

Questão Discursiva 00324

A assistência aos desamparados vem expressamente prevista na vigente Carta Constitucional, formando, juntamente com outros direitos sociais, os denominados direitos fundamentais de segunda geração. Para efetivação desse direito social estabeleceu-se que a assistência social deve ser prestada a quem comprove dela necessitar, com o pagamento de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa idosa maior de 65 anos, bem como à pessoa deficiente, observados certos critérios e a necessidade econômica.

Em função de tal proposição, responda:

- a) Quais as principais diferenças entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda geração e qual a relevância de tal distinção para a aplicação dos direitos sociais, sob o ponto de vista do princípio da legalidade?
- b) Comprovada a necessidade econômica, a pessoa portadora de deficiência terá direito ao denominado benefício assistencial de prestação continuada, ainda que o laudo médico aponte pela capacidade laborativa para o exercício pleno de diversas atividades?
- c) O que se entende por necessidade econômica e qual será a consequência para um portador de deficiência, que esteja recebendo benefício assistencial de prestação continuada, caso venha a exercer atividade formal remunerada?

Resposta #004551

Por: **MARCOS ALBERTO TITÃO** 11 de Agosto de 2018 às 14:22

O direito à assistência social consubstancia-se em direito fundamental de segunda geração, e está insculpido expressamente no art. 6º da Carta Magna de 1988. Os direitos sociais de primeira e segunda geração ou dimensão, para alguns autores, distinguem-se, essencialmente, pelos valores que objetivam resguardar.

De um lado, os direitos fundamentais de primeira dimensão tutelam os valores inerentes à liberdade do indivíduo, marcados pela natureza de prestações negativas por parte do Estado. Por exemplo, o direito à propriedade, de ir e vir do indivíduo, direitos da personalidade, direito ao voto, entre outros. São as liberdades civis e políticas dos indivíduos. Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão traduzem-se em prestações positivas por parte do Estado. Por exemplo, os direitos sociais, econômicos e culturais, de que é exemplo a assistência social, a previdência social, a educação, a saúde, o trabalho, entre outros.

Assim, à luz do princípio da legalidade, é dever do Estado prover os indivíduos de um mínimo existencial, através da realização de prestações positivas.

O benefício de prestação continuada às pessoas com deficiência ou idosos acima de 65 anos é devido pelo Estado, independentemente de qualquer contribuição do necessitado, que comprove não possuir meios de prover a sua própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 203, inc. V, da CF. O LOAS, como é mais conhecido, exige que a pessoa com deficiência possua impedimento de longo prazo, de ordem física, mental, intelectual que obste a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. A concessão do benefício fica condicionada à realização de perícia, a cargo do INSS, que avalie o grau de deficiência e o grau de impedimento da pessoa, conforme determina o art. 20, §§2º e 6º, da Lei 8.742/93.

Portanto, devem estar conjugados ambos os requisitos (incapacidade de longo prazo + insuficiência econômico-financeira) para que se implemente o direito ao benefício. Somente um dos critérios, isoladamente, não garante o direito ao LOAS à pessoa com deficiência.

Assim, a hipossuficiência econômica, segundo a lei orgânica da assistência social, traduz-se na impossibilidade de manutenção da pessoa com deficiência, por suas próprias forças ou por sua família. O §3º, do art. 20 da lei estabelece que considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência a família que possua renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo. Porém, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que este não é um critério absoluto, que, dadas as circunstâncias atuais, pode e deve ser avaliado, no caso concreto, pelo Poder Judiciário, outorgando o direito ao benefício àquele que dele necessite, ainda que ultrapassado o critério de renda legal.

O art. 21-A da Lei 8.742/83 estabelece que o benefício deverá ser cancelado, acaso a pessoa com deficiência venha a exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. Se a contratação se der na qualidade de aprendiz, a legislação limita o recebimento concomitante do benefício a dois anos, sendo que, posteriormente, deverá ser cancelado (§2º).

Resposta #000684

Por: **Edgar Francisco Abadie Junior** 6 de Março de 2016 às 00:06

Os direitos fundamentais são comumente classificados em diferentes gerações (ou dimensões) por causa de sua historicidade, ou seja, porque eles foram reconhecidos pouco a pouco no decorrer da história.

Assim, os direitos de primeira geração surgiram ao final do século XVII, com os movimentos constitucionais revolucionários na França e nos Estados Unidos. Esses direitos se ligam primordialmente ao valor da igualdade, se materializando em direitos civis e políticos. Em regra, eles impõem um dever de abstenção do Estado em afetar a esfera do particular. São exemplos desses direitos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, etc.

Por sua vez, os direitos de segunda geração surgiram no final do século XIX e no início do século XX, com o objetivo de resguardar a igualdade entre os indivíduos. São direitos sociais e econômicos e normalmente impõem uma prestação positiva do estado (ex: saúde, educação, trabalho, etc).

No âmbito da aplicação dos direitos sociais, é relevante observar que estes consistem em direitos de segunda geração e, como tal, impõem uma prestação positiva do Estado. Por isso, embora sejam direitos fundamentais, sua efetivação encontra limites na reserva do possível, pois as prestações materiais podem esbarrar em restrições de escassez.

De igual modo, por conta dessas limitações, as prestações sociais comumente são veiculadas em normas de eficácia limitada, pois a sua criação exige a superação de determinadas etapas lógicas, tais como a correspondente fonte de custeio e a indicação da dotação orçamentária. Por isso, em regra, a efetivação dos direitos sociais exige a elaboração de lei em sentido formal.

Pois bem, no caso de concessão do benefício de prestação continuada, a sujeição ao princípio da legalidade impõe o preenchimento de certos requisitos legais, os quais, na espécie, seriam a deficiência que acarrete a incapacidade para o próprio sustento e a necessidade econômica.

No que toca à incapacidade, apesar de tal requisito ser comprovado mediante laudo médico, a avaliação do juiz não se encontra vinculada de modo absoluto às conclusões da perícia.

Nesse sentido, entende a jurisprudência que, mesmo quando o laudo pericial concluir que a pessoa portadora de deficiência está apta a exercer algumas atividades, é dado ao juiz levar em consideração outros fatores relevantes, de aspecto social, para deferir o benefício de prestação continuada.

Isso porque, como dito, o juiz não fica vinculado às conclusões do laudo, e, ainda, a mera possibilidade de exercer certas atividades não implica um necessário afastamento da miserabilidade do beneficiário.

Essa miserabilidade, nos termos do art. 20, § 3º, da lei nº 8.742/93, seria presumida quando a renda per capita da família do beneficiário não superar 1/4 do salário mínimo.

No entanto, tal dispositivo foi recentemente declarado inconstitucional (sem decretação de nulidade) pelo STF. Assim, na prática, o patamar de 1/4 do salário mínimo é utilizado como mero guia para aferir a miserabilidade: esta seria presumida caso a renda per capita for inferior ao mencionado valor, mas ainda que essa baliza seja ultrapassada, outros fatores podem ser apurados para demonstrar a miserabilidade.

Igualmente, caso o beneficiário da prestação continuada exerça alguma atividade remunerada, dispõe o art. 21-A da lei nº 8.742/93 que o benefício deve ser suspenso. Contudo, à luz da jurisprudência fixada acerca dos demais tópicos já abordados, é seguro dizer que tal norma não deve ser interpretada de modo absoluto. Ou seja, diante das circunstâncias do caso concreto, nada impede que o juiz, constatando que os requisitos continuam sendo preenchidos, mantenha o benefício.

Correção #000414

Por: **Eric Márcio Fantin** 10 de Março de 2016 às 18:29

Excelente resposta. Completa e com ótima redação.

Sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88).

EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007 2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. 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.

Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art.

5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debuchar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art.

6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade.

Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e,

neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações;

houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.

1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)

Resposta #000374

Por: Renata 29 de Janeiro de 2016 às 12:43

Primeiramente, consigne-se que a divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões não enseja sua divisão em épocas distintas e subsequentes. Pelo contrário, todas as gerações subsistem concomitantemente, buscando apenas dividir a forma e sob qual aspecto os diversos direitos fundamentais serão prestados.

Verifica-se a existência de diferenças substanciais entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda geração. Aqueles visam abarcar a liberdade do indivíduo e, para isso, prevalece a inércia estatal para a sua concretização. Já os últimos, que visam a igualdade dos indivíduos, necessitam de políticas públicas positivas, sem as quais não haveria implementação dos direitos fundamentais.

Assim, enquanto aos direitos de primeira geração dispensam a atividade positiva do Estado, percebe-se que nos de segunda prepondera a necessidade de atuação legislativa para, só assim, concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Como exemplo tem-se a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93, que dispõe sobre a atuação da assistência social e prevê um benefício mensal ao idoso ou deficiente que não possua outros meios de prover a própria subsistência.

Para a concessão deste benefício assistencial ao deficiente, leva-se em conta não só a incapacidade laborativa da pessoa e o aspecto econômico, mas também como a deficiência repercute no meio em que vive, sob aspecto ambiental, social e pessoal.

A lei 12.470/11 e, posteriormente, a Lei 13.146/15 trouxeram importantes inovações à Lei 8.742/93 acerca da definição de pessoa com deficiência para fins de recebimento de benefício assistencial. Atualmente, deficiente não é mais considerado incapaz para o trabalho e a vida independente, mas sim é aquele que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, mesmo que o laudo médico aponte a plena capacidade laborativa, é preciso verificar os outros aspectos para conceder ou não o benefício social.

Em resposta à segunda alternativa, tem-se que a necessidade econômica surge no momento em que a pessoa não dispõe de meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Pelo critério legal, considera-se nesta situação a pessoa idosa acima de 65 anos ou portadora de deficiência que tenha como renda mensal per capita familiar importância inferior a 1/4 do salário mínimo. No entanto, em recente decisão, o STF pronunciou a inconstitucionalidade material do §3º do artigo 20 da Lei 8742/93, que trata deste requisito de renda per capita para a concessão do benefício. Para a Corte houve um processo de inconstitucionalização deste critério, tendo em vista que ele havia sido fixado há 20 anos e que atualmente existem outros mais favoráveis aos necessitados. Dessa forma, caberia ao Poder Legislativo deliberar acerca de novos critérios aferidores de miserabilidade do idoso ou deficiente, considerando a realidade atual do país.

Vale ressaltar que a decisão proferida pelo STF não é vinculante, vez que proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Quanto ao terceiro questionamento, caso a pessoa portadora de deficiência ingresse no mercado de trabalho formal exercendo atividade remunerada, ainda que como microempreendedor individual, o benefício assistencial será suspenso. No entanto, a lei prevê que extinta a relação empregatícia ou a atividade empreendedora, após o pagamento do seguro desemprego e não tendo o deficiente adquirido direito a outro benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do benefício assistencial anteriormente suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência.

Por fim, ressalte-se que o exercício da função de aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada. Não obstante, a lei limita o prazo de dois anos para o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Correção #000415

Por: **Eric Márcio Fantin** 10 de Março de 2016 às 18:31

Excelente resposta. Redação sem erros e de leitura agradável. Abordou todos os temas.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007 2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. 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.

Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art.

5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art.

6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade.

Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e,

neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos à saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações;

houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com esmero nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará em infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.(...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p.

1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

4. In casu, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)

Correção #000253

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 10 de Fevereiro de 2016 às 10:37

Renata, sua resposta está com o português impecável, muito bem escrita. Quanto ao segundo questionamento, faltou mencionar a parte final da pergunta, sobre se o deficiente receberia o benefício se fosse constatada sua capacidade para diversas atividades laborativas. No mais, a resposta está ótima.

Resposta #000041

Por: CACILDO JORGE FIALHO DOS SANTOS JUNIOR 26 de Novembro de 2015 às 01:39

A) Os direitos fundamentais de primeira geração consistem em prestações negativas do Estado em face do cidadão, ou seja, exigem um "não fazer" por parte do governo, caracterizando uma limitação do poder estatal. Tais direitos estão ligados essencialmente às liberdades individuais do cidadão, bem como à igualdade formal. Já os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles ligados ao bem-estar social, reclamando prestações positivas do Estado, no sentido de fazer algo em favor do cidadão. Relacionam-se, assim, com os direitos sociais e econômicos e com o conceito de igualdade material. Tal distinção torna-se relevante na medida em que, em face princípio da legalidade, segundo o qual o Estado só pode fazer o que a lei determina, a positivação dos direitos fundamentais de segunda geração é essencial para que o Estado possa efetivar as medidas de concretização de tais direitos em favor dos cidadãos.

B) Não. Para concessão do benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência, além da necessidade econômica, deverá restar comprovado impedimento de longo prazo, de natureza física, mental ou intelectual, que impeça a pessoa de participar da sociedade em igualdade de condições com os demais.

C) A LOAS definiu critério objetivo para determinar que a necessidade econômica estaria configurada no caso de pessoas com renda *per capita* familiar de até 1/4 do salário mínimo. Tal critério, entretanto, vem sendo alterado pela jurisprudência. O STF, inclusive, declarou a inconstitucionalidade de tal dispositivo da LOAS, sem contudo decretar sua nulidade. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a adoção única desse critério poderia deixar fora do alcance situações de miserabilidade social. Sendo assim, a necessidade econômica deverá ser avaliada no caso concreto, mediante critério subjetivo do juiz, ou com a adoção de outros parâmetros, como, por exemplo, 1/2 salário mínimo *per capita*, que é o critério adotado para concessão de outros benefícios do governo federal (por exemplo o bolsa família), como já tem sido decidido pelos tribunais pátrios. Caso o portador de deficiência que esteja recebendo o benefício assistencial venha a exercer atividade remunerada, o benefício será suspenso, conforme dispõe a LOAS.

Correção #000416

Por: Eric Márcio Fantin 10 de Março de 2016 às 18:34

Boa resposta. Faço a ressalva quanto ao item B, eis que existem decisões no sentido de que o Juiz pode fazer uma análise mais ampla da incapacidade (questões socio-econômicas próprias do requerente), mesmo o laudo médico apontando eventual capacidade em algumas áreas.

Correção #000252

Por: Daniela Nadia Wasilewski Rodrigues 10 de Fevereiro de 2016 às 10:30

Cacildo, sua questão está bem respondida, porém senti falta de uma fundamentação melhor no item b, bem como faltou você indicar os artigos da LOAS a qual estava se referindo. Creio que vc teria um desconto na nota por não colocar os artigos.

Correção #000151

Por: gabriela monteiro 5 de Janeiro de 2016 às 22:17

O candidato demonstrou bom conhecimento da Língua Portuguesa e que tem domínio as regras gramaticais.

Quanto ao aspecto conteudístico jurídico, na primeira questão respondeu corretamente, todavia, caberia algum exemplo.

Com relação ao segundo, observo que não conceituou incapacidade e como ela se processa para fins de concessão previdenciária, hodiernamente. De igual modo, quanto aos requisitos do LOAS.

Por fim, no último respondeu acertadamente. Demonstrou bom conhecimento do assunto. Nota 8.0

Correção #000066

Por: Débora Bós e Silva 26 de Novembro de 2015 às 02:45

Analisando a resposta do candidato, verifico, inicialmente, que o texto está bem redigido, com português correto, o que demonstra um bom domínio da língua portuguesa.

Em relação ao primeiro questionamento, o candidato respondeu corretamente. Contudo, para engrandecer a resposta poderia o candidato ter mencionado exemplos de direitos de primeira geração e direitos de segunda geração.

No tocante ao segundo questionamento, o candidato deixou de mencionar expressamente a deficiência sensorial. Entendo, também, que respondeu incorretamente ao questionamento, pois, quanto ao requisito da incapacidade, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Goiás, vem entendendo diferente, no que aponta, desde 2013, ser uma tendência moderna. In casu, tratava-se autor com quadro clínico de perda total da acuidade visual à esquerda, além de cefaleia pulsátil holocrônica. Embora o perito tenha concluído pela capacidade para o trabalho, verificou-se que as condições pessoais do autor, apuradas, principalmente, pela perícia social, dificultam sua inserção no mercado de trabalho, pois se trata de pessoa de baixa instrução, aparência desfigurada pela cegueira parcial e sensibilidade exacerbada à claridade. Tais fatores obstaculizam o autor de conseguir exercer a função, já que, o acesso aos portadores de deficiência são a exceção.

Cuida-se, portanto, de incapacidade parcial e permanente. A jurisprudência é pacífica quanto à possibilidade de concessão de benefício assistencial em caso de incapacidade parcial, tanto porque a lei não faz distinção no pertinente ao tipo de incapacidade quanto pq o INSS deve verificar a cada 2 anos a permanência dos requisitos para a manutenção do benefício. Trata-se aqui de um direito fundamental, não só porque o art. 6º da Constituição Federal inclui entre os direitos sociais a assistência aos desamparados, mas principalmente porque o art. 203, inciso V, consagra expressa e cristalina a

garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que se encontrem em situação de desamparo.

No tocante ao último questionamento, o candidato respondeu corretamente. Mostrou conhecimento sobre o entendimento dos órgãos superiores, o que é um diferencial.

Nota: 7.0.

Resposta #001140

Por: **Luiz Carlos Junior** 22 de Abril de 2016 às 01:27

Com efeito, a assistência, como espécie do gênero seguridade social, visa amparar socialmente a pessoa que dela necessitar, de modo a garantir-lhes o mínimo existencial (dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, e da CRFB), independentemente de contribuição do beneficiário, nos termos do art. 203 da CRFB.

Portanto, a assistência social é prestada e custeada pelo próprio Poder Público. Nesse contexto, cabe ressaltar que, diferente dos direitos individuais de liberdade, os direitos sociais geralmente pressupõem uma obrigação estatal de fazer/dar, ou seja, uma prestação positiva, p. ex. a concessão de um salário mínimo a pessoa idosa de baixa renda; enquanto naqueles, em regra, exige-se apenas um não fazer, uma conduta estatal negativa, p. ex. a abstenção de violar o direito à intimidade. Assim, a princípio, para que o direito social -- de segunda geração -- pudesse ser exercido, seria necessária a existência de i) uma lei regulando a matéria, ou seja, a política pública estivesse regrada por meio legal, tornando-a exequível, e ii) uma previsão orçamentária para possibilitar a execução do programa social. Já quanto ao direito de primeira geração, se se tratasse de norma plena, a priori poderia ser concretizado independentemente de lei o regulando e de dinheiro público envolvido.

Ademais, a respeito de direitos sociais, importante destacar que o princípio da reserva do possível não se aplica quando se tratar de mínimo essencial, conforme já decidiu o STF em RE no qual se determinou a concretização do direito à educação básica em creches da cidade de São Paulo, não se admitindo o argumento da Procuradoria de limitação orçamentária, isto é, quando o direito social estiver relacionado ao mínimo necessário, com o intuito de protegê-lo, não lhe constitui objeção o princípio da reserva do possível, de modo a tornar mais irradiante os direitos fundamentais.

Não existe óbice ao recebimento de benefício assistencial por pessoa portadora de deficiência que tenha contra si laudo médico indicando a capacidade laborativa para exercício de atividade não antes exercida. Isso porque deve-se aferir o aspecto social, se se justifica, à luz do princípio da vedação à proteção insuficiente, a habilitação do beneficiário à nova atividade. Ora, não se pode pretender a habilitação de nova atividade que utilize o computador para o caso de um portador de deficiência que tenha 55 anos de idade, que vive em área rural e que jamais teve contato com tecnologia. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência pátria, inclusive do STJ.

Outrossim, o aspecto econômico também deve ser observado, de modo que, se o beneficiário passar a auferir renda insuficiente à sua sobrevivência digna e aos critérios previstos em lei, mantém-se o benefício assistencial, ainda que venha a exercer atividade formal remunerada. Assim, desde que a habilitação em outra atividade não ofenda a proporcionalidade e a dignidade do beneficiário, nem surta efeito econômico significativo, a concessão e continuidade do benefício assistencial é possível, mesmo nos casos de laudo médico atestando a capacidade laborativa para exercício de outra atividade. Dito de outra forma e analisando apenas o aspecto econômico, se o beneficiário portador de deficiência passar a exercer atividade formal remunerada, e a renda auferida for maior que um salário mínimo e contínua, haverá a extinção do benefício assistencial, conforme jurisprudência do STJ.

Quanto à necessidade econômica, cuja expressão está inserida no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, que trata do benefício ao portador de deficiência e idoso considerados miseráveis, tem-se como critério a renda mensal familiar per capita correspondente a 1/4 do salário mínimo. Inicialmente, o STF entendia o critério como constitucional, de forma absoluta. Todavia, os juízes de primeira instância, diante de quadros fáticos específicos, passaram a mitigar tal critério, concedendo o benefício assistencial para aqueles que percebiam um pouco mais que o critério estabelecido. Depois disso, o STF deu interpretação conforme à Constituição para permitir a relativização do critério de miserabilidade, em maior observância, assim, ao princípio da proporcionalidade.

Resposta #002516

Por: **Aline Fleury Barreto** 8 de Fevereiro de 2017 às 11:21

a). O que primariamente distingue os direitos fundamentais de 1ª e 2ª geração é a necessidade do intervencionismo estatal como meio de execução desses direitos.

Em sede de 1ª geração, as liberdades individuais do ser humano exigem o abstencionismo do Estado, e, portanto, se sagram incompatíveis com as prestações positivas do assistencialismo, no bojo da segunda geração.

O acesso desse modelo é aberto a todos os que dele necessitem, motivo pelo qual a lei infraconstitucional pode desenhar critérios presuntivos de hipossuficiência, para orientar os padrões desta necessidade, tal como ocorre aos idosos e portadores de necessidades especiais comprovadamente pobres.

Enquanto isso não ocorrer, contudo, o Estado não pode se eximir de amparar os suplicantes por ausência de regulação, haja vista ser da essência dos direitos fundamentais de segundo grau sua efetiva intercessão.

Nestes termos, os arts. 202 e ss. da CR/88 representam normas constitucionais de eficácia contida, as quais emanam eficácia plena dos seus termos até ulterior designação do seu campo de incidência.

b). Estar apto ao mercado de trabalho pode ser um dos critérios estabelecidos para afastar o benefício assistencialista por via da lei reguladora, uma vez que a reabilitação e reinserção do excluído ao meio laborativo é um dos objetivos da Seguridade Social. Desta forma, é possível que a aptidão para o

autossustento afaste o suprimento do Estado, que prefere aos necessitados em razão de limitações irreversíveis e sistêmicas.

Nada obsta, ademais, que os indivíduos excluídos desta específica forma de assistencialismo usufruam dos demais benefícios da Seguridade Social, que de um modo ou de outro, a todos reserva uma cota de protecionismo.

c). O portador de necessidades especiais que exerce atividade formal remunerada será obrigatoriamente vinculado ao regime de previdência social. Assim sendo, uma vez que consegue manter-se independentemente do benefício assistencial, teremos uma relação de prejudicialidade e a insurgência do suporte da Previdência, se até então inexistente.

A necessidade econômica, grosso modo, orbita na incapacidade de provimento, por si ou pela família, das próprias necessidades básicas inerentes a condição humana (higiene pessoal, alimentação, vestimenta, educação, lazer, transporte); resguardadas as particularidades de cada caso em concreto.

Resposta #002791

Por: Landa 21 de Maio de 2017 às 21:53

a) Direitos fundamentais são interesses humanos cuja essencialidade para uma vida digna os levou a serem positivados no ordenamento jurídico como forma de garantir a sua proteção. Em geral são reconhecidas três gerações de direitos fundamentais: a primeira, dos direitos individuais; a segunda, dos direitos sociais e coletivos; e a terceira, dos direitos difusos, com o o direito a um meio ambiente equilibrado.

Os direitos fundamentais de primeira geração têm como marco histórico a derrocada do Estado Absolutista e o nascimento do Estado de Direito, que submete o exercício do poder estatal à lei. Destaca-se no período a Revolução Francesa, com a tomada das instâncias do poder pela burguesia ascendente, que tratou de estabilizar suas conquistas por meio da legislação de direitos individuais oponíveis ao Estado. Daí estes direitos versarem precipuamente sobre liberdades, como a de expressão e de comércio. Em síntese, visam afastar o Estado da interferência no exercício de atividades individuais (absenteísmo estatal).

Este contexto explica sua relação com o princípio da legalidade. A necessidade de afirmação imediata da tomada do poder pela burguesia é que dá a tônica da estrutura das normas que os veiculam: são de eficácia plena. Ou seja, do tipo cujos efeitos emanam diretamente do texto constitucional, independentemente da explicitação de seu conteúdo por outras normas. Delas são extraíveis diretamente direitos subjetivos a prestações, em geral negativas; o seu âmbito de proteção "prima facie" já produz efeitos concretos. Realmente, em geral, o que se faz por meio de lei é conferir limitações ao seu exercício. Por isso a máxima de que ao particular é dado fazer tudo o que não é proibido. São exemplos destes direitos: a liberdade de expressão, a liberdade de religião e a livre iniciativa.

Já os direitos fundamentais de segunda geração estão historicamente associados com o auge da Revolução Industrial, momento em que a concentração excessiva dos bônus da atividade econômica e a distribuição de seus ônus às classes mais pobres gerou uma crise no conceito de igualdade, apta a exigir a atuação estatal com o fim de restabelecer a estabilidade social.

A igualdade então meramente formalmente é substituída pela igualdade material, que pressupõe ações concretas para seu atingimento. Destarte a previsão, por meio de normas de direitos fundamentais, de direitos a bens da vida a serem providos diretamente pelo Estado às pessoas; ou seja, prestações positivas.

A exigência de prestações concretas é que influencia a sua relação com o princípio da legalidade. Suas normas são de eficácia limitada, dependendo a sua exigibilidade perante o Estado da delimitação de seu âmbito de proteção por normas que veiculem as prestações concretas (normas infraconstitucionais). Antes da definição de uma obrigação estatal específica não há direito subjetivo a prestação derivada de seu conteúdo.

Isto se explica pelo fato de a concretização destes direitos pressupor precipuamente gastos públicos. De modo que necessária a sua previsão orçamentária por meio de lei, que define o quanto o Estado dispenderá com a sua garantia. Daí a exigência de custeio antes da concepção de direitos previdenciários e assistenciais (ainda que os últimos sequer sejam contributivos).

Os custos desses direitos e a exigibilidade de lei específica quanto às suas prestações é dos maiores obstáculos à interpretação teleológica das normas de direitos da seguridade social. Afinal, se a lei não prevê expressamente um direito, é certo que o orçamento não conta com a previsão daquela despesa. Por isso a polêmica na interpretação dos requisitos para o gozo de benefícios.

No contexto atual, a questão da exigibilidade de direitos sociais é também balizada pelos conceitos de reserva do possível e de mínimo existencial. Pelo primeiro, entende-se que a limitação de recursos materiais estatais conforma o caráter programático das normas relativas a direitos sociais. De modo que as prestações exigíveis com base nelas encontrariam óbice nas circunstâncias materiais do momento em que exigidas. Pelo segundo, entende-se que a necessidade de se conferir eficácia normativa as normas de direitos sociais, impele o reconhecimento de uma eficácia mínima, limitadora da discricionariedade do Estado no tocante às escolhas para sua concretização. Deste modo, ao menos o mínimo para a garantia da vida digna dos cidadãos deveria ser garantido.

b) De acordo com o caput do art. 20 da Lei 8742/93, que prevê o benefício em questão, é seu requisito a ausência de meios para a própria manutenção, ou pela manutenção pela família. A capacidade laborativa é um indício da possibilidade de sustento, mas sua presença não indica "per se" esta possibilidade. Com efeito, ainda que capaz de trabalhar, o deficiente pode enfrentar obstáculos sociais e ambientais derivados de sua condição, que dificultam sua inserção no mercado de trabalho face a outros indivíduos. Não por outra razão, atualmente a incapacidade é considerada fenômeno multidimensional pelo Decreto 6214/07.

Assim, ainda que plenamente capaz laboralmente, pode o deficiente fazer jus ao benefício.

c) Necessidade econômica para os fins da lei é a ausência de meios para a própria manutenção, ou pela manutenção pela família. Critério mencionado para a sua aferição é a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário-mínimo (art. 20, §3o da LOAS). Atualmente, o critério salarial, que já era relativizado há muito pela jurisprudência, não é mais o único considerado, sendo analisados outros fatores para a percepção da miserabilidade (art. 20, §11o da LOAS).

Caso venha a exercer atividade remunerada será suspenso o benefício do deficiente (art. 21-A da LOAS). Quando acessar a atividade o benefício poderá ser restabelecido, independentemente de novo laudo pericial (art. 21, §4o da LOAS).

Resposta #003098

Por: Sniper 10 de Outubro de 2017 às 23:40

a) Quais as principais diferenças entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda geração e qual a relevância de tal distinção para a aplicação dos direitos sociais, sob o ponto de vista do princípio da legalidade?

O direito fundamental de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos.

O direito fundamental de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais.

A diferença básica entre os direitos de primeira geração e o de segunda geração são que esses surgiram a partir de uma busca de igualdade, no qual só o direito de primeira geração não concedia, uma vez que ele surgiu com o intuito de garantir liberdades contra um estado outrora autoritário.

Assim, com essa distinção entre direitos de primeira e segunda geração, podemos afirmar que a partir do surgimento do direito de segunda geração, obrigado está o Estado a fazer aquilo que está previsto em lei (art. 37 da CF/88) para a aplicação dos direitos sociais.

b) Comprovada a necessidade econômica, a pessoa portadora de deficiência terá direito ao denominado benefício assistencial de prestação continuada, ainda que o laudo médico aponte pela capacidade laborativa para o exercício pleno de diversas atividades?

O Juiz não está vinculado ao laudo pericial, portanto mesmo que o laudo indique a capacidade laborativa para o exercício pleno de diversas atividades.

Todavia, no caso concreto, poderá o magistrado decidir fundamentadamente pela concessão da aposentadoria especial, uma vez que poderá ter a capacidade laborativa plena apenas para algumas atividades e não para todas aquelas atividades necessárias para um bom desempenho laboral. Desse modo, ficará limitado para o exercício do seu trabalho.

c) O que se entende por necessidade econômica e qual será a consequência para um portador de deficiência, que esteja recebendo benefício assistencial de prestação continuada, caso venha a exercer atividade formal remunerada?

A necessidade econômica é tudo aquilo que é indispensável para a sobrevivência do indivíduo.

O portador de deficiência que esteja recebendo benefício assistencial de prestação continuada perderá o benefício, se vier exercer atividade remunerada. Pois, o benefício é justamente para quem por motivo de deficiência perdeu a capacidade de trabalhar, se ele trabalha é por que não é deficiente, portanto não precisa do benefício.

Todavia, a Lei Organica de Assistência Social no art. 21-A, § 2º, preceitua que: *"A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício."*

Portanto, a necessidade econômica para um portador de deficiência física que esteja recebendo benefício de assistência social continuada não se vislumbra. Desse modo, imperioso é a suspensão do benefício, salvo exceção da LOAS, prevista no art. 21-A, § 2º.