

## 29 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Bruno Ribeiro Uchôas

(Aluno do 4.º período do Curso de Direito da UFJF; Integrante do projeto de pesquisa *Direitos Fundamentais em função da Dignidade Humana – Estudo comparativo em distintos contextos internacionais*, financiado pelo CNPq, coordenado pela Profª Cláudia Toledo)

Cláudia Toledo

Professora Associada da UFJF

(Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela UFMG; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela UFSC; Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel, Alemanha)

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais – Justiciabilidade – Incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ocupa o centro do debate contemporâneo a determinação do grau de intensidade e de abrangência com que o Judiciário pode concretizar direitos fundamentais sociais. Para essa determinação, é essencial o estudo sobre os instrumentos judiciais capazes de garantir a eficiência da atuação judicial. O presente trabalho analisa um instrumento processual inovador de tutela coletiva, que tem por objetivo a efetividade de direitos e se aplica de forma altamente relevante ao caso dos direitos fundamentais sociais. Trata-se do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, técnica que assegura de forma igualitária o acesso à ordem jurídica, contribuindo para a eficiência do Judiciário. O incidente está previsto entre os artigos 976 e 987 da lei 13.105/15 - o Novo Código de Processo Civil.

Ao longo da década de 1990, predominava na doutrina e jurisprudência brasileiras o entendimento de que, apesar de serem normas constitucionalmente declaradas, os direitos fundamentais sociais não passavam de meras normas programáticas, motivo pelo qual não caberia ao Judiciário manifestar-se a respeito das prestações deles decorrentes, já que, o controle judicial de políticas públicas era tratado como indevido. Hodiernamente, a maior parte da doutrina e da jurisprudência mundiais, considera a existência de dois tipos de normas, especialmente as constitucionais: normas que estabelecem apenas *deveres prima facie*, chamadas *normas objetivas* e normas que estabelecem *direitos subjetivos*, aos quais correspondem deveres jurídicos. Os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos à *prestação em sentido estrito* em face do Estado. O atual estágio em que se encontra a matéria retira-lhes a característica antes atribuída de promessas futuras para revesti-los de justiciabilidade, ou seja, de exigibilidade judicial. Em todo país, é crescente a determinação de

cumprimento das prestações positivas devidas aos jurisdicionados, mediante ações judiciais relacionadas aos direitos fundamentais sociais.

De antemão, é necessário distinguir *ativismo judicial*, termo recorrente na doutrina brasileira para tratar da expansão do número de demandas envolvendo maior protagonismo judicial, de *jurisdição*. Ativismo é o engajamento dos juízes, que ocasiona ingerência indevida por extrapolarem os limites de sua função, na medida em que pautam suas decisões não em argumentos de direito, mas em mero decisionismo casuístico fundado em convicções puramente subjetivas. Jurisdição, por sua vez, é a função precípua e democrática do Poder Judiciário de aplicar o direito, solucionando conflitos de interesses e garantindo a observância do ordenamento jurídico. Sendo os direitos fundamentais sociais justiciáveis, não pode o Poder Judiciário esquivar-se, quando provocado, de seu dever de julgar, em virtude do princípio formal da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5.º inciso XXXV da CF/88. Portanto, em face do princípio jurídico, a atuação dos juízes ao dar concretude aos direitos fundamentais sociais é um dever que não se enleia ao seu exercício de modo arbitrário.

A atuação do judiciário na concretização desses direitos é fundada no princípio da separação dos poderes, pelo que se relaciona com o princípio da democracia. O primeiro diz respeito à divisão de competência entre os três poderes estatais, que implica o seu controle recíproco, em virtude do sistema de freios e contrapesos. O segundo garante que, diante de omissão dos demais poderes estatais ou de sua atuação lesiva aos interesses do cidadão (que representam) e então contrária ao ordenamento jurídico (marcadamente nas questões que envolvem direitos fundamentais), deve o Judiciário atuar, pois é a Lei expressão da vontade popular. Portanto, a atuação do Judiciário de modo legítimo é devida no controle de i) Leis e atos da Administração Pública, ii) Omissão dos demais poderes, que impeça o exercício de direitos subjetivos. Nesses casos, o Judiciário desempenha tipicamente sua função jurisdicional.

Admitida a exigibilidade judicial desses direitos, ainda há duas questões que merecem ser enfrentadas: i) ausência de visão global do impacto da decisão proferida no julgamento individual; ii) tratamento desigual entre um e outro caso concreto. Demonstrar-se-á que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode solucionar tais problemas ou ao menos minorá-los.

O objetivo do incidente é permitir a identificação de litigiosidade repetitiva desde o primeiro grau de jurisdição, quando houver uma mesma questão de direito em discussão presente em diversos processos. O incidente é utilizado para que todos possam receber solução idêntica e vinculante. Dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça do estado de propositura da ação judicial em análise, ele será divulgado através de sistema eletrônico próprio, sendo comunicado em seguida ao CNJ para conhecimento e, posteriormente, será realizado seu julgamento em até um ano. Admitido o incidente, o tribunal estadual local, por meio de seu presidente, determinará a suspensão de todos os

processos pendentes sobre a questão jurídica em análise. Esse procedimento pode alcançar também todo o âmbito nacional, conforme dispõe o art. 982 do novo código, bastando, para isso, que o STJ ou STF, nos limites de sua competência regimental, conheça eventual recurso (especial ou extraordinário) e determine a suspensão de todas as ações no território nacional.

Em suma, trata-se de análise conjunta de uma mesma questão de direito presente em diversos processos, ficando as demais questões de fato e de direito particulares a cada caso, adstritas à análise pela instância competente para posterior sentença. Somente a *ratio decidendi* (tese geral) produzirá efeitos *erga omnes*, vinculando para o futuro os casos em que a mesma questão for apreciada.

O incidente de resolução de demandas repetitivas contribuirá para solucionar ambas as objeções, tanto para o problema da ausência de condições de generalização e consciência dos impactos gerados quanto para a violação dos princípios formais da segurança jurídica e isonomia. Cite-se, como exemplo do primeiro caso, o argumento da reserva do possível. Argumento rotineiramente levantado pelo Estado para obstar a concessão da prestação fática, a reserva do possível surge na decisão *Numerus Clausus* do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Na ocasião, foi afirmado o argumento fundado na (1) razoabilidade do interesse individual em contraposição ao interesse coletivo e na (2) não afetação do orçamento público. A diferença entre Alemanha e Brasil está apenas no enfoque, dando-se prioridade ao fundamento (1) na Alemanha e ao (2) no Brasil. Tanto em (1) razoabilidade quanto em (2) afetação do orçamento público a decisão terá maior grau de certeza e correção nos casos em que a técnica processual do Novo Código de Processo Civil for utilizada, porque reunirá, em uma só decisão, todos os processos em curso que tratam da mesma questão de direito, possibilitando assim, maior clareza das razões de fato e de direito e melhor noção do impacto orçamentário. Além disso, também é possível a contribuição de pessoas e entidades interessadas e de *amici curiae* que podem contribuir para que a decisão seja dotada dos elementos técnicos necessários para a formação da tese jurídica. Quanto à segunda objeção à justiciabilidade, fundada no tratamento desigual entre um e outro caso concreto e consequente violação dos princípios formais da isonomia e segurança jurídica, será totalmente superada na medida em que, para aqueles processos em curso, a decisão será a mesma e tendo a tese geral efeitos *erga omnes*, também se aplicará para os casos futuros, respeitando-se, no entanto, as técnicas de *distinguishing* (quando a tese firmada não se aplica ao caso concreto devido às suas particularidades) e *overruling* (revisão da tese pelo tribunal).

O incidente de resolução de demandas repetitivas trará importantes contribuições para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentre elas: i) segurança jurídica; ii) tratamento

igualitário em demandas repetitivas; iii) duração razoável do processo; iv) tutela efetiva; v) visão global do impacto das decisões judiciais.