políticas esparsas, baseadas na filantropia e no seu incentivo, por meio de isenções e imunidades tributárias, não houve grandes mudanças nas formas de realização da Assistência Social brasileira até a promulgação da Carta Magna de 1988.

Diante disso, o fato é que a verdadeira guinada na maneira de prestação da Assistência Social no Brasil apenas ocorreu com a Constituição Federal de 1988, quando, integrada à Seguridade Social, tornou-se verdadeira política pública de combate às mazelas sociais.

2.1 A Assistência Social na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 introduziu a Assistência Social de forma jamais vista no ordenamento jurídico brasileiro. Abandonou-se definitivamente a ideia de uma assistência baseada no filantropismo e na benevolência para instituí-la como verdadeira política social. Para além disso, ela renasceu como um dos pilares da Seguridade Social, solidificando-se, portanto, como verdadeiro direito fundamental social. Nubia Rocha Vieira (2008, p. 19) diz que:

Nessa perspectiva, a assistência social buscou romper com seu caráter marginalizado, adquirido ao longo da história, para superar sua existência de mero favor do Estado, o que a identifica mais com as práticas assistencialistas, sendo usada mais como instrumento de barganha política, do que como um direito das pessoas excluídas pelo sistema capitalista que não têm como suprir suas necessidades básicas.

Dessa maneira, a Carta Magna marca a transição do período em que a Assistência era utilizada como forma de compensação de mercado, preconizada tão somente para amenizar os efeitos do capitalismo mediante atuação essencialmente filantrópica da sociedade com o incentivo do Estado. Assim, com a Constituição de 1988, ela assumiu feição de política pública, indispensável ao bem-estar e a dignidade da população brasileira carente.

Essa transição tem início com as diversas mazelas sociais geradas pela Ditadura Militar no Brasil. Elisabete Baptista Damasio (2009, p.19) relata que:

No final da década de 1970, os modelos de desenvolvimento realizados pela ditadura militar mostravam sinais de esgotamento. Assistia-se ao fim do “milagre econômico”, agravavam-se as condições gerais da vida da população, o que levou ao surgimento de movimentos sociais de reivindicação.

Com o esgotamento do Governo Militar tem início a redemocratização brasileira, a qual luta pelo reconhecimento de direitos sociais e de cidadania. Nas palavras de Baptista (2009, p. 31):

Em tal contexto de redemocratização, que é marcado pelo aumento do déficit público, o forte nível de desemprego, que de forma conseqüente leva ao aumento da pobreza, a redução dos gastos sociais e pressão da sociedade civil pela democracia e extensão da cidadania, é que o país mergulha em uma onda de mobilização dos movimentos democráticos progressistas organizados, que buscam a inserção dos direitos sociais, como uma política pública consolidada para a sociedade brasileira.

Diante disso, a Assistência Social é reconhecida pela Constituição de 1988 como instrumento da Seguridade Social, ao lado da Previdência e da Saúde. A Comissão da Ordem Social da Assembléia Constituinte já reconhecia a imprescindibilidade da adoção da Assistência como política pública. À época, destacava-se que:

É imperativa a inclusão das políticas assistências na nova Carta constitucional, já que mais da metade da população brasileira pode ser considerada candidata a programas assistenciais, como a única maneira de garantir seus direitos sociais básicos (SPOSATI, 2011, p. 50).

Portanto, foi nesse contexto que a Assistência Social foi esculpida nos artigos 203 e 204 da Carta Magna como direito fundamental social. O artigo 203 traz a sua essência através das seguintes disposições (BRASIL, 1988):

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

Da leitura do artigo, percebe-se que a Assistência obedece ao sistema de proteção social preconizado por Beveridge, ou seja, de acesso universal, sendo prestada a quem dela necessitar e independentemente de contribuição. Ela vem socorrer àqueles que se encontram alijados do mercado de trabalho formal e, conseqüentemente, da proteção previdenciária, o que os impede de prover ou ter provido seu mínimo existencial.

No entanto, a Assistência e a Previdência não podem ser vistas como instituições opostas e reciprocamente excludentes. Ou seja, o amparo previdenciário não exclui a possibilidade de recebimento do amparo assistencial, sendo a recíproca verdadeira. Nesse sentido, aliás, são os ensinamentos de Rocha (2009, p. 113):

[...] com relação aos destinatários, a Assistência Social aproxima-se dos usuários à margem do mercado de trabalho, relação que poderia ser

interpretada como de mútua exclusão, ou seja, estar no mercado de trabalho implica não ter necessidades a serem atendidas pela Assistência Social. Ocorre que a Assistência Social ostenta um campo de atuação mais amplo, cujo caráter transversal determina que, para o atendimento de padrões mínimos, seu espectro seja ampliado, muitas vezes assumindo atribuições de outras políticas.

Portanto, as inovações da Carta Política de 1988 foram profundas. Isso porque, ela tratou de consolidar o Estado como fundamental ator e financiador da Assistência Social, erigindo-a como verdadeiro direito fundamental social e política pública.

Além disso, em relação à constitucionalização da Assistência Social, outro ponto merece destaque de igual importância: a garantia expressa de um benefício no valor de um salário-mínimo ao deficiente e ao idoso que não puder prover o seu sustento ou tê-lo provido por sua família, na forma do inciso V do artigo 203 da Carta Política.

Assim, ao lado dos serviços prestados e até mesmo de valores pecuniários pagos, como é o caso do bolsa família e de outros programas governamentais que visam combater a miséria e as agruras sociais, a Assistência Social trouxe à lume um benefício que é fundamental àqueles que não encontram guarita sobre os braços da Previdência Social: o amparo social ao idoso e ao deficiente.

2.2 O amparo assistencial ao idoso e ao deficiente

O amparo assistencial ao idoso e ao deficiente consiste no pagamento mensal de um salário-mínimo aos deficientes e idosos que não puderem prover seu sustento ou tê-lo provido por sua família.

Nos ensinamentos de Pierdoná (2007):

Um dos importantes instrumentos da assistência encontra-se preceituado no inciso V, do art. 203, da Constituição Federal, o qual assegura aos deficientes e aos idosos, que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família, benefício assistencial de prestação continuada. A concessão do mencionado benefício tem como pressuposto a ausência da capacidade laborativa e, portanto, de recursos provenientes do fruto do trabalho. Aqueles não adquirirão a capacidade para o trabalho, dada a deficiência, e estes, já a perderam, em razão da idade avançada.

Com efeito, com a Constituição Federal de 1988 é a primeira vez que se tem notícia da garantia de uma renda mínima de caráter assistencial no ordenamento jurídico pátrio. O benefício assistencial, amparo assistencial ou, ainda, benefício de prestação continuada, é a prestação de maior importância da Assistência Social brasileira. Nesse sentido, Daniel Machado da Rocha (2009, p. 120) refere que:

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, não havia legislação específica estabelecendo um benefício pecuniário mensal com valor econômico expressivo em favor daqueles que estivessem em uma situação de vulnerabilidade social, quando as pessoas não estivessem abrangidos pelo sistema previdenciário contributivo.

Tal benefício é custeado pelas verbas da Seguridade Social, que, por sua vez, é financiada por toda sociedade. A captação de recursos é feita de forma direta e indireta. A primeira ocorre através das contribuições sociais. Já a segunda é aquela proveniente das verbas da União, dos Estados e dos Municípios.

O benefício assistencial de prestação continuada é devido aos idosos e aos deficientes que não tem condições de prover seu sustento ou tê-lo provido por sua família. Percebe-se, nesse contexto, que a Constituição elegeu duas categorias em maior vulnerabilidade social como merecedores da garantia de um mínimo existencial. Contudo, tal garantia tem caráter subsidiário, pois apenas será devida ao idoso ou ao deficiente que não puder ter o seu sustento garantido pela família.

Com efeito, para se fazer jus ao benefício, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Lei n.º 8.742/93, deve-se atender a dois requisitos. O primeiro é enquadrar-se no conceito de idoso ou deficiente. O segundo é atender ao critério da renda, ou seja, o ganho mensal per capto familiar deve ser igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente.

Desde sua regulamentação pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), se tem questionado a pertinência e a constitucionalidade dos requisitos objetivos que a legislação infraconstitucional tem imposto à concessão do benefício. O primeiro alvo de infundáveis controvérsias foi o requisito objetivo da renda, pois a LOAS estabeleceu que apenas tem direito ao benefício o idoso ou deficiente que tiver ganho per capto familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

Quanto a este, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direita de Inconstitucionalidade. No entanto, ela foi julgada improcedente,

confirmando, pois, a adequação do critério objetivo de quantificação da renda previsto na redação original da LOAS.

Não obstante, a decisão da Suprema Corte não encontrou aceitação no âmbito jurídico. Exemplo disso, é que o Poder Judiciário continuou – como já vinha fazendo – a desconsiderar o requisito legal objetivo como óbice à concessão do benefício assistencial, quando fosse possível, por outros meios, aferir a situação de miserabilidade vivida pelo idoso ou deficiente.

Nessa senda, em 18 de abril de 2013, o STF, ao julgar reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, por meio da qual buscava a reafirmação e a efetivação da decisão que considerou válido o requisito econômico objetivo, exerceu novo juízo sobre o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar, então, ser inconstitucional a exigência de que a renda per capita familiar do pretense beneficiário do benefício assistencial fosse igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

Melhor sorte não assiste à definição de deficiência – como a permanente incapacidade para vida independente e para o trabalho – trazida pela Lei Orgânica da Assistência Social e pelo Decreto n.º 1.744 de 8 de dezembro de 1995, que regulamentaram a concessão do benefício. Isso porque, desde suas concepções, elas foram objeto de inúmeras controvérsias judiciais. Nesse contexto, a jurisprudência teve importante papel modelador do conceito, buscando sempre alcançar uma interpretação condizente com as normas constitucionais.

Um ponto de grande questionamento foi a duração da incapacidade para a vida independente e para o trabalho. Em que pese a LOAS não tenha imposto um requisito temporal objetivo, o decreto que regulamentou a concessão do benefício assistencial referiu que a incapacidade deveria ter natureza irreversível (permanente).

Diante disso, foram grandes as polêmicas geradas em torno do conceito legal de deficiência. Tal fato exigiu intervenção enérgica da doutrina e da jurisprudência, as quais buscaram interpretar o texto legal em conformidade com os preceitos assentados na Constituição Cidadã.

2.3 A definição de deficiência na redação original da LOAS

Diante de todo o já exposto, constata-se que o Brasil apenas passou a dispor de um benefício de caráter eminentemente assistencial, fundado na ideia da Seguridade Social preconizada por Lord Beveridge, com a Constituição Federal de 1988. A Assistência Social, um dos tripés sobre os quais a Seguridade Social brasileira erigiu-se, trouxe uma proteção especial aos deficientes e idosos.

Dispõe o antes citado art. 203 da Carta Magna (BRASIL, 1988):

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

Percebe-se, diante disso, que o legislador constitucional assegurou aos idosos e portadores de deficiência que não puderem prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família o valor de um salário mínimo mensal, conforme dispuser a lei.

Do próprio artigo, então, é possível aferir os pressupostos essenciais ao recebimento da benesse. Quais sejam: a) ser portador de deficiência ou idoso e b) não possuir meios de prover a sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Em que pese a literalidade do texto constitucional, em verdade, trata-se de norma não autoaplicável, de eficácia limitada, ou seja, que depende de lei que a regulamente, ressalva feita pelo próprio texto constitucional. Tal atributo, aliás, restou assentado na decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1.232-1/DF.

Pois bem, em que pese a promulgação da Constituição Federal remonte a 1988, a regulamentação do amparo assistencial ao deficiente apenas ocorreu através da Lei n.º 8.742 de 7 de dezembro de 1993, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a qual conferiu plena eficácia ao art. 203 da Carta Magna. Nas palavras de Daniel Machado da Rocha (2009, p. 122):

Finalmente vem à lume a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742/93, consoante o relato de Potyara Pereira, o Chefe do Poder Executivo foi “motivado” a sancioná-la por gestões do Ministério Público Federal – o qual havia ameaçado ajuizar ação por omissão – bem como por escândalos divulgados pela Comissão Parlamentar de Inquérito do orçamento sobre o desvio criminoso de verbas públicas da área de assistência social.

A LOAS tratou do amparo assistencial ao deficiente em seu art. 20, cuja redação original é a seguinte (BRASIL, 1993):

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

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

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

§ 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.

§ 6º A deficiência será comprovada através de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde (SUS) ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços credenciados no Município de residência do beneficiário, fica assegurado o seu encaminhamento ao Município mais próximo que contar com tal estrutura.

Tal dispositivo legal foi regulamentado, ainda, pelo Decreto n.º 1.744 de 8 de dezembro de 1995, o qual, em seu art. 2º, fez a seguinte consideração:

Art. 2º Para os fins deste Regulamento, considera-se:

- I - família: a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes;
- II - pessoa portadora de deficiência: aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho;
- III - família incapacitada de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa: aquela cuja renda mensal de seus integrantes, dividida pelo número destes, seja inferior ao valor previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (BRASIL, 1995).

Percebe-se que, originalmente, a Lei Orgânica da Assistencial Social, em seu artigo vinte, parágrafo segundo, definiu a pessoa com deficiência como sendo aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Já o decreto que a regulamentou, por sua vez, exigiu, ainda, que as anomalias ou lesões causadoras da deficiência fossem irreversíveis (permanentes). Nas palavras de Sergio Pinto Martins (2005, p. 509):

Considera-se pessoa portadora de deficiência a incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão das anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.

Diante disso, em uma primeira análise, constata-se que para a caracterização de deficiência, exigia-se que o indivíduo estivesse enquadrado em dois critérios. O primeiro, que portasse deficiência decorrente de anomalias ou lesões irreversíveis. O segundo, que apresentasse incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nesse contexto, em resumo, o necessário para a concessão do amparo assistencial ao deficiente era que o mesmo se fosse total e permanentemente incapaz para a vida independente e para o trabalho.

Por incapacidade para a vida independente entende-se aquela que impede a realização dos atos mais básicos da vida diária, como praticar a higiene pessoal, alimentar-se, entre outros congêneres. A incapacidade para o trabalho, por sua vez, é aquela que impede o sujeito de promover seu próprio sustento através do desempenho de atividades laborais.

Tal definição de deficiência não passou incólume aos olhares da doutrina e da jurisprudência, sofrendo diversas críticas. Logo começaram os questionamentos acerca do real alcance e contorno das normas em comento. Segundo Leandro Paulsen e Simone Barbisan Fortes (2005, p. 277):

O conceito de pessoa “portadora de deficiência” contido no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, não pode ser o daquela que ostente incapacidade para o trabalho e para a vida independente, enquanto impossibilidade de exercício de qualquer ato da vida diária, como vestir-se, alimentar-se e higienizar-se. A incapacidade demandada é a incapacidade laborativa, pois daí também advém, subsidiariamente, a incapacidade para os atos da vida independente: o só-fato de alguém não dispor de capacidade para o trabalho já o afasta da possibilidade de viver só, uma vez que dependerá, para sua sobrevivência, do auxílio de outras pessoas.

Com isso, percebe-se que a doutrina buscou relativizar e o conceito de deficiência trazido pela redação original da Lei Orgânica da Assistencial Social, conferindo-lhe uma interpretação condizente com o texto constitucional. Nessa mesma linha, a jurisprudência posicionou-se. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU), assim se manifestou:

[...] cumpre que se interprete os termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, de forma sistemática, cotejando-o com a Constituição Federal, que concedeu a garantia do benefício assistencial ao deficiente pelo simples motivo da deficiência impedi-lo de trabalhar para se sustentar. Certamente, não pretendeu o Poder Constituinte originário deferir o benefício apenas para o deficiente com vida vegetativa. Pretensão deste tipo seria absurda e iníqua, e por isso jamais a agasalharia uma Constituição tida por cidadã, que prega a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2004).

Além disso, a TNU ainda editou súmulas sobre os entendimentos assentados em sua jurisprudência. A súmula n.º 29 (BRASIL, 2006) dispôs que “para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

No mesmo sentido, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2002), que assim se manifestou:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.

III- Recurso desprovido.

Por fim, a súmula n.º 48 da TNU (BRASIL, 2012) assentou que “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”.

Isso posto, percebe-se que, desde sua criação, o amparo assistencial ao deficiente vem sofrendo críticas quanto à maneira como o legislador ordinário o instituiu. Como muito destacado por Gilberto Mendes Sobrinho (BRASIL, 2004), é preciso ter os olhos abertos para o:

[...] fato do legislador muitas não atentar para o sentido técnico das palavras, inclusive porque o Parlamento é composto de pessoas originárias dos mais diversos setores da sociedade, e não só de juristas. Muitas vezes, inclusive pela pressa do processo legislativo, a norma sai da Câmara com palavras mal colocadas. Mas nem por isso a imprecisão deve se perpetuar, pois ao intérprete da norma cumpre corrigi-la através da aplicação dos demais elementos de interpretação.

Logo, contata-se que os elementos como a transitoriedade da deficiência, ou seja, se produzirá seus efeitos de modo permanente ou não e, ainda, a repercussão que ela causa na vida das pessoas, sempre causaram inquietações e estiveram em pauta nas decisões do Judiciário.

Diante disso, superadas as imprecisões da redação legal do art. 20, parágrafo segundo, assim como, do art. 2º, do Decreto n.º 1.774/95, buscando-se sempre uma interpretação com os princípios e esculpidos no Corpo da Constituição Federal de 1998, o amparo assistencial ao deficiente passou por um período de relativa estabilidade quanto aos critérios ensejadores de sua concessão, mormente, no tocante a definição de deficiência.

Prova disso, é o enunciado n.º 30 de 9 de julho de 2008, onde a Advocacia Geral da União reconheceu que:

a incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (BRASIL, 2008).

Em que pese a relativa estabilidade quanto à definição de deficiência para concessão do amparo assistencial, um ponto sempre foi inquietante e objeto de controvérsias judiciais. Trata-se, pois, do prazo de permanência do estado de deficiência.

Nesse ponto, interessante a decisão da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (BRASIL, 2013). Confira-se a ementa:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA INDEPENDENTE. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 48/TNU. RETORNO À ORIGEM PARA ADEQUAÇÃO DO JULGADO. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Pedido de concessão de auxílio-doença e, alternativamente, de benefício assistencial ao deficiente. 2. Sentença de improcedência do pedido. Segundo o juízo monocrático, o auxílio-doença seria indevido porque a demandante não teria satisfeito o requisito carência na data de início da incapacidade fixada pelo perito. **Já quanto ao benefício assistencial, tendo o perito afirmado que a autora sofria de episódio depressivo e que estaria novamente apta ao trabalho em 3 meses, entendeu o juiz sentenciante que a temporariedade do estado incapacitante seria óbice à concessão do benefício.** 3. No tocante ao auxílio-doença a 2ª Turma Recursal do Paraná manteve a sentença por seus próprios fundamentos. A respeito do benefício assistencial, o colegiado referiu que o entendimento vigente naquela Turma era no sentido de que a incapacidade temporária não constituiria obstáculo à concessão da prestação, todavia no caso dos autos “a permanência da incapacidade é extremamente curta”. 4. Incidente de uniformização de jurisprudência, interposto pela parte autora, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001. 5. Alegação de que o acórdão é divergente de precedentes desta TNU e das Turmas Recursais do Mato Grosso e de São Paulo, segundo os quais a incapacidade temporária não poderia ser considerado motivo para o improvimento do pedido de benefício assistencial. 6. Incidente inadmitido pela Presidência da Turma Recursal de origem, pois seu seguimento importaria em reexame da matéria de fato. 7. Agravo na forma do RITNU. 8. A questão cerne da controvérsia é objeto de súmula por parte dessa TNU: “Súmula 48 – A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”. **Assim, entendo que pouco importa que a temporariedade do quadro incapacitante seja demasiada curta ou mais extensa, visto que a jurisprudência desta Turma não estabelece um parâmetro.** 9. Voto por reafirmar a jurisprudência sumulada desta Turma Nacional de Uniformização no sentido de que para fim de concessão de benefício assistencial é desnecessário que o estado de incapacidade laboral seja permanente. 10. Tendo em vista o disposto na Questão de Ordem 20/TNU e que a concessão ou não do benefício ainda carece da análise do requisito socioeconômico, determino o retorno dos autos à Turma Recursal de origem para adequação do julgado. 11. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e parcialmente provido (grifo nosso).

Esta foi, portanto, a situação do amparo assistencial ao deficiente desde sua regulamentação pela LOAS e pelo Decreto n.º 1.1774/95. Ainda que o modo como foi instituído tenha sido objeto de críticas, a doutrina e a jurisprudência moldam o instituto de forma a adequá-lo com os preceitos constitucionais que o informam.

Ao final, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, vinha-se reconhecendo o direito ao benefício àquele que, afóra o requisito econômico, apresentasse incapacidade para o trabalho, ainda que de forma temporária. É

importante ressaltar que, como já antes esposado, não fixava-se um prazo de duração da incapacidade (deficiência), pouco importando se ela durasse meses ou anos.

Com efeito, em 25 de agosto de 2009 foi incorporada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Decreto n.º 6.949/09. Ela introduziu no direito brasileiro um conceito de deficiência de caráter constitucional, definição até então inexistente no ordenamento pátrio.

2.3.1 O conceito constitucional de deficiência

De fato, desde sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 não dispunha de um conceito de deficiência. Tal lacuna existiu até a incorporação da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, instituída pelo Decreto n.º 6.949 de 25 de agosto de 2009.

A referida Convenção constitui um marco histórico em nosso ordenamento jurídico, pois foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos votado e aprovado pelo Congresso Nacional sob a vigência da emenda constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004, a qual incluiu o parágrafo terceiro no art. 5º da CF/88, com a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Portanto, temos que a Convenção mencionada tem força de emenda constitucional, ou seja, seu texto é considerado formal e materialmente constitucional. Segundos os ensinamento de Flávia Piovesan (2012, p. 63):

[...] a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direito humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância do *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o *quorum* exigido para para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nesse hipótese, os tratados de direitos humanos

formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional.

Diante disso, passamos a ter uma definição de pessoa portadora de deficiência no âmbito constitucional, fato até então inexistente.

A referida convenção, em seu artigo primeiro, segunda parte, trouxe o seguinte conceito:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Ainda, no artigo 4, item 4, fez a seguinte ressalva:

Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Com isso, pode-se afirmar que o conceito de deficiência introduzido na Constituição por meio da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inovou positivamente. Isso porque, da sua simples leitura, percebe-se que é muito mais abrangente que aquele veiculado pela LOAS. Com ele, caracteriza-se como deficiente um número muito maior de indivíduos.

Isso porque, a caracterização de deficiência deixou de estar relacionada à incapacidade. Tratou-se de introduzi-la como qualquer impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que simplesmente possa dificultar uma participação plena e efetiva do deficiente na sociedade em igualdade de condições com os demais. Ou seja, essa nova acepção sequer exige que a pessoa não possa trabalhar, mas sim, que enfrente maiores obstáculos ao trabalho, quando comparada a pessoas totalmente íntegras.

Além do mais, a Convenção trouxe em seu bojo uma proibição de qualquer restrição de direito em decorrência do uso do seu conceito de deficiência. Ou seja,

vedou-se que qualquer Estado signatário deixasse de garantir direito já existente sobre o preceito que o mesmo não foi assegurado pelo tratado.

Com efeito, o conceito de deficiência preconizado pela Convenção, giza-se, introduzido no ordenamento jurídico pátrio com status de emenda constitucional, revelou nítido aprimoramento técnico e, principalmente, no tocante à Seguridade Social, refletiu o verdadeiro espírito da proteção social primada pela Constituição Federal de 1988, ou seja, de abarcar o maior número de indivíduos possível.

2.3.2 As alterações promovidas pelas Leis n.º 12.435/11 e n.º 12.470/11

A LOAS, ao passar dos anos, no tocante ao amparo assistencial, foi sofrendo alterações. Em ralação ao benefício concedido ao idoso, as mudanças legislativas limitaram-se a adequar o requisito etário ao cenário socioeconômico nacional, assim como, as inovações trazidas pela Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso.

Por outro lado, a alteração mais significativa da Lei Orgânica da Assistência Social, no tocante a regulamentação do benefício de amparo assistencial ao deficiente, foi promovida pelas Leis n.º 12.435 de 6 de julho de 2011 e n.º 12.470 de 31 de agosto de 2011.

Tais modificações vieram com o intuito de adequar a LOAS ao conceito constitucional de deficiência introduzido pela Decerto n.º 6.949. Com elas, o art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social passou a ter a seguinte redação, ora vigente (BRASIL, 1993):

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

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

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

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

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3o deste artigo

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

As alterações promovidas pelas referidas leis foram substâncias, pois mexeram no âmago do amparo assistencial ao deficiente, inovando quanto ao conceito de deficiência, o qual passou a apresentar novos contornos no direito positivo infraconstitucional brasileiro.

Através delas, abandonou-se o conceito clássico de deficiência que a LOAS trouxe desde sua elaboração, ou seja, da incapacidade para vida independente e para o trabalho. Ao revés, passou-se a definir deficiência como impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir uma participação plena e efetiva do deficiente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A um primeiro olhar, percebe-se que o novo conceito de deficiência positivado é mais amplo e claro do que o da redação original da Lei n.º 8.742. Através dele, permite-se uma interpretação extensiva daquilo que entende por deficiência, incluindo um número maior de beneficiários, já que se deixou de vincular deficiência à incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Contudo, acrescentou-se ao artigo vinte da LOAS um décimo parágrafo, o qual passou a prever um critério temporal objetivo na definição de deficiência, pois qualificou impedimento de longo prazo como aquele que produz seus efeitos por um prazo mínimo de dois anos. Tal alteração criou um limbo jurídico. Pois, ou se prova que a deficiência irá perdurar por dois anos, ou se aguarda o transcurso desse prazo

para requer o benefício. Assim, fica a pessoa com deficiência, a mercê de qualquer benefício assistencial, mesmo que viva em situação de miserabilidade.

Logo, em que pese a definição de deficiência tenha inovado positivamente em relação a sua conceituação, a inserção pela legislação ordinária de um critério temporal objetivo cerceou enormemente o acesso ao benefício, tornando-o mais restrito do que o conceito encephado pela redação original da LOAS.

Através deste subterfúgio, o legislador infraconstitucional feriu o âmago constitucional da proteção social, introduzindo na LOAS um requisito que vai de encontro ao conceito de deficiência constitucionalmente preconizado e os princípios norteadores da Carta Política e da Seguridade Social.

2.3.3 A inconstitucionalidade do § 10 do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social

De início, é imprescindível lembrar o que se entende e espera da Seguridade Social. Para tanto, as lições de Paulo Márcio Cruz são precisas e esclarecedoras. Segundo o autor:

Dentro do contexto no qual o trabalho é a pedra angular da ordem social, Seguridade Social se apresenta como elemento de relevância nuclear para o desenvolvimento e manutenção da dignidade humana, sendo-lhe atribuída a tarefa hercúlea – ideal quase inatingível, mas o qual deve ser incessantemente perseguido – de garantir a todos um mínimo de bem-estar nas situações geradoras de necessidade (CRUZ, 2008, p. 79).

Pois bem. Do excerto acima, percebe-se que a Seguridade Social concretiza-se como forma de proteção social através da qual se busca garantir a todos um mínimo existencial frente às contingências sociais, buscando concretizar o fundamento da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana – e alcançar os seus objetivos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Para tanto, a Seguridade alçou mão de três instrumentos, através dos quais busca estender seu atendimento a toda sociedade. Àqueles formalmente integrados

no mercado de trabalho, disponibilizou-se a Previdência Social, a qual, instituída na forma de seguro, protege seus segurados de contingências sociais que lhes retire a capacidade de prover seu sustento e de sua família. Por outro lado, a todos, sem qualquer restrição, garantiu-se o acesso à Saúde. Por fim, a quem necessitar, previu-se a proteção através da Assistência Social.

Diante disso, percebe-se que a Assistência é um dos tripés sobre os quais está fundada a Seguridade Social, fazendo um contraponto direto com a Previdência, sem, no entanto, o direito à proteção por uma, excluir o direito à proteção pela outra. Nas palavras de Daniel Machado da Rocha (2009, p. 113):

A assistência social ostenta um caráter distributivo mais acentuado do que a previdência, cujo caráter sinalagmático não apenas restringe o acesso, como também baliza o valor dos benefícios. Seu objetivo principal é o atendimento das necessidades básicas mediante um conjunto de prestações não-contributivas que provejam os mínimos sociais.

Com efeito, a principal prestação disponibilizada pela Assistência Social no intuito de salvaguardar os desvalidos é o benefício de prestação continuada. Como esposado, tal benefício visa proteger às pessoas em maior vulnerabilidade social, quais sejam, idosos e deficientes.

Os requisitos impostos à concessão do referido benefício pelo legislador infraconstitucional nunca passaram incólumes aos olhos da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, os estudiosos e operadores do direito sempre primaram por uma interpretação condizente com o texto constitucional, buscando concretizar os fundamentos e os objetivos da Constituição e da Seguridade Social.

Em relação à definição de deficiência, a LOAS sempre foi alvo de críticas. Como antes relatado, a doutrina e a jurisprudência desempenharam papel fundamental na sua correta delimitação. Ao fim, experimentou-se um certa estabilidade, pois as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acabaram sendo acatadas pela própria Administração Pública.

Ocorre que as Leis n.º 12.435, de 6 de julho de 2011, e n.º 12.470, de 31 de agosto de 2011, imprimiram substanciais alterações ao texto da LOAS. Com elas, a redação do seu artigo vinte, no tocante à deficiência, passou a trazer as seguintes disposições:

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

[...]

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

[...]

§ 10 Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (BRASIL, 1993).

Diante disso, percebe-se que a nova redação da LOAS passou a dispor de um critério temporal objetivo, o qual foi instituído com a finalidade de restringir a concepção de longo prazo, cerceando substancialmente o número de indivíduos que poderiam ser considerados deficientes e, conseqüentemente, que fariam jus ao benefício assistencial.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2013, p. 44), a Carta Política de 1988 é rígida, já que, para sua reforma, exige-se processo legislativo mais complexo do que aquele destinado às leis ordinárias. Refere o autor que desta característica nasce o princípio da Supremacia da Constituição Federal, o qual, nas palavras do mestre (SILVA, 2013, p. 48) “requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

Nota-se, assim, que qualquer ato legislativo que contrarie os princípios e as normas constitucionais está fadado à inconstitucionalidade. Vale ressaltar, também, que não é preciso uma ofensa direta à norma constitucional para sua caracterização. No caso, basta que uma norma seja tendente a coarctar o exercício de direitos fundamentais para que reste caracterizada sua natureza inconstitucional (SILVA, 2013, p. 69).

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1172), pode-se classificar a inconstitucionalidade como formal, quando refere-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei, ou material, quando se está diante da incompatibilidade do ato legislativo com regras ou princípios estabelecidos na Carta Política.

Com efeito, defende-se a inconstitucionalidade material do parágrafo 10 do artigo 20 da LOAS, pois veio de encontro ao conceito constitucional de deficiência, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 6.949. Da

mesma forma, o dispositivo legal contrariou diretamente os princípios da Constituição Federal, dentre eles, os orientadores da própria Seguridade e, conseqüentemente, da Assistência Social.

Nas palavras de Maíra de Carvalho Pereira Mesquita:

De fato, se a assistência social é segmento da Seguridade Social destinada a amparar as pessoas necessitadas a fim de garantir-lhes uma vida minimamente digna, não faz sentido impor à pessoa esperar dois anos para que possa fazer jus ao BPC. Considerando-se a razão da norma e a ausência de fixação de prazo mínimo para que a pessoa seja considerada deficiente, a constitucionalidade desta nova redação deve ser questionada, por ter extrapolado o dispositivo constitucional (MESQUITA, 2013).

Assim, através do cotejo entre o critério temporal objetivo introduzido na LOAS e o disposto na Convenção, a qual dispõe de status constitucional, assim como, entre os próprios princípios esculpidos na Constituição e orientadores da Seguridade Social, pode-se aferir uma nítida incompatibilidade. Nos ensinamentos de Daniel Machado da Rocha:

Não é possível uma adequada aplicação das regras sem que seja avaliado se os princípios que inspiram a edição de tais regras estão sendo devidamente homenageados, pois, na aplicação das normas, o intérprete tem um compromisso permanente de buscar a máxima efetividade do ordenamento jurídico (ROCHA, 2009, p. 131).

Diante disso, sustenta-se a inconstitucionalidade da utilização de um critério temporal objetivo para delimitação de impedimento de longo prazo em virtude do flagrante descompasso entre ele e o espírito universalista da Seguridade Social, consagrado no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, expressamente previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Carta Magna.

Nesse sentido, rocha adverte que:

A assistência social, direito fundamental formal e material, em um país marcado pelo alto índice de desigualdade social e pela informalidade que acaba por privar os trabalhadores dos direitos decorrentes da inserção no mercado de trabalho, necessita ter o seu campo de atuação ampliado, dentro de uma política social mais abrangente que efetivamente possa permitir a gradativa inclusão das camadas mais humildes da população da cidadania plena (ROCHA, 2009, p. 132).

Ora, a definição de deficiência trazida pela redação original da LOAS, em que pese as imprecisões terminológicas, era mais favorável aos beneficiários, pois não

se exigia que a incapacidade definidora de deficiência ocorresse por um período mínimo de tempo.

Assim, ao fixar-se o impedimento de longo prazo como aquele que produz seus efeitos por dois anos, positivou-se situação mais gravosa ao beneficiário, impondo condição mais onerosa para a concessão do benefício, condição essa não prevista pelo conceito instituído pela própria Constituição.

Com isso, feriu-se o âmago da Assistência Social e da própria Constituição Federal, pois nas Palavras de Daniel Machado da Rocha (2009, p. 113):

É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força da sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população) têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a assistência como faceta não contributiva da seguridade social, evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.

Deve-se lembrar, ainda, como antes esposado, que a Seguridade Social, compreendendo-se a Assistência como um de seus instrumentos, visa garantir a dignidade da pessoa humana, assim como, lutar pela persecução dos objetivos da República Federativa do Brasil. Nesse diapasão, no momento em que a legislação infraconstitucional extrapola seu poder regulamentador, impondo ônus extremamente restritivo a um direito fundamental social, o qual não foi previsto pela Constituição, que aliás consagra como princípio a universalidade deste direito, está-se diante de flagrante inconstitucionalidade.

Por fim, com a qualificação alçada pelo legislador infraconstitucional à expressão impedimento de longo prazo contrariou-se diretamente o disposto no item 4 do art. 4º do Decreto n.º 6.949, já que se utilizou do texto da Convenção para restringir direito antes assegurado aos cidadãos brasileiros, fato expressamente vedado pelo dispositivo referido, já anteriormente citado.

Por tudo isso, é que se defende que as alterações promovidas na LOAS, com a restrição de impedimento de longo prazo com critério temporal objetivo, encontram-se eivadas pela inconstitucionalidade, pois são uma afronta direta ao conceito de deficiência constitucionalmente preconizado, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos objetivos da República brasileira e ao espírito da própria Seguridade Social, positivado no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Além disso, fere-se o âmago da própria Assistência Social, que

deve ser prestada a quem dela necessitar, visando concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil, a qual tem na Assistência, pelo seu caráter distributivo, umas das principais armas para buscar uma sociedade igualitária e, acima de tudo, digna.

CONCLUSÃO

A definição de deficiência para fins de concessão de benefício assistencial ao deficiente sempre foi assunto tormentoso. Desde de sua publicação, a LOAS sofreu críticas no tocante aos requisitos impostos à concessão do benefício. Com efeito, coube à doutrina e à jurisprudência esmerar-se a fim de encontrar uma interpretação condizente com o disposto na Constituição Federal e, sobretudo, com seus fundamentos e objetivos.

Consequentemente, através dos esforços despendidos pelos estudiosos e aplicadores do direito, encontrou-se uma interpretação adequada e constitucional do conceito de deficiência trazido pela redação originária da LOAS e pelo decreto que a regulamentou. Por meio dela, acabou-se ampliando o número de destinatários do benefício, em adequada sintonia com os princípios e dispositivos constitucionais que o informam. Com isso, os requisitos ensejadores do amparo assistencial passaram por um período de relativa estabilidade em sua delimitação e aplicação, tanto no âmbito judicial quanto administrativo.

No entanto, as alterações promovidas na LOAS pelas Leis n.º 12.435/2011 e n.º 12.470/2011 acarretaram substanciais modificações no conceito de deficiência. Passou-se a definir esta como os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a participação plena e efetiva do deficiente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com isso, num primeiro momento, constata-se que as alterações no conceito de deficiência foram positivas. Isso porque, ampliaram o espectro daquilo que se entende por deficiente, permitindo que um número muito maior de pessoas pudesse ser considerada como tal, em nítido avanço em relação ao conceito trazido na redação originária da LOAS – incapacidade para o trabalho e a vida independente.

Entretanto, as alterações foram além, já que positivou-se que impedimento de longo prazo é aquele que produz efeitos por um interstício mínimo de dois anos. Assim, essa limitação do conceito de longo prazo com um critério temporal objetivo foi extremamente limitadora ao acesso ao benefício, cerceando a sua concessão a um número enorme de pessoas.

Com o primeiro capítulo da monografia, apontou-se a origem da proteção social e as diversas formas que ela assumiu com o passar do tempo. Demonstrou-se a sua essencialidade nos momentos de infortúnio do homem e que ela consolidou-se no sentido de ampliar os destinatários da sua segurança, buscando proteger não só aqueles que contribuem para um sistema de seguro social, mas sim, todos aqueles que se encontram combatidos por mazelas.

Demonstrou-se, ainda, o nascimento e a consolidação da Seguridade Social. Da mesma forma, analisou-se a Seguridade brasileira e suas características. Com isso, concluiu-se que ela primou por uma cobertura universal, valendo-se de diferentes formas de alcançar seus objetivos. Para tanto, revelou-se que ela lançou mão de três instrumentos essenciais à concreção dos seus ideais: a Saúde, a Previdência e a Assistência Social.

Por sua vez, o segundo capítulo possibilitou uma análise mais profunda da Assistência Social brasileira e a forma como ela foi tratada no momento anterior e posterior à Constituição Federal de 1988. Na mesma toada, situou-se a Assistência como instrumento essencial à concretização dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, referindo-se a sua imprescindibilidade na busca por uma condição digna de vida aos desvalidos brasileiros alijados do mercado de trabalho formal.

Analisou-se detidamente a evolução legislativa do benefício assistencial e os contornos que a definição de deficiência assumiu na legislação, na doutrina e na jurisprudência pátria, o que permitiu um cotejo entre a sua regulamentação infraconstitucional vigente e o positivado constitucionalmente, principalmente, após a incorporação ao ordenamento jurídico nacional da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio uma definição de deficiência constitucional, até então inexistente.

Dessa forma, foi possível constatar que as alterações promovidas na LOAS pelas Leis n.º 12.435/2011 e n.º 12.470/2011, mormente ao definir deficiência como impedimento de longo prazo e limitá-lo com um critério temporal objetivo, ou seja, como aquele impedimento que produz efeitos por um interstício mínimo de dois anos, foram extremamente restritivas ao acesso ao benefício, restando, pois, impregnadas por latente inconstitucionalidade material.

Isso porque, introduziu-se na LOAS um requisito temporal objetivo não previsto no âmbito da Convenção e, conseqüentemente, da Carta Magna, o qual

restringiu substancialmente o acesso do deficiente ao amparo assistencial. Tal modificação foi extremamente restritiva aos direitos assegurados na Carta Política e, portanto, contrária aos princípios e objetivos fundados na Constituição Cidadã.

Além do mais, o ônus imposto foi gravoso a tal monta, que restou por ser mais restritivo que a própria concepção de deficiência veiculada pela redação original da LOAS, a qual, após anos de lapidação pela doutrina e pela jurisprudência, findou por encontrar uma interpretação condizente com o texto constitucional.

Nesse contexto, concluiu-se que o parágrafo dez do artigo vinte da LOAS é passível de ser considerado inconstitucional, já que agride diretamente os fundamentos, objetivos e princípios da Carta Política e da Seguridade Social, assim como, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. Enunciado n.º 30. A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Brasília, DF, 9 jul. 2008. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=28330&ID_SITE=>. Acesso em: 12 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. Decreto n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. In: **Diário da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. Lei n.º 1.744, de 8 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. In: **Diário da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 dez. 1995. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1995/1744.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 360.202. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 4 jun. 2002. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/xZ4qHERj.pdf>>. Acesso em: 12. Set. 2013.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Incidente de uniformização. Benefício assistencial. Incapacidade para os atos da vida independente. Incapacidade temporária. Possibilidade. Súmula 48/tnu. Retorno à origem para adequação do julgado. Incidente conhecido e parcialmente provido. Rosimeri Tatsch e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Federal Adel Americo Dias de Oliveira. Brasília, DF, 8 mar. 2013. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/xZ4qHERj.pdf>>. Acesso em: 12. Set. 2013.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Benefício assistencial. Portadora de insuficiência venosa crônica e úlcera varicosa, impossibilitada de desenvolver suas atividades laborativas habituais. Instituto

Nacional do Seguro Social e Maria Zélia de Oliveira. Relator: Juiz Federal Gilberto Mendes Sobrinho. Voto de 20 de set. 2004. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6998141/recurso-civel-200360840027102/inteiro-teor-12774145>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Súmula n.º 29. Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento. Brasília, 13 fev. 2006. Disponível em: <<http://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Súmula n.º 48. A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Brasília, DF, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

CASTRO, Alberto Pereira; LAZARRI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos históricos, políticos e jurídicos da seguridade social. In: Rocha, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (coord.). **Curso de especialização em Direito Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAMASIO, Elisabete Baptista. **Assistência Social - Avanços e retrocessos: reflexões sobre os limites da Política Nacional de Assistência Social no enfrentamento da Questão Social no Brasil**. 2009. 119f. Monografia (Graduação em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário dos trabalhadores**. São Paulo: 2006. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CB90335012CC6CEEC5E7B0E/0FA4CC57d01.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000028-001_Zelia.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Daniel Machado. A assistência social como direito fundamental: uma análise da evolução da concretização judicial do benefício assistencial. **Revista da AJUFERGS**, Porto Alegre, nº 06, maio 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiro, 2013.

SPOSATI, Aldaíza. **A menina LOAS**: um processo de construção da Assistência Social. São Paulo: Cortez, 2011.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Maria Lucia. **Em torno do conceito de política social**: notas introdutórias. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fMariaLucia1.pdf> >. Acesso em: 20 out. 2013.

VIEIRA, Núbia Rocha. **Assistência Social como política pública**: da Constituição de 1988 ao Sistema Único de Assistência Social. 2008. 55f. Monografia (Graduação em Serviço Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.