

**A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL E
SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTROLE JUDICIAL DOS BENEFÍCIOS EVENTUAIS**

**THE CONSTITUTIONAL DISCIPLINE OF THE RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE
AND ITS IMPLICATIONS ON THE JUDICIAL CONTROL OF EVENTUAL
BENEFITS**

Giuliano Campos Pereira ¹

Raul Lopes de Araújo Neto²

RESUMO: O texto em referência propõe-se à análise jurídica acerca da nova dimensão constitucional sobre a consecução do direito fundamental à assistência social, advinda da atual conjuntura de efetividade dos direitos sociais, composta pela sistemática legal de proteção complementar entre saúde, previdência social e assistência social; com isso, busca-se observar as origens e a evolução doutrinária e normativa acerca da presente temática e a sua repercussão jurisprudencial. Em síntese, por intermédio de metodologia de abordagem exploratória, utilizando o procedimento de pesquisa documental e bibliográfica, aspira-se um resultado qualitativo que identifique as novas perspectivas institucionais das demandas sociais referentes ao acesso à assistência, tendo por objeto último a prestação adequada dos benefícios eventuais no âmbito da seguridade social, sobretudo nos municípios brasileiros.

Palavras-chave: Assistência Social. Controle Judicial. Benefícios Eventuais.

ABSTRACT: The text in reference proposes a legal analysis regarding the new constitutional

¹ Mestrando em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais (UFPI). Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo (ESA/PI). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (UNINASSAU). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal (INTA-FID). Graduado em Direito (UESPI). Advogado. Procurador Municipal. Professor do Curso de Direito da Uninassau. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7615301893702084>. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0007-5067-2875>. E-mail: giuliano.pereira@ufpi.edu.br.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília (2020). Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (2001). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1999). Professor e Coordenador Adjunto do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Líder e Coordenador do grupo de pesquisa "O Estado na efetividade dos direitos da Seguridade Social" da Universidade Federal do Piauí. Pesquisador convidado do programa "Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social" da Facultad de Derecho da Universidad de Salamanca - Espanha e do Centro de Investigação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Portugal. Professor convidado dos cursos de pós-graduação em Direito da Escola Superior da Advocacia do Piauí, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí e da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/8629191788212794>. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7413-0276>. E-mail: raullopes@ufpi.edu.br.

dimension on the achievement of the fundamental right to social assistance, arising from the current situation of effectiveness of social rights, composed of the legal system of complementary protection between health, social security and social assistance; With this, we seek to observe the origins and doctrinal and normative evolution regarding this topic and its jurisprudential repercussion. In summary, through the exploratory approach methodology, using the documentary and bibliographical research procedure, we aspire to a qualitative result that identifies the new institutional perspectives of social demands regarding access to assistance, with the ultimate objective being the adequate provision of benefits eventually within the scope of social security, especially in Brazilian municipalities.

Keywords: Social assistance. Judicial Control. Occasional Benefits.

INTRODUÇÃO

A seguridade social, embora de fácil compreensão em razão da organização promovida pela Constituição Federal, relacionada inicialmente com os direitos sociais, mas que com esses não se confunde integralmente e com clara estrutura normativa de áreas de atuação (previdência, saúde e assistência social), ainda possui um claro desnível entre tais ramos em termos de importância e contextualização jurídica enquanto direito fundamental.

Há igualdade no critério legislativo, com produção de textos legais pertinentes a cada seguimento, apesar dos questionamentos acerca destes, entretanto observa-se uma maior atenção doutrinária e jurisprudencial acerca da previdência social e da saúde, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em que basicamente se discute o direito subjetivo e a possibilidade orçamentária do Estado na sua concretização, sem a devida replicação desta no entorno da assistência social.

O estudo formulado tem como temática principal a evolução do dever de prestação da assistência social por parte do Estado, sob o influxo das relações sociais contemporâneas e como objetivo primeiro, discutir a possibilidade de questionamento judicial das prestações contidas na política de assistência social; com intuito de ampliar o debate jurídico, em torno do regime jurídico compartilhado entre os entes federativos, como forma de ressaltar suas inovações legais e sua clara e definitiva aproximação com as normas constitucionais, sem esquecer de promover discussão acerca da sua eficácia no cotidiano da sociedade.

Desta forma, o primeiro capítulo apresenta aspectos conceituais relevantes,

retratando a importância da evolução histórica acerca dos direitos sociais e sua importância como direito fundamental na atual ordem constitucional; bem como, sequencialmente, discorre sobre a repercussão nestes quanto à organização normativa de repartição de competência política e administrativa em nossa carta política.

No tópico seguinte, visualiza-se precipuamente, os elementos específicos e de maior relevância teórica e prática acerca dos benefícios eventuais, previstos na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), com a devida exposição dos requisitos legais mínimos assegurados na legislação federal genérica e as particularidades locais na sua concessão, com objetivo de erradicação da pobreza e preservação do erário público.

Por fim, a última seção expõe debate sobre as possíveis dimensões jurídicas da interpretação jurisprudencial na sistemática do seguro social, que proporcione, com observância à segurança jurídica e orçamentária, um maior resguardo aos direitos fundamentais a partir da pertinente compatibilidade das atribuições do Estado, contribuindo para a redução das desigualdades sociais e regionais, por intermédio da reanálise das premissas de acesso à assistência social.

Logo, o presente estudo é oriundo de pesquisa desenvolvida por meio de uma metodologia de análise bibliográfica, almejando resultado qualitativo, acerca das mudanças institucionais que estimulam o debate jurídico acerca da efetivação constitucional dos direitos sociais na sociedade.

1. O DIREITO SOCIAL E A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIA

A nossa atual ordem constitucional por meio de um complexo arranjo federativo, caracterizado por seu sistema de repartição de competências e arrecadação de receitas que rege a descentralização da forma do estado brasileiro e sua harmonia entre os entes políticos, garantiu o acesso ao direito à assistência social a quem dela necessitar e independentemente de contribuição à seguridade social, através de políticas públicas, conforme previsão constitucional.

Conforme definição corrente, a política pública “trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade (SARAVIA, 2006, p. 28); concretizando-se por um conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelos governos (nacionais,

estaduais ou municipais) com a participação, direta ou indireta, de entidades públicas ou privados que visam assegurar determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico, ou seja, correspondem a direitos assegurados constitucionalmente.

Assim, o direito à assistência social organiza-se político-administrativamente de forma descentralizada e com a participação da população, ou seja, não há um órgão central disciplinador e executor desta política pública, mas sim esferas distintas de preocupação social, respeitados os níveis de repercussão legislativa e de margem de gasto do erário público, devendo obrigatoriamente levar em consideração o impacto coletivo da concessão dos benefícios e se este está de acordo com a política pública pertinente.

Para garantir a efetividade da citada proteção, estabeleceu um sistema amplo de financiamento, o qual se dá de forma direta e indireta, por toda a sociedade. Além disso, determinou a competência administrativa e legislativa dos entes federativos, em relação a cada um dos subsistemas. (PIERDONÁ, 2015, p. 88).

De outro lado, o acesso às ações, serviços e prestações da assistência previstos em tal política pública deve ser universal e igualitário, mas somente a quem necessitar. A universalidade e igualdade são obtidas pela observância estrita à própria política pública criada abstratamente pelo Poder Público competente (Poder Executivo e Legislativo), em um primeiro momento. Ademais, só se obtém igualdade de atendimento observados critérios gerais (definição legal dos benefícios) e especiais (graus de risco social).

É indiscutível que o direito à assistência social é um direito fundamental de todos os cidadãos, a Constituição Federal de 1988 o definiu como um direito social, atribuindo ao Estado, por meio de atuação positiva, a responsabilidade de garantir o acesso a um serviço público de qualidade; no entanto, a efetivação prática do provimento de tal direito enfrenta inúmeros desafios, sobretudo a limitação dos recursos estatais.

A liberdade dos indivíduos não pode ser protegida a menos que a comunidade reúna seus recursos e os aplique de maneira

inteligente para prevenir e remediar violações de direitos individuais. Os direitos pressupõem um Estado eficaz, porque é somente por meio do Estado que uma complexa sociedade moderna é capaz de alcançar o grau de cooperação social necessário para transformar o papel e a tinta das declarações em liberdades efetivamente exigíveis. (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 196)

Como se observa, o direito fundamental em comento por integrar o cerne da seguridade social implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar todas as providências necessárias e indispensáveis para à sua promoção. Nesse contexto jurídico, se o poder público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, exercendo verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional.

Os direitos sociais fundamentais são direitos de prestação em seu sentido estrito, ou seja, são direitos positivos gerais a ações fáticas do Estado. No plano da fundamentação filosófica os direitos sociais fundamentais são direitos humanos cujo caráter ideal (validade moral) são fortalecidos mediante sua positivação (validade jurídica) (HORVATH JÚNIOR; SANTOS FILHO, 2015, p. 4).

A obrigação constitucional atribuída ao Estado em garantir amparo legal e material aos necessitados não nos permite esquecer que “o sistema de seguridade social também compreende a proteção privada, a qual se dá nas três áreas que compõem o conjunto de proteção” (PIERDONÁ, 2015, p. 93), implica em diversos deveres, como na responsabilidade de fornecimento de bens materiais, serviços públicos e acesso a direitos básicos àqueles que deles necessitam.

Essa responsabilidade baseia-se nos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, que reconhece o valor intrínseco de cada indivíduo e a importância de preservar não apenas o direito à vida, mas à vida digna, convergindo na assistência aos desamparados, presente no capítulo constitucional dos direitos sociais; bem como dos objetivos centrais da assistência social, que propõem os aspectos finalísticos das ações integradas do presente sistema, em especial a

redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza, na forma do recente inciso VI do art. 203 da Constituição Federal.

Igualmente, nessa estrutura normativa digladiam-se, equivocadamente já que se complementam, os princípios do mínimo existencial, que versa sobre a preservação das mais elementares condições de que o cidadão necessita para manutenção de sua subsistência pertinente à dignidade humana e o da reserva do possível, ponderando aquele, expõe a relação prejudicial desse direito básico com a escassez e preocupação das receitas públicas do Estado, frente a cada vez mais elevada onerosidade orçamentária.

O comedimento financeiro deveria ser o pesadelo do militarista, e não do professor primário ou da enfermeira do hospital. É um indício do mundo desordenado em que vivemos o fato de o professor primário e a enfermeira se sentirem mais ameaçados pelo comedimento financeiro do que um general do exército. A retificação dessa anomalia requer não a crítica ao comedimento financeiro, e sim um exame mais pragmático e receptivo de reivindicações concorrentes dos fundos sociais (SEN, p. 164, 2010).

Sendo este invariavelmente o principal cenário da conflituosa atuação no âmbito do Poder Judiciário, em razão da reserva de inafastabilidade no conhecimento e tratamento de conflitos, a par dos questionamentos e divergências quanto à exequibilidade judicial dos direitos sociais, sobremaneira o acesso aos serviços e prestações da saúde pública; potencializado ao longo dos últimos anos pelas considerações do julgamento da ADPF nº 45/2004 (STRECK, 2019, p. 109).

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do

indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado³.

No âmbito do direito constitucional a assistência social, comparando-se com os demais ramos da seguridade social (saúde e previdência), apresenta a menor estrutura normativa quanto à sua disciplina e organização, em claro contraste com a sua relevante importância, sobretudo prática, de concretização dos direitos fundamentais de semelhante social e de fator de redução das desigualdades sociais, traçando critérios mínimos para percepção de uma necessária existência vital básica.

De todo o exposto, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subsequentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e, acima de tudo, de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos), negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e, de modo geral, os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial (SARLET, 2013, p. 39).

A repartição constitucional de competências localiza-se dentro do título da organização do Estado e, a partir disso, estabelece critérios de aferição de legitimação de atos do poder público, com arrimo nas funções típicas de poder, em matéria legislativa ou administrativa e, no assunto ora abordado, corrobora a ideia de que as

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADPF nº 45/2004. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Questão da Legitimidade Constitucional do Controle e da Intervenção do Poder Judiciário em Tema de Implementação de Políticas Públicas, Quando Configurada Hipótese de Abusividade Governamental. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 03 mai. 2024.

questões fundamentais em desigualdade não são meramente técnicas, mas mantêm na esfera da política decisões morais com consequências sociais (MEDEIROS, 2023, p. 138).

A Constituição Federal primeiramente enumerou a competência não legislativa, material ou de execução, posto a regulação de ações entre os entes políticos e, respectivamente, apresentam hipóteses onde esta é exclusiva da União, marcada pela indelegabilidade do seu exercício, ou comum a todos os entes, por meio de cooperação destes, por meio de lei complementar.

Posteriormente, estabeleceu-se a competência legislativa ou de cariz normativo, critério de elaboração de leis, no primeiro esta é privativa da União, permitindo os Estados regular questões pontuais, por meio de lei complementar; no segundo trata-se de competência concorrente entre União, com normas gerais, e Estados e Distrito Federal, com normas suplementares ou mesmo gerais, caso aquela seja omissa, com possibilidade de suspensão de eficácia destas por sobrevir norma geral da União.

Aos Municípios há ainda, tanto a opção de legislar sobre interesse local, que é aquela não distinta dos demais entes, mas peculiar a sua própria existência, “tem um sentido polissêmico, e significa o interesse que atinge de modo premente o município, devendo por ele ser atendido” (MEIRELLES, 1993, p. 116); bem como de complementar a legislação federal e estadual, seguindo as suas particularidades políticas.

No presente caso, destaca-se o necessário cotejo entre a competência normativa presente no art. 22, inciso XXIII da Constituição Federal, que cabe privativamente à União legislar sobre seguridade social e a competência executiva (não legiferante) entre todos os demais entes políticos de “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”, exposta no artigo 23, inciso X da Constituição.

2. A SISTEMÁTICA NORMATIVA DOS BENEFÍCIOS EVENTUAIS

Como corolário de tais regras, o art. 204 da Constituição Federal preconiza financeiramente que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas inclusive por fontes diversas dos recursos do orçamento da seguridade social, previstos em seu art. 195, sendo a este indissociável a necessária descentralização político-administrativa, em que a coordenação e as normas gerais

são restritas ao ente federal e a organização e a execução dos respectivos programas estão afetas às esferas estadual e municipal, além das entidades beneficentes e de assistência social.

Deste modo, a efetividade dos direitos sociais tem maior amplitude definidora de proteção às contingências, demonstrada por uma maior margem criativa à atividade legislativa, mais ampla que na previdência social, que impera a previsão restrita de prestações criadas exclusivamente pelo ente federal e a regra da contrapartida e bem mais aprofundada do que na área da saúde, sendo que nesta há a garantia universal de acesso aos seus serviços públicos.

Tal constatação é demonstrada na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), em que é fixado os critérios legais da principal e mais notória prestação desta, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), porém, sem a mesma difusão houve a previsão na mencionada lei dos benefícios eventuais, de responsabilidade dos entes estaduais e municipais na sua instituição e com possível financiamento específico para tanto, conforme alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 42/2003, em que tornou-se facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida.

Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública.

§ 1º. A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social.

Deste modo, promove-se forte interação entre o objetivo fundamental da redução das desigualdades regionais e o objetivo da assistência social da redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza, por meio da interiorização da assistência social “o trabalho e a assistência

vivem uma histórica e contraditória relação de tensão e atração, mesmo quando reconhecidos como direito social” (PASSOS, 2018, p. 22).

Conforme exposto acima, quanto à estrutura de repartição de competências, os entes federativos devem internamente organizar seus sistemas próprios de prestação de assistência social, mas harmonizando-se com as normas gerais advindas dos entes superiores e participando do repasse de valores originários destes, em regime de colaboração federativa em prol da dignidade da pessoa humana, por isso decorre da vontade da Constituição, prevista na lei orgânica da assistência, a necessidade de criação em cada um desses entes de conselhos e fundos específicos para o cumprimento de tal mandamento.

Logo, à luz da Constituição Federal do Brasil, de 1988, em conformidade com os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, sob o ponto de vista da respectiva dimensão econômica, que batizamos de Capitalismo Humanista, é manifestamente relevante se reconhecer que, na construção da sociedade fraterna que venha a sustentar nosso Estado Democrático de Direito, a conquista integral da liberdade do Homem e de todos os Homens, pressupõe que a pobreza seja o alvo constitucional a ser erradicado (BALERA; SAYEG, 2019, p. 75).

Como decorrência lógica cada ente político promove a denominação e formas de concessão e prestação dos benefícios eventuais, sendo estes de semblante provisório e complementar, desde que comprovada a situação de necessidade social que põe em risco a manutenção vital do ser humano, a partir de determinadas contingências, sendo os mais comuns o auxílio-funeral, a concessão de cestas básicas, o aluguel social, a isenção de taxas de serviços públicos, o auxílio-gás e as demais prestações materiais necessárias.

É deste inter-relacionamento entre políticas públicas nacional, regionais e locais, representadas pelos seus respectivos conselhos, com sustentação no regime de fundos vinculados às suas atividades essenciais que há desde a Constituição de 1988 o remodelamento jurídico-institucional da assistência social, de prática benevolente de cunho voluntário e provisório em um direito social estável de

perspectiva tanto individual, quanto coletiva *lato sensu* (ALVES; ARAÚJO NETO; COSTA, 2023-2024, p. 4).

Disso decorre forte preocupação constitucional, não somente no sentido de ofertar um catálogo de direitos fundamentais de caráter social, mas inclusive em sistematizar instrumentos orçamentário-financeiros de concretização destas garantias na realidade do país, sem perder de vista sua característica pragmática, assim “a forma mais comum de vinculação de receitas é aquela instrumentalizada por fundos específicos e finalidades previamente determinadas, de forma a se mitigar o princípio de não afetação de despesas” (CARVALHO, 2010, p. 185).

Assim, não só a União - que tem maior notoriedade quanto a instituição de benefícios assistenciais -, mas na mesma proporção os Estados e Municípios brasileiros têm a obrigação política criativa e margem constitucional de discricionariedade legislativa para institucionalização, por meio do seu interesse local, da ampliação dos serviços e benefícios assistenciais para aqueles que deles necessitam, desde que observado seu respectivo orçamento local, com a coparticipação dos demais entes políticos, das entidades privadas e da sociedade.

A assistência social pressupõe uma não acumulação de meios e cobertura de necessidades. O indivíduo deve requerer e provar o seu estado de necessidade social. A proteção social assistencial visa a garantia e manutenção da dignidade da pessoa humana. Por sua vez devemos entender políticas públicas como opções do Estado para a efetivação dos interesses da coletividade protegidos juridicamente, com o uso dos recursos públicos. (HORVATH JÚNIOR; SANTOS FILHO, 2015, p. 7).

Observando isso, a Emenda Constitucional nº 42/2003 ao alterar o sistema tributário nacional trouxe previsão específica à assistência social, autorizando, conforme visto acima, de forma facultativa aos Estados e Municípios a criação de fundos próprios, com vinculação máxima de suas respectivas receitas públicas, no intuito de desenvolver programas de promoção social, desde que não houvesse destinação destas para despesas diversas da finalidade anteriormente definida, como em despesas com pessoal e encargos sociais, no serviço da dívida pública e em

qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

A Constituição Federal instituiu e consolidou um novo desenho institucional dos entes federativos, com maior relevância aos municípios brasileiros, que em regime de cooperação com os demais, dedicou aos mesmos posição de ente público com autonomia política, administrativa e financeira, com definição de competências, expressas ou não, primando pela obediência aos seus objetivos fundamentais, com destaque à promoção do bem de todos os brasileiros, sem nenhuma forma de discriminação; definindo clara prestação de serviços públicos (SILVA, 2021, p. 117).

Desta maneira, fortaleceu-se no âmbito da seguridade social a atuação efetiva de todas as esferas do poder público, seja de forma universal como na área da saúde pública, ou de forma exclusiva como na instituição de regimes previdenciários próprios, ou como no caso em questão pela coparticipação na manutenção da prestação de assistência social que torna sólida a percepção do fundamento constitucional da cidadania, fundamento e vínculo abstrato de inclusão do indivíduo na vida institucional do Estado.

3. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O fenômeno constitucional recente da segunda século passado, tratou sobre as consequências teóricas de uma constante transformação ocorrida no cerne do Estado, pois a “constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, 2020, p. 216), inerente à evolução interpretativa e valorativa do ordenamento jurídico, aproximando este, em sua integralidade, ao entendimento e a principiologia da força normativa da Constituição.

A fundamentalidade de direitos em que há concomitantemente uma norma-regra que determina que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata e uma norma-princípio que é a obrigação estatal de maximização dos direitos fundamentais, contribuiu para que se perdesse atualmente a relevância da discussão sobre se os direitos sociais poderiam ser questionados judicialmente, para se questionar os limites para tanto (CAPPELLETTI, 1999, p. 40).

Numa exacerbação desse modelo constitucional, assumiu-se que, da necessidade de concretizar a Constituição e da efetividade das normas constitucionais, sobretudo considerando a eficácia direta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição), decorreria a conclusão de que competiria ao Poder Judiciário explicitar o conteúdo do direito fundamental e prover a respectiva prestação jurisdicional. (QUINTAS, 2016, p. 33).

No nosso atual estado democrático os direitos fundamentais ganharam relevância não somente quando se afirmou o seu grau constitucional superior, mas de igual forma quando se promoveu sua defesa por meio de órgãos judiciais com instrumentos de acesso a estes, em razão das peculiaridades únicas dos direitos sociais na Constituição Federal, que embora sejam caracterizados pelas influências jurídicas estrangeiras, aqui tiveram dinâmica particular sobremaneira no domínio do processo judicial brasileiro na perspectiva da judicialização das demandas que envolvem direitos sociais (SARLET, 2013, p. 44).

Na sistemática da assistência social o grande impacto sofrido pelo ativismo judicial deu-se a partir do julgamento da Reclamação nº 4.374/PE pelo Supremo Tribunal Federal, definiu-se que o critério de miserabilidade, tão caro a presente matéria e afeto à deliberação legislativa, deve ser aferido pelo Poder Judiciário a partir do caso em concreto.

Registre-se que no citado julgamento o Supremo Tribunal Federal reconheceu que cabe ao legislador selecionar as etapas de efetivação do benefício assistencial em referência, em razão do equilíbrio econômico-orçamentário. Entretanto, apesar do citado entendimento, os ministros decidiram que cada juiz poderá analisar no caso concreto a situação de miserabilidade. Com a mencionada decisão, os membros do Poder Judiciário não precisam observar o critério selecionado pelo Legislativo, violando, assim, o preceito do art. 203, V, da Constituição, que determina a competência do legislador para fixar os requisitos

necessários à concessão do benefício (PIERDONÁ, 2019, p. 176-177).

A repercussão do entendimento, apesar de tratar objetivamente do benefício de prestação continuada, ultrapassa seus limites normativos e de impacto financeiro, pois refere-se ao elemento fundante do direito de acesso à assistência social, que não se restringe a tal prestação, além de que é inerente aos benefícios eventuais a margem de inovação legislativa, mas decorrente da situação do erário respectivo.

Consoante o capítulo anterior, a responsabilidade do Estado na disponibilização adequada da assistência mínima como garantia de uma vida digna é assunto de competência concorrente entre os entes políticos, cabendo a cada um deles no cerne do seu interesse local, por intermédio da sua política pública, estabelecer critérios de valor e concessão de benefícios, em razão, sobretudo, da proteção e manutenção de seu respectivo orçamento público.

Entretanto, mesmo que a concretude do acesso ao direito à assistência social a quem dela necessitar não possa estar resumida meramente pelas visões utilitaristas ou a partir da análise econômica do direito, é indissociável à sua própria razão jurídica de existir que este acesso se realize observando a escassez de recursos públicos, para que assim além de existir no ordenamento jurídico possa se manter na realidade social (SOARES JÚNIOR, 2018, p. 40).

A Constituição de 1988, apesar de sua imensa generosidade em mencionar direitos sociais, "pôs em especial destaque o papel dos orçamentos no planejamento dos programas e políticas públicas". Todo "o esforço institucional voltado à estabilidade e à responsabilidade visou - e visa -, sem dúvida, ao escopo maior do Estado, que é o desenvolvimento sustentável, capaz de tornar viáveis os objetivos fundamentais previstos no artigo 3 da Constituição Federal". Não pode haver dúvida de "que cumprir os orçamentos também é uma exigência constitucional". (JACOB, 2013, p. 255-256).

Em síntese, infere-se dois aspectos relevantes quando à judicialização dos direitos assistenciais, primeiramente, que é possível verificar que por mais que tais

segmentos da seguridade caminhem juntos, com mais destaque na constituição, estes devem ter tratamento diverso quanto à sua extensão material e aos meios processuais de resolução de conflitos individuais ou coletivos no Poder Judiciário.

Parte-se da premissa de que, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve atuar com deferência aos outros órgãos constitucionais. Trata-se não de uma deferência absoluta e abstrata, mas de uma deferência encontrada no julgamento do caso – que conduza a uma autocontenção se identificada a necessidade de socorrer-se da *expertise* do Poder Público –, da importância de considerar uma rede de relações e interesses interligados na implementação da política pública, da possibilidade de haver alternativas para enfrentar o problema constitucional (flexibilidade, negociação e criatividade) (QUINTAS, 2016, p. 33).

Segundamente, há um grande contraste entre as áreas da saúde pública e de previdência social, que formam o sistema constitucional de seguro social, junto com a assistência social, uma vez que esta ainda não dispõe de um número relevante de casos detidamente analisados na esfera jurisprudencial dos tribunais superiores, quanto aos contornos específicos da tutela jurisdicional ao presente direito social.

A solução de tão graves e tão amplos problemas, que exigem sérias e múltiplas escolhas eminentemente políticas, dentre miríades de possibilidades e termos de alternativa, a reclamar dados técnicos especializados e conhecimento global dos recursos disponíveis para cada uma das alvitradas destinações, não se amolda nem se reduz ao processo e à prestação jurisdicional, e alguma coisa vai muito mal quando se espera que o Poder Judiciário resolva esses problemas (ARAÚJO FILHO, 2019, p. 41).

Por fim, qualitativamente, a intervenção judicial deve propor um raciocínio sistêmico acerca do acesso à justiça e seus efeitos resolutivos no grau de extensão da assistência social no Brasil, como fator de otimização entre os princípios do não retorno da concretização com o da dependência da realidade constitucional

(MIRANDA, 2010, p. 32).

Desta feita, o histórico conflito entre o pensamento liberal, preocupado exclusivamente com a austeridade do gasto público, e a ótica social, essencialmente voltada para a concretização máxima de direitos, se reconfiguraria em preocupação comum com a manutenção econômica do Estado e suas obrigações constitucionais, como na nossa recente experiência, em que a necessária estabilização da economia iniciada na década de 1990 contribuiu de forma definitiva com os avanços das políticas públicas na década seguinte, sobretudo quanto ao amparo social às populações mais necessitadas e distantes do centro das decisões políticas.

CONCLUSÃO

A tradicional concepção constitucionalista acerca da consolidação e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, seja ela baseada no isolacionismo geracional ou no relacionamento dimensional entre fases de origem dos mencionados direitos, de que apenas os direitos sociais ou de segunda geração/dimensão necessitam de normas programáticas e atos de concretização na realidade social, por meio do implemento do gasto público, perdeu força para a noção da relevante participação do aspecto financeiro do Estado na realização de todo e qualquer direito.

Outrossim, soa bastante simplista buscar apenas a inserção de novos contextos acerca dos requisitos processuais à concessão de benefícios assistenciais no cotidiano do Poder Judiciário, tendo em vista, conforme anteriormente, que as disposições legais existentes em nosso ordenamento jurídico apenas fornecem o subsídio conceitual mínimo destes, cabendo a doutrina e, principalmente, à jurisprudência atualizar e aprimorar sua extensão prática.

Porquanto, torna-se significativo uma ampla revisitação às origens e finalidades do complexo constitucional e legal de estruturação partilhada de acesso aos serviços e benefícios assistenciais, sobremaneira à disciplina voltada à redução das desigualdades sociais de impacto local, como na atuação demonstrada neste da política pública dos Estados e Municípios, em que se promove a organização dos benefícios eventuais, desde que atente à especificidade de cada contexto fático de riscos sociais, beneficiários e regras de concessão.

Sem perder de vista a maior envergadura constitucional das decisões jurisdicionais no aprofundamento da sua atuação nos atos ilegais ou

desproporcionais, mas desde que ponderados com o desenvolvimento da responsabilidade fiscal no manejo do orçamento público, junto com a relevância política na sociedade dos instrumentos sociais de médio e longo prazo na definição e concretude das políticas públicas, ultimadas pelo Poder Público.

Portanto, a discussão formulada neste, além de especificamente expor a importância dos benefícios sociais no interesse local de erradicação da pobreza, sobretudo nos municípios brasileiros, também questiona a efetividade dos direitos sociais, sopesando não exclusivamente a extensão pura de tais direitos fundamentais violados, mas igualmente vocalizando esta com a devida atenção à gestão financeira do Estado, instrumentalizado pelas políticas públicas pertinentes.

Tão logo, o perene anseio programático à efetividade das normas constitucionais de cunho social permanece atual como a obra de Machado de Assis, em particular, no romance “Esaú e Jacó”⁴, a partir de curioso impasse vivenciado por Custódio dono de uma confeitaria na cidade do Rio de Janeiro, na tentativa de nomear a pequena tabuleta que anunciava seu negócio, é aconselhado pelo Conselheiro Aires a intitulá-la com seu próprio nome, concluindo ao final: as revoluções trazem sempre despesas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Luana Azerêdo; ARAÚJO NETO, Raul Lopes de; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. Colisão de princípios, a decisão judicial e os seus impactos na seguridade social. **Cadernos UNDB - Estudos Jurídicos Interdisciplinares**, São Luís, v. 6, n. 2, dez./jan. 2023-2024.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas**. Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal, 2019.

⁴ Livro publicado em 1904, em que o autor fluminense descreve de forma sutil e crítica, características que o aclamaram, as mudanças políticas e sociais do regime de governo ultimada na década anterior, como o receio de que mudanças futuras novamente alterarem a ordem constituída (até mesmo de renomear uma simples confeitaria).

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. O objetivo fundamental constitucional da erradicação da pobreza. **Revista de Direito Brasileira**. v. 22. n. 9. Jan./Abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, Tributário e Financeiro) - Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Tributário e Financeiro, São Paulo, 2010. Acesso em: 10 mai. 2024.

HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HORVATH JÚNIOR, Miguel Horvath; SANTOS FILHO, Osvaldo de SOUZA. A assistência social, sua efetivação enquanto política pública, o impacto da ideologia, do pensamento sistêmico através do movimento denominado ativismo judicial e sua consequência para os destinatários da proteção social. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 165/2015. p. 351 –378, 2015.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. **A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 255-256.

MEDEIROS, Marcelo. **Os ricos e os pobres: o Brasil e a desigualdade**. São Paulo: Companhia das letras. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de informação legislativa**. v. 47, n. 188 (out./dez. 2010). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198710>. Acesso em: 22 jul. 2024.

PASSOS, Luiz dos Passos. **O limbo da proteção social: entre a Assistência e a Previdência**. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (Coords.). *Benefício Assistencial: Teoria Geral – Processo – Custeio – A luta pelo Direito Assistencial no Brasil*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2018.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O sistema de seguridade social brasileiro. **Revista do CONPEDI-Madrid**. vol. 6. p. 86-104, 2015.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. **Católica Law Review**, vol. 3, 2019, p. 159-182.

QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais**. RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016. p. 31-51.

SARAVIA, Enrique. **Introdução à teoria geral da política pública**. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (Coords.). *Políticas Públicas – Coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios**. Revista CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. vol. 1/2013. p. 29-44, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo:

Edusp, 2021.

SOARES JUNIOR, Jair. **A influência do argumento econômico sobre o jurídico na aplicação do direito à assistência social.** In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JÚNIOR, Marcos Aurélio (Coords.). *Benefício Assistencial: teoria geral – processo e custeio.* São Paulo: LTr, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.