

# A justiciabilidade dos direitos sociais e separação dos poderes: uma proposta de abertura cognitiva

## Carlos André Maciel Pinheiro Pereira

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado. Membro do grupo Filosofia, Direito e Sociedade (UNI-RN).

## Nathânia de Medeiros Oliveira

Bacharela em Direito, Bacharelada em Filosofia e Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada. Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Norte (OAB/RN).

---

**Resumo:** Este artigo objetiva propor um modelo de decisão para a concretização dos direitos sociais no âmbito do Poder Judiciário. Utiliza o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa com suporte em fontes doutrinárias e legais. A análise parte da premissa de que a justiciabilidade dos direitos sociais implica uma postura proativa do julgador, o qual deve se manter aberto para recepção de informações advindas de órgãos do Poder Público, tendo por escopo a preservação da justiça substancial desenhada pela Constituição Federal. Observa ainda a possibilidade de a abertura ser realizada nos ditames do Novo Código de Processo Civil, com o uso do instituto *amicus curiae*. Por fim, propõe a criação de um órgão que faça previsões do impacto financeiro da decisão judicial no orçamento público, a fim de não prejudicar a realização de outros direitos.

**Palavras-chave:** Justiciabilidade dos direitos sociais. Justiça substancial. Reserva de consistência. *Amicus curiae*. Fundamentação das decisões judiciais.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Direitos sociais, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana – **3** Sistemas de justiça e o papel do Judiciário – **4** Pressupostos de legitimidade do juiz: do solipismo à abertura procedimental – **5** Uma proposta na reserva de consistência das decisões e na abertura procedimental: o *amicus curiae* e o caso dos núcleos de apoio técnico – **6** Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz um farto rol de direitos sociais, os quais envolvem garantias fundamentais e que, por vezes, estão ligados à dignidade da pessoa humana. Em tempos de ingerência dos recursos públicos, salta aos olhos

a ineficiência do Estado em concretizar as políticas públicas necessárias e surge a figura do juiz como protagonista da efetivação dos direitos sociais.

Ora, quando os gestores públicos deixam de atender aos comandos constitucionais, as omissões são levadas ao crivo do Judiciário, que determinará as medidas cabíveis para realização do pedido deduzido pela parte autora, enquanto credora material do Estado.

O questionamento que cabe ser feito é de que maneira o Judiciário pode concretizar tais direitos sem ferir a separação dos poderes ou prejudicar o planejamento público, uma vez que todas as decisões judiciais implicam um ônus financeiro, já que o ente estatal deverá arcar com as despesas das medidas necessárias para implementar o direito daquele cidadão que restou desassistido.

Neste contexto é que o presente estudo colhe seu objeto, intentando encontrar subsídios na filosofia do direito, no direito constitucional e no processo civil para formular resposta quanto à seguinte questão: de que forma a concretização de direitos sociais pode ser protagonizada pelo Poder Judiciário sem implicar um custo exacerbado para a Administração Pública?

No afã de buscar uma solução teórica, será utilizado o método dedutivo, com alicerce na pesquisa qualitativa da literatura jurídica e jusfilosófica, com breve menção a dispositivos legais. Ademais, deve ser ressaltado que este estudo assume como premissa basilar a possibilidade de interferência do Judiciário nas políticas públicas, fazendo-o com alicerce na decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45.<sup>1</sup>

Em termos estruturais, o artigo é iniciado com um tópico que trata sobre os direitos sociais, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, de modo a criar um terreno plano para erguer as proposições subseqüentes, que irão remontar sempre à essência destes direitos constitucionalmente assegurados.

No momento seguinte, serão discutidos os sistemas de justiça e o papel do Judiciário no que atine a judiciabilidade dos direitos sociais. Nesta etapa, trabalhar-se-á com a separação dos poderes, com o conceito de justiça e com o parâmetro ideal para a atividade jurisdicional no que atine os direitos sociais.

<sup>1</sup> “EMENTA: ARGÜIÇÃO 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. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)” (STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ*, 4 maio 2004).

Após, será realizado um contraponto quanto ao solipismo e à discricionariedade na perspectiva de uma abertura cognitiva do julgador, com forte influência da ação comunicativa, na teoria do discurso jurídico racional e na legitimidade procedimental das decisões judiciais.

Na última parte, proceder-se-á à construção de uma proposta, tendo em mira toda a edificação anteriormente feita, tratando tanto de aspectos processuais, bem como ofertando exemplos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 Direitos sociais, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana

Com a edificação do Estado Social, desponta a percepção de que as simples garantias individuais são insuficientes para que o cidadão desfrute de sua plena liberdade. Em que pese existirem as esferas de defesa perante os arbítrios estatais e a certeza de que o Estado não irá interferir na autonomia da vontade, devido às questões econômicas e sociais, nem todos os indivíduos encontram iguais chances de desenvolver a íntegra de seu ser.

O pressuposto que enlaça a passagem de modelos é descrito por Bonavides (2007, p. 188) no fragmento a seguir:

Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica. [...] O velho liberalismo na estreiteza não pode resolver o problema essencial, de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante.

São as movimentações em torno da “crise estrutural” vivida pela sociedade que levam a cabo todas essas preocupações com a “conservação da dignidade humana”. É do direito alemão, sob a Constituição de Weimer, que o modelo de Estado Social encontra positividade constitucional. A partir deste documento, as constituições portuguesa e espanhola feitas nos anos 70 propagam a positividade dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, vindo a influenciar a Constituição Federal de 1988 (LEDUR, 2009, p. 102-103).

Historicamente, como afirma Canotilho (2000, p. 474), a origem do Estado Social é indissociável da promoção das associações e organizações de defesa de direitos sociais, a exemplo do movimento operário e dos sindicatos. Daí que a nomenclatura “direitos sociais” é justificada, pois “seu objetivo à melhoria de vida de vastas

categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social” (DIMOLIS; MARTINS, 2012, p. 51).

Em termos de classificação, Martins e Dimoulis (2012) situam os direitos sociais como de *status positivus*, eis que o Estado deve interferir na esfera individual para fornecer ao indivíduo uma prestação material – ou imaterial. Há tanto a imposição de um dever estatal de legislação, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais no prisma infraconstitucional, quanto o de prestação de políticas públicas, materializando o conteúdo destes direitos e o acesso dos cidadãos a eles.

Como assinala Canotilho (2012), o dever prestacional corresponde à dimensão objetiva dos direitos sociais, já que haverá a densificação da disposição normativa contida no enunciado prescritivo. Por seu turno, a face subjetiva destes direitos, por conectá-los à essência do cidadão, se torna blindada de ataques estatais que objetivem a sua remoção da ordem jurídica.

Na medida em que o Estado age ativamente no sentido de “atenuar as desigualdades, estabelecendo moldes para o futuro” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 169), são concretizados os direitos sociais, que, no caso da Constituição Federal, encontram previsão no art. 6º.<sup>2</sup>

Entretanto, tais direitos encontram limites – ou óbices – na disponibilidade econômica, pois a alocação de verbas em um ou outro direito significa uma escolha do executivo na gestão da riqueza pública. Se aí está o limite econômico, no princípio da dignidade da pessoa humana encontramos o limite jurídico para os direitos sociais.

A dignidade da pessoa humana traz o âmago dos direitos fundamentais, incluindo aqui os direitos sociais, pincelando a essência e o núcleo essencial destes. Ao conceituar tal instituto, Sarlet (2012, p. 73) pontua a dignidade como:

[...] a qualidade intrínseca e distintivamente reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

É neste prisma que o direito a uma existência digna é consagrado como constitucionalmente assegurado, pois a dignidade da pessoa humana é o corolário de toda

<sup>2</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

ordem jurídico-política que pretende ser instalada – e perpetuada – através de uma Constituição.

Quando da ocorrência de omissões estatais na efetivação destes direitos, entra em cena a possibilidade de pleitear seu cumprimento pela via judicial – a chamada justiciabilidade dos direitos sociais. Para examinar a ocorrência de omissão, basta averiguar se o Estado foi omisso na adoção de medidas e se existe respaldo constitucional para aquilo que está sendo exigido do Poder Público (DIMOULIS; MARTINS, 2012).

Ao tratar do tema, Cogo Leivas (2006, p. 94) entende que a aplicabilidade imediata dos direitos sociais está conectada com a própria literalidade do texto constitucional, razão pela qual deve ser afastado qualquer requisito quanto à “programaticidade” destes, razão pela qual o Judiciário está apto a concretizar direitos fundamentais.

Para tanto, deverá o julgador utilizar-se da proporcionalidade em sentido estrito e da proibição de não suficiência para ponderar os princípios nos limites da reserva do possível (LEIVAS, 2006). A existência de restrições orçamentárias implica esse juízo de princípios, uma vez que toda a agenda financeira do ente público pode ruir, afetando outras políticas que também necessitam de implementação.

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan (2010) reconhece a importância da justiciabilidade dos direitos sociais, a despeito das querelas serem individuais e não coletivas. Na visão desta autora, ao analisar as decisões proferidas em relação a direitos à saúde e educação, existem parâmetros quando da ponderação de princípios que são visíveis nos julgados.

No caso do direito à saúde, há uma tendência de a ponderação priorizar o respeito à vida e o direito à saúde em “detrimento ao interesse financeiro e secundário do Estado”, efetivando assim a proteção constitucional, pois trata-se de um direito inviolável. Todavia, alguns magistrados tubeiam a argumentar que o Judiciário, por conta da separação de poderes, não deve interferir na conveniência da Administração Pública (PIOVESAN, 2010, p. 64-65).

No que toca ao direito à educação, as decisões seguem em linha semelhante, com o reconhecimento do dever estatal de garantir toda a infraestrutura necessária para que o cumprimento desse direito seja assegurado, não sendo possível levantar a insuficiência orçamentária como óbice (PIOVESAN, 2010).

Ao final do exame, aquela autora conclui que é necessário revisar as estratégias de litigância e a relação com o Poder Judiciário para que este seja um verdadeiro fórum de afirmação de direitos (PIOVESAN, 2010). No ponto das estratégias para otimização é que este artigo deseja lançar suas proposições.

Por derradeiro, a atuação do Judiciário encontra um limite, como identifica Gilmar Mendes (2014, p. 172):

Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não judicial.

Diante da afirmação do autor, deve ser ressaltado que o Judiciário não pode realmente criar direitos subjetivos, mas nada impede que, no manejo da proporcionalidade e em face de um caso concreto, o julgador estabeleça, em prazo determinado, que o Estado cumpra com determinado comando.

A exemplo disto podem ser elencadas as decisões<sup>3</sup> que venham a tratar sobre o acesso à água. Mesmo que não seja um direito explícito na Constituição, a espécie se amolda a um direito fundamental implícito, decorrente da cumulação ou leitura sistêmica de outros direitos e princípios. Os direitos implícitos são reconhecidos como uma possibilidade por Sarlet (2003).

Feitas tais considerações, a próxima seção pretende correlacionar o papel do Judiciário à luz dos sistemas de justiça e enfrentar a questão dos supostos limites da separação dos poderes.

### 3 Sistemas de justiça e o papel do Judiciário

Quando se pensa a separação dos poderes, há de se atualizar a ótica que é utilizada para compreender o instituto. Existe certo apego à noção restritiva para as competências de cada poder, de tal sorte que muito se assemelha à interpretação liberal dada ao poder estatal.

Na perspectiva histórica, a separação dos poderes advém de um período em que o objetivo era enfraquecer o poderio estatal, para que não fossem mais realizadas intervenções na vida social do cidadão (DALLARI, 2003), visando assim a uma

<sup>3</sup> “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL A ALDEIAS INDÍGENAS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. I - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, da Constituição Federal). II - Na espécie dos autos, não se mostra razoável aguardar-se pela morosa implementação do fornecimento de água potável a determinadas aldeias indígenas por parte da Administração Pública, sob o simplório argumento de que ‘a complexidade da elaboração e realização de determinadas políticas públicas - como as de saúde, por exemplo -, e a impossibilidade de o Judiciário realizá-las constituem impedimentos institucionais à concretização de direitos que estejam inseridos em tais programas, uma vez que estas searas são da competência do Poder Legislativo e, especialmente, ao Executivo [...]’, na medida em que, em se tratando da essencialidade do bem pretendido, quem está submetido ao estágio torturante de sede, não pode aguardar pela implementação da pretensão postulada no prazo desumano de 60 (sessenta) dias, impondo-se, na espécie, a intervenção do Poder Judiciário Republicano, para afastar qualquer ameaça de dano à saúde e à vida das comunidades indígenas, constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e 231, caput e respectivo parágrafo 3º). III - Agravo de instrumento provido” (TRF 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 67.053/MA 0067053-13.2012.4.01.0000).

divisão das funções outrora desempenhadas – e concentradas – na figura do monarca (KELSEN, 2000).

Não obstante a existência de um sistema de freios e contrapesos, o Judiciário não é mais mero aplicador da lei que dirime os conflitos cíveis (BONAVIDES, 2000) – como previam os liberais –, mas sim órgão incumbido de fiscalizar as exorbitâncias cometidas pelos outros dois poderes (DALLARI, 2003).

Além do mais, a existência do controle de constitucionalidade e conferência da guarda da Constituição ao Judiciário implica alavancar este poder como verdadeiro protetor da ordem jurídica. Não se pensa aqui somente na existência de uma corte constitucional, mas também na capacidade de cada juiz verificar a ocorrência de inconstitucionalidade dentro de suas funções.

O problema recai sobre a essência da decisão judicial, cujo efeito pragmático é exatamente o descrito acima: fiscalizar – e suprir, quando for o caso de omissão – a atuação dos demais poderes. Salta aos olhos o fato de existirem na jurisprudência brasileira diversos julgados que tratam de políticas públicas e concretização de direitos individuais e sociais, como a já mencionada ADPF nº 45.

Daí que não pode ser deixado de lado o fato de que a jurisprudência deve percorrer o “romance em cadeia”, formato de interpretação histórica que forme ao longo do tempo uma grande história, digna de ser contada (DWORKIN, 2003, p. 275-276). O teor desta história é justamente os princípios manejados pelo julgador Hércules, sendo “trunfos” (DWORKIN, 2002, p. XV).

No viés deontológico assumido por Dworkin, a aplicação dos princípios pode fundamentar as decisões per se, mas a grande questão é a capacidade do magistrado em realizar os cálculos necessários para sua correta aplicabilidade. Ora, a justiça como fruto da reconstrução do sistema impõe uma única resposta correta.

Por existir essa única resposta, é que Dworkin (2002, p. 127) se utiliza Hércules, já que: “O juiz continua tendo o dever de, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos da parte e não de inventar novos direitos retroativamente”. E eis que surge o ponto central: o julgador, ao ultrapassar a suposta barreira da separação dos poderes e implementar uma política pública, está a resolver um caso difícil.

Não obstante, deve ser visto que o próprio sistema de justiça comporta outra indagação: o que vem a ser justiça? Na concepção de John Rawls (2008), a justiça deve delinear quais estruturas devem ser adotadas pelas instituições do Estado e que papel político deve ser desempenhado pela Constituição. Por isso que a justiça se mostra como conceito central para a sociedade, pois aquela definirá o rumo a ser seguido por esta, no que tange ao modelo econômico.

Daí Rawls (2008) elege que a pactuação constitucional deve ser guiada pela igual liberdade, sendo este um princípio que detém primazia sobre a igualdade e a fraternidade, uma vez que o bem-estar social somente será alcançado por intermédio

do segundo princípio. Ademais, tem-se o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença, os quais ditam que as desigualdades devem ser estabelecidas para todos, no sentido de equiparar as disparidades sociais.

O escalonamento deste conceito alcança o próprio Judiciário, que no momento da reconstrução deve considerar uma métrica de justiça nas suas decisões, as quais terão o viés político de maximizar a melhor condição social dos hipossuficientes.

Deve se ter um senso de justiça, alcançando a justiça formal, desempenhada pelos órgãos estatais legitimados: “Em geral, tudo o que se pode dizer é que a força das pretensões de justiça formal, de obediência ao sistema, depende claramente da justiça substantiva das instituições e das possibilidades de reformá-las” (RAWLS, 2008, p. 72). Em outras palavras: o Poder Judiciário deve decidir com atenção à justiça substancial proposta na Constituição e alicerçado no farto rol de direitos fundamentais, bem como na dignidade da pessoa humana.

Aliás, o próprio fim político da decisão é proposto por Dworkin (2002, p. 128-129), pois os juízes atuam na forma de “delegados do Poder Legislativo”, pois isto seria feito pelo próprio legislador caso estivesse diante do caso difícil, lançando mão de uma resposta cunhada em fatos, argumentos e princípios de “mesma natureza” dos que orientariam a produção da instância legislativa.

Isto também vale para a implementação de políticas públicas: o Judiciário conta com um aparato argumentativo para justificar suas decisões, orientando sua atuação de suporte ao Poder Executivo, quando se depara com casos em que as omissões são patentes e as decisões estruturais se fazem necessárias.

Afinal, o papel do magistrado é dar sentido aos valores constitucionais, lançando mão do texto constitucional, da história e das ideias sociais. As falhas dos poderes levam a essa postura do julgador, que o faz sem estar alinhado ideologicamente com valores político-partidários, mas sim compromissado com os valores constitucionais (FISS, 1979).

Dito isso, a grande questão a ser debatida, dentro do presente tema, é como pensar na função do julgador diante do ônus argumentativo que será desempenhado para justificar uma interferência noutro poder. Justificativa que deve considerar uma série de efeitos, entre os quais estão os econômicos e financeiros, tendo em vista que parcela do orçamento público será deslocada por conta daquela demanda específica, o que pode acarretar óbices para a realização de outros direitos.

#### 4 Pressupostos de legitimidade do juiz: do solipismo à abertura procedimental

O grande problema do juiz Hércules é o solipismo: em sua solitária sina interpretativa, o julgador proposto por Dworkin finda em uma bolha hermética, fechada

aos anseios e perspectivas da própria comunidade jurídica – incluindo aqui tanto os cidadãos quanto o Estado.

A noção de que o primeiro é credor de uma política do segundo, que ao resistir à pretensão formula uma expectativa normativa. Isto deve ser visto para além da solitude de um magistrado virtuoso, absorvendo as pretensões de cada um dos envolvidos na demanda, até porque, como dito alhures, a decisão proferida irá ter efeitos na coletividade, o que torna ainda mais sensível a questão posta.

A fábula de Hércules faz a teoria de Dworkin oscilar entre a perspectiva do cidadão e do juiz – de um lado a legitimidade dos deveres judiciais e, de outro, a superioridade cognitiva que assegura uma interpretação superior às demais (HABERMAS, 1997). Necessariamente, o caráter monológico do trabalho hercúleo precisa ser revisado em prol da cooperação de todos os atores processuais.

É a partir daí que Jürgen Habermas propõe uma abertura procedimental, para que a eloquência de Hércules observe o papel do direito como meio de integração social e absorva as nuances que são necessárias para a efetiva prestação jurisdicional e manutenção do direito íntegro. Para tanto, o agir comunicativo deve fazer valer a interação entre os parceiros do direito para que dialoguem com suas perspectivas intersubjetivas (HABERMAS, 1997).

Nas palavras do autor: “A crítica à teoria de Dworkin tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma *teoria da argumentação jurídica*, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules” (HABERMAS, 1997, p. 280).

Em Habermas, a racionalidade da jurisdição parte das características semânticas para desembocar no plano pragmático, na esteira de que os participantes do processo demonstram quais suas expectativas e qual a consequência prática da adoção de uma ou outra interpretação. Daí que:

A fresta de racionalidade surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma sequência [*sic*] incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade de pretensão à “única decisão correta”, de outro lado, é fechada *idealizer* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade. (HABERMAS, 1997, p. 283)

Verticalizando a questão da abertura procedimental, deve ser lembrada a teoria de Peter Häberle (2002, p. 13), para quem o processo interpretativo deve incluir todas as “potências públicas participantes materiais do processo social”. Ora, essa ampliação do elenco de atores de processos aptos à interpretação aduz a uma maior preocupação com as pré-interpretações que podem ser produzidas, estando o caráter democrático da atividade jurisdicional ligado a isto, uma vez que o destinatário da

norma é aquele que irá suportar os efeitos pragmáticos da atividade hermenêutica (HÄBERLE, 2002).

Aliás, o autor vai para além dos simples participantes do processo, pois:

Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade. (HÄBERLE, 2002, p. 18)

Com base nesses postulados, a atividade do julgador pode ser repensada, para que os direitos sociais sejam concretizados de forma mais ampla – sem prejuízo de toda a sociedade. Assim, o juiz não pode estar fechado em um esquife hermenêutico, mas dever ser capaz de ouvir, entender e reconhecer que sua decisão é muito mais que um documento que põe fim a uma querela processual.

A atividade jurisdicional tem um ônus político, ainda mais quando o efeito pragmático resulta na realização de políticas-públicas, que perpassam por toda uma sistemática de conjecturas que estão para além de um mero projeto político-partidário proposto pelos membros do Poder Executivo.

O objetivo deste estudo é justamente propor um mecanismo de abertura procedimental e previsão dos efeitos da tutela jurisdicional, para que os diversos interesses sejam atendidos e a concretização dos direitos sociais pela via judicial seja verdadeiramente democrática.

## 5 Uma proposta na reserva de consistência das decisões e na abertura procedimental: o *amicus curiae* e o caso dos núcleos de apoio técnico

A reserva de consistência traduz a abertura procedimental da jurisdição, absorvendo a pluralidade de argumentos que nela são depositados. Trata-se de uma proposição presente na obra de Peter Häberle (2002) e que implica para o magistrado o dever de construir uma fundamentação para a decisão judicial que pacifique todos os interesses colidentes.

A legitimidade da decisão estará ligada ao diálogo com as partes e as justificativas racionais apresentadas pelo juiz aptas a demonstrar como foi não só a convicção última do dispositivo, mas também constar os elementos informadores, com o detalhamento de como os elementos fáticos e argumentos jurídicos deduzidos foram absorvidos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a).

Por isto que a solidão do juiz Hércules se dissipa: o juiz deve construir as respostas junto com as partes e a comunidade jurídica como um todo – julgar implica interpretar, também, as convicções comunitárias (GÔES, 2013).

O caráter dialógico é determinante para conferir a legitimidade da decisão e permitir sua sustentação perante a revisão das instâncias superiores. Em suma, o dever de dialogar é o que determinará a procedência ou não do feito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b).

Ademais, o Novo Código de Processo Civil prevê no art. 489, inc. IV do §1º,<sup>4</sup> que deverá a sentença enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo. Tem-se uma garantia para o jurisdicionado – e no objeto de estudo, para a Administração Pública – de que todas as consequências fáticas da decisão serão consideradas no momento que os efeitos pragmáticos forem alcançados.

Pois bem, a proposta deste estudo reside na criação de órgãos de auxílio aos magistrados, compostos por membros indicados pela Ordem dos Advogados, do Ministério Público e das Fazendas Públicas que, com a devida formação, irão indicar ao juiz qual será o impacto econômico da decisão no orçamento público e qual será a melhor maneira de concretizar aquele direito, a partir, inclusive, do rateio entre os entes daquele valor.

O magistrado não possui formação técnica para compreender o orçamento público, trata-se de uma incumbência do gestor público que irá alocar os recursos recebidos naquilo que se fizer necessário, nos termos do poder que lhe é conferido pela Constituição. Por isto se torna cogente uma câmara apta a fornecer pareceres orçamentários ao magistrado, que terá maior capacidade para exercitar a ponderação.

O canal processual para participação destes possíveis órgãos seria dado através do *amicus curiae*, instituto presente no art. 138 do Novo Código de Processo Civil<sup>5</sup> e que intervém para auxiliar o juiz, ofertando informações que fogem à sua formação padrão, além de contar com a faceta da participação ativa de possíveis interessados no processo (DEL PRÁ, 2011).

Aliás, no próprio ordenamento brasileiro, existem três possibilidades de manifestação determinadas por lei e alinhadas com a participação de autarquias e órgãos

<sup>4</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]”

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]”

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

<sup>5</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

administrativos: a da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, hipótese incluída pela Lei nº 6.616/1978, que modificou o art. 31 da Lei nº 6.385/1976;<sup>6</sup> do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que pode manifestar que se discuta a aplicação da Lei nº 12.529/2011, consoante determina o art. 118;<sup>7</sup> e do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, em que sua intimação dá-se por força do art. 175<sup>8</sup> da Lei nº 9.279/1996.

Quando trata da hipótese de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Del Prá diz que o objetivo do *amicus curiae* é:

[...] possibilitar que o juízo obtenha as informações e os esclarecimentos que, pela própria formação média do magistrado, provavelmente escapariam à sua apreciação, tudo sempre com vistas a proporcionar uma solução segura e consciente da real abrangência e influência de seus efeitos sobre o mercado de valores. (DEL PRÁ, 2011, p. 57-58)

A CVM tem uma atuação pautada na orientação de fatos extrajurídicos, ligados a elementos do mercado financeiro, contribuindo com informações e explicações para as cortes. Assim os efeitos das decisões sobre o mercado financeiro ficarão bastante claros. Como afirma Del Prá (2011, p. 71): “ o auxílio das informações trazidas pela CVM, pelo CADE e pelo INPI possibilita ao juiz obter melhor desempenho na construção da decisão”.

Ademais, outro exemplo que pode ser mencionado e que também serve de parâmetro para esta proposta – ainda que não conte com regramento legal, somente administrativo – é a criação dos Núcleos de Apoio Técnico ao Poder Judiciário – NAT-Jus, que ofertam aos magistrados pareceres técnicos relativos a medicamentos e que ajudam a subsidiar as decisões que envolvem entrega de medicamentos.

<sup>6</sup> “Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§1º A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§2º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§3º A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§4º O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes”.

<sup>7</sup> “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

<sup>8</sup> “Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

§1º O prazo para resposta do réu titular do registro será de 60 (sessenta) dias.

§2º Transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, para ciência de terceiros”.

Os NAT-Jus tiveram origem com a Jornada da Saúde, conforme se depreende do histórico contido no sítio virtual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (CNJ, 2017):

A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009). Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo.

Os NAT-Jus consistem em uma parceria firmada pelo Ministério da Saúde e o CNJ ofertando aos juízes um banco de dados alimentado pelo Hospital Sírio-Libanês, com evidências científicas sobre o funcionamento de substâncias e fármacos. Na compilação vão constar pareceres emitidos pelo NAT-Jus e outras entidades conveniadas (CNJ, 2016).

Com o êxito do programa mencionado, torna-se plausível imaginar um núcleo ou câmara com especialistas em economia e orçamento público, responsáveis por monitorar a atividade orçamentária dos entes, indicando ao magistrado a maneira mais eficiente de concretizar direitos sem colocar em risco o erário público.

## 6 Considerações finais

A despeito da farta quantidade de liberdades garantidas ao cidadão pela Constituição, é necessário que o Estado assuma uma postura ativa para que a sociedade tenha condições materiais de desfrutar de sua própria dignidade e que os indivíduos tenham condição de desenvolver todas as suas virtudes.

Daí se tem o imperativo de que o Estado deve minimizar, através das políticas públicas, as diferenças socioeconômicas, buscando uma melhor equiparação entre todos os sujeitos, implicando melhorias daqueles que se encontram em situações de hipossuficiência.

Enquanto responsável por trazer concretude às determinações do Poder Legislativo, as quais se espelham no texto constitucional, o Poder Executivo nem

sempre logra êxito em cumprir todos os desígnios que lhe são incumbidos. Seja por uma suposta falta de verba específica, seja por uma questão de ingerência do governante, a verdade é que o cidadão não pode ser deixado a sua própria sorte.

Diante disto, brota a justiciabilidade dos direitos sociais fundamentais, os quais asseguram ao particular a possibilidade de ingressar judicialmente exigindo que o Estado cumpra a demanda, ou, em casos mais extremos, solicitando ao magistrado que aprisione os valores e permita que a parte custeie o direito pretendido.

Sem sombra de dúvidas, para entender como correta esta atuação proativa do Judiciário é imprescindível compreender a separação dos poderes em uma perspectiva para além da liberal. O juiz não é mais boca da lei, mas sim um ator apto a concretizar os fins políticos previstos na própria Constituição, alcançando a justiça substancial que está incutida na essência dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Mesmo com esta possibilidade, salta aos olhos a hipossuficiência técnica do magistrado no que atine aos efeitos econômicas de sua decisão, de tal sorte que é possível que a efetivação de um único direito ponha em risco a consolidação dos demais, eis que haverá uma redução da verba pública disponível.

Com efeito, é possível trazer ao crivo do magistrado os impactos destas decisões, a partir da formação de um órgão que terá interação processual semelhante à do *amicus curiae*, asseverando maior eficácia para os julgamentos proferidos contra a Fazenda Pública. A intervenção deste órgão consultivo encontra alicerce na abertura cognitiva promovida pelo Novo Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser admitida sua participação em juízo.

O processo judicial não é mais um rito hermético, a serviço da cognição do juiz como principal sujeito processual. Na verdade, o processo deve ser uma construção entre todos os atores processuais – juiz, Estado e parte demandante, razão pela qual se impõem mudanças na maneira como os direitos sociais são tratados em juízo.

Por fim, deve-se ressaltar que este artigo tem uma inclinação para a filosofia do direito, sem pretensões de exaurir a temática ou até mesmo enfrentar temas específicos do direito administrativo. Assim, as proposições aqui feitas têm um caráter normativo – no sentido de provocar indagações e reflexões no leitor – servindo como um modelo a ser aprofundado no campo da dogmática jurídica em futuras pesquisas.

---

### **The social rights justiciability and the separation of powers: a cognitive opening proposal**

**Abstract:** This articles aims to propose a decision model for the social rights concretization in the realm of the judicial power. It utilizes the deductive method, with qualitative research based on the doctrinary and legal sources. The analysis starts with the social rights justiciability sending the judge into a active posture, taking this as a premise. The court must keep itself open for the information sent by the public offices, preserving the substantial justice written by the Federal Constitution. It observes that the procedural

opening must be made in the light of the New Procedural Law Code, with the use of the *amicus curiae* institute. In the end, it proposes the creation of a public office that makes provisions of the financial impact of the judicial decision, so it doesn't stop other rights from being materialized.

**Keywords:** Social rights justiciability. Substantial justice. Consistency Reserve. *Amicus curiae*. Judicial decision fundamentation.

## Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CNJ. *Fórum da Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude>>. Acesso em: 13 mar. 2017.
- CNJ. *Oficina para suporte em decisões da saúde será aberta por Cármen Lúcia*. 4 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83779-decisoes-judiciais-na-area-da-saude-terao-suporte-tecnico-de-especialistas>>. Acesso em: 13 mar. 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Voeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FISS, Owen M. The forms of justice. *Yale Faculty Scholarship Series*, Paper 1220, 1979. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1220](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220)>. Acesso em: 5 abr. 2017.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b. v. II.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). *Direitos fundamentais sociais: um guia de leitura* de São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; OLIVEIRA, Nathânia de Medeiros. A justiciabilidade dos direitos sociais e separação dos poderes: uma proposta de abertura cognitiva. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 9-24, jul./set. 2017.

---