

O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE À SEPARAÇÃO DOS PODERES

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE ASSETS OF FUNDAMENTAL RIGHTS
EFFECTIVE SOCIAL FRONT OF THE SEPARATION OF POWERS

Daniela Regina Riboli¹

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais e a discussão sobre uma possível afronta ao princípio da separação dos Poderes. Uma vez que o Poder Judiciário, para efetivar os direitos fundamentais sociais, precisa atuar em determinados casos intervindo na esfera dos outros poderes. Para esta análise o artigo verifica concepções de direitos fundamentais sociais, a diferença entre o ativismo judicial e a judicialização, bem como o princípio da separação dos poderes. Partindo destas noções iniciais analisa quando, e se, a atuação do Poder Judiciário é considerada uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais; ativismo judicial; separação dos poderes.

ABSTRACT: This article aims to study the role of the judiciary in the enforcement of fundamental social rights and the discussion about a possible affront to the principle of separation of powers. Since the judiciary to enforce fundamental social rights must act in certain cases intervened in the sphere of the other powers. For this analysis, this paper verifies conceptions of fundamental social rights, the difference between judicial activism and legalization, and the principle of separation of powers, leaving these basics analyzes when, and if, the role of the judiciary is an affront the principle of separation of powers.

KEYWORDS: Fundamental social rights, judicial activism; separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de evidenciar algumas considerações sobre o papel ativo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais frente ao princípio da separação dos poderes.

Para isso, o ponto de partida do presente estudo é a análise da concepção dos direitos fundamentais sociais, por meio do qual se buscará analisar os direitos fundamentais sociais à luz da Constituição Federal do Brasil de 1988. Bem como, serão examinados os direitos

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela UNOESC. Advogada com escritório profissional na cidade de Frederico Westphalen, RS. Email: daniriboli@hotmail.com.

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Professor da UNOESC. Coordenador Nacional da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça, da Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República. Email: gestaleal@gmail.com.

sociais em uma concepção que os inclui no rol dos direitos fundamentais, evidenciando as principais teorias e classificações dos direitos fundamentais sociais.

Na sequência, estudar-se-á a diferença entre o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização, a autocontenção da atuação do Poder Judiciário, sendo restringida para não intervir demasiadamente na esfera de atuação dos outros poderes. Sendo uma discussão de extrema relevância, ao passo que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição Federal.

Analisar-se-á também o princípio da separação dos poderes, o seu surgimento, a concepção bem como a importância que este princípio possui para evitar decisões arbitrárias.

Por fim, buscar-se-á estudar a atuação mais ativa do Poder Judiciário, na concretização dos direitos fundamentais sociais, e se existe uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Onde se buscará entender se é uma mera função do Poder Judiciário, ou se está atuando de forma interventiva. Analisando uma decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao que entende não ser uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

2 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A organização estrutural dos direitos fundamentais na Constituição se dá em um título e em capítulos deste título, sendo que o título II trata dos direitos e garantias fundamentais. Na sequência, iniciam-se os capítulos, sendo o capítulo I dos direitos e deveres individuais e coletivos, o capítulo II dos direitos sociais, no capítulo III expressa a nacionalidade, no capítulo IV explana dos deveres políticos e por fim no capítulo V estão elencados dos partidos políticos.

Os direitos sociais estão assegurados, no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no capítulo II “Dos Direitos Sociais”, em três artigos 6º, 7º e 8º e seus incisos e parágrafos. No artigo 6º, prevê a garantia do direito a educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade e à infância e a assistência social aos desamparados. No artigo 7º, estão assegurados os direitos do trabalhador, para a garantia de um trabalho digno. O artigo 8º possibilita a associação profissional ou sindical.

Os direitos sociais estão dentro do capítulo dos direitos fundamentais, conforme mencionado anteriormente, o que lhes atribui o caráter de direito fundamental. Os direitos sociais dominaram o século XX, sendo juntamente com os direitos culturais e econômicos os direitos de segunda geração. Esses direitos nasceram junto com o princípio da igualdade,

sendo este princípio a razão de ser dos direitos de segunda geração, onde também estão incluídos os direitos coletivos. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Assim, os direitos sociais surgiram juntamente com o princípio da igualdade, que traziam juntamente os direitos coletivos e tinham um caráter ideológico. Estes direitos inicialmente estiveram vinculados a idealismos visto que foram proclamados pelas Declarações. Primeiramente, a normatividade foi pequena, já que era duvidosa a eficácia desses direitos pois sua natureza exige uma prestação material do Estado.

Como não existia um instrumento processual para proteger os direitos sociais assim como havia quanto aos direitos da liberdade, estes direitos passaram por uma fase questionada. Mas após esta crise dos direitos sociais, as Constituições começaram a incluí-los com aplicabilidade imediata conforme os direitos de liberdade. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Nesse diapasão, até chegar à fase da aplicabilidade imediata os direitos fundamentais sociais, passaram por um longo processo de ajustes, uma vez que no seu início eram desacreditados pelo fato de ser necessária uma prestação do Estado e pela falta de mecanismos de aplicabilidade e proteção.

Bonavides explica que os direitos sociais fizeram com que surgisse uma consciência de proteção quanto à instituição, onde era valorizado não apenas o indivíduo identificado, mas sim o indivíduo em abstrato sem identificação específica. (BONAVIDES, 2012, p. 583). Em decorrência disso, começa a mudar a ideia de proteção, passa da proteção pessoal, para a necessidade de proteger as instituições, a sociedade sem especificar o indivíduo.

Por outro lado, para se conquistar uma “sociedade livre, justa e solidária” é necessário concretizar os direitos sociais, ao passo que a busca pela redução das desigualdades também se concretiza através de direitos sociais, tanto que são objetivos do Estado brasileiro. (BONAVIDES, 2012, p. 680). A busca pela proteção da sociedade traz a tona alguns direitos considerados indispensáveis para o Estado Democrático Brasileiro, que deve ser uma sociedade livre, justa e solidária, e a diminuição de desigualdades sejam efetivados.

Assim, tendo em vista a grande importância dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, Bonavides entende que estes direitos receberam uma garantia mais elevada, da mesma forma que a concedida às garantias individuais. Entendendo que não há diferença de valor entre os direitos individuais para com os sociais. (BONAVIDES, 2012, p. 680). Essa força normativa apresentada por Bonavides é observada quanto à inclusão dos direitos sociais nas cláusulas pétreas da Constituição Federal, tendo assim a mesma proteção

dos direitos de liberdades, onde não podem ser feitas emendas que tentem suprimir estes direitos. (BONAVIDES, 2012, p. 680).

Desse modo, houve uma valorização dos direitos sociais como decorrência de terem sido elevados a direitos fundamentais, o que lhes assegurou a valoração como cláusulas pétreas, reduzindo a possibilidade de serem alterados. Na Constituição Brasileira houve uma grande valoração quanto os direitos sociais, pois estes passaram a fazer parte do rol dos direitos fundamentais, onde as organizações sindicais tiveram influências para a redemocratização do país. (LEDUR, 2009, p. 77).

Nesse contexto, considerar os direitos sociais como direitos fundamentais trás a estes direitos uma carga de valorização, uma vez que vem junto o peso de ser cláusula pétrea, e de servir para nortear a Constituição. Além dos direitos sociais serem considerados direitos fundamentais, é importante observar que esses trazem consigo uma grande proteção aos direitos da sociedade, como um todo.

Na concepção de Sarlet, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, ao passo que se dividem em: direitos à prestação em sentido amplo e os direitos a prestação em sentido estrito. Nos direitos fundamentais sociais a prestação em sentido amplo resguarda a participação da sociedade na organização dos direitos. Já nos direitos fundamentais sociais na prestação em sentido estrito estão os direitos que necessitam de uma prestação material do Estado, como contrapartida. (SARLET, 2010, p. 260).

Na teoria de Sarlet, os direitos fundamentais sociais em sentido estrito dependem de uma contrapartida do Estado, de uma prestação material. Por outro lado em sentido amplo tratam da participação da sociedade na discussão da organização dos direitos e nos procedimentos.

Assim, segundo Sarlet, os direitos fundamentais sociais em sentido estrito dependem de uma contrapartida do Estado, de uma prestação material. Por outro lado, em sentido amplo, tratam da participação da sociedade na discussão da organização dos direitos e nos procedimentos. No mesmo entendimento de Sarlet, Alexy explica sua teoria e classificação dos direitos fundamentais sociais, com nomenclatura diferente, mas na essência evidencia-se o mesmo sentido.

Alexy entende que os direitos fundamentais se dividem em dois grandes grupos, o das ações negativas e o das ações positivas. As ações negativas são os chamados direitos de defesa e as ações positivas os direitos sociais. Dentro das ações positivas, tem-se ainda uma classificação quanto uma ação positiva fática e uma ação positiva normativa. Onde a fática

significa a ajuda através de subsídios e a normativa o auxílio por meio de criação de normas. (ALEXY, 2008, p. 202).

Nesse mesmo íterim, Bonavides entende que o *status* positivo significa as prestações que o indivíduo recebe do Estado através das exigências, onde são valorados os pedidos dos seres humanos feitos ao poder público, garantindo os direitos fundamentais com o princípio da participação da vontade da população nas decisões do Estado. (BONAVIDES, 2012, p. 685).

Assim, os direitos fundamentais em sentido estrito de Sarlet, a ação positiva fática de Alexy e por fim o status positivo caracterizado por Bonavides são os direitos fundamentais sociais que precisam de uma prestação positiva do Estado para serem efetivados.

Dessa forma, para realizá-los é necessário prestações do Estado, as quais nada mais são do que desejos e pedidos da sociedade, de sorte que Bonavides entende pelo *status* positivo as prestações recebidas pelo indivíduo do Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais foram resultados das lutas da sociedade, na maior parte delas, buscava-se uma maior participação da sociedade na concretização dos direitos sociais através de ações governamentais. (LEDUR, 2009, p. 78).

Na mesma linha do *status* positivo, vem o autor com a ideia de que para a concretização dos direitos sociais eram necessárias ações do Estado, com a participação da sociedade na escolha dessas ações. Quanto aos direitos coletivos, Canotilho explica que não são os direitos humanos de um cidadão de carne e osso, mas são os direitos de cidadãos não identificados individualmente. (CANOTILHO, 2003, p. 421).

No sentido de participação da sociedade e prestações do Estado, observa-se que não é o ser humano individualmente considerado, mas sim o indivíduo genericamente, como coletividade.

Os direitos fundamentais sociais são de todas as pessoas que fazem parte da comunidade, não sendo de um grupo específico, mas de todos, e as ações governamentais não necessariamente precisam agraciar a todos em quantidades iguais. (LEDUR, 2009, p. 82).

Os direitos fundamentais sociais não beneficiam a apenas algumas pessoas da comunidade, mas visam reduzir as desigualdades entre grupos sociais, não sendo obrigatório dar o mesmo peso a todos os grupos, pois objetiva reduzir as desigualdades entre os mesmos e equilibrar as relações.

Canotilho ainda discorre a respeito dos direitos sociais reconhecendo-os como direitos originários a prestações, uma vez que, ao mesmo tempo em que se reconhecem os direitos se assume a garantia em contrapartida de projetos que deem a base material para estes

direitos com exigibilidade imediata. (CANOTILHO, 2003, p. 477). No que se refere aos direitos sociais prestacionais, os mesmos garantem direitos à sociedade, mas para a sua aplicabilidade efetiva são necessárias ações concretas, as denominadas prestações do Estado.

A partir disso, a garantia dos direitos fundamentais sociais tem por objetivo contemplar o princípio da dignidade humana onde as pessoas tenham uma vida digna, em uma sociedade mais livre e solidária. (LEDUR, 2009, p. 83). Os direitos fundamentais sociais, assim considerados, visam proteger os cidadãos assegurando uma vida digna com uma sociedade melhor, com as desigualdades reduzidas.

Desta forma, é possível compreender que os direitos sociais são direitos fundamentais, que esses direitos sociais buscam garantir direitos da coletividade, objetivando reduzir desigualdades, já que os direitos sociais a prestações dependem de uma atuação positiva do Estado para serem concretizados, com isso viabilizam uma vida digna e uma sociedade melhor.

3 CONCEPÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos foi possível verificar uma busca maior pelo Poder Judiciário, ou seja, os cidadãos têm procurado mais a justiça, indo à busca da garantia de seus direitos através do Poder Judiciário.

Atualmente, as decisões judiciárias tem merecido destaque em jornais e nos diálogos dos cidadãos, observando que os indivíduos estão dando maior relevância para as decisões do Judiciário. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 1).

Assim, o Poder Judiciário tem desenvolvido um papel de extrema importância na vida dos cidadãos, onde muitas vezes estes depositam sua confiança na resolução de algum conflito.

Hodiernamente, recai a responsabilidade para o Poder Judiciário de garantir a justiça, não apenas de garantir o direito dos cidadãos, mas de assegurar a paz entre as instituições. Assim, cada vez mais o judiciário é acionado para resolver os problemas sociais. (GARAPON, 2001, p. 99-100).

Constata-se dois fenômenos ou consequências desta busca da sociedade por uma solução que venha do Poder Judiciário, a primeira é a da judicialização e a segunda é a do ativismo judicial. As quais possuem definições distintas, conforme se estudará neste artigo.

Iniciando por um conceito mais geral, Gesta Leal explica a concepção de ativismo judicial ao passo que seria uma mudança normativa pelas decisões do poder, ou seja, os casos

concretos analisados e decididos pelo Poder Judiciário alterando normas. (LEAL, 2011, p. 1-2).

Barroso entende que o ativismo judicial é uma participação mais ampla do Poder Judiciário para a efetivação de direitos constitucionais e com uma maior interferência na atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O Judiciário tem a possibilidade de uma interpretação no caso concreto em um sentido mais amplo, podendo expandir o alcance e o sentido do que está na Constituição. (BARROSO, 2009, p. 6).

Portanto, é possível compreender o ativismo judicial como uma atuação do Poder Judiciário mais amplo, na concretização dos direitos garantidos na Constituição através do caso concreto, quando não restou claro pelo Poder Legislativo. Esta atuação se dá através das decisões que acabam em alguns casos por criar novas normas.

Neste sentido Eros Grau indaga se é o Legislativo ou o Judiciário o responsável por produzir as normas jurídicas, uma vez que hoje as decisões estão nas mãos do judiciário, e que destas decisões é que são feitas as normas. Averiguando assim, que não mais são interpretadas as normas e sim das decisões do judiciário, interpretações, é que surgem as normas. (GRAU, 2013, p. 16).

Quanto às origens do ativismo judicial, estas remetem a ideia de jurisprudências norte americana. Quando a Suprema Corte teve uma atuação proativa confrontando o presidente com jurisprudência contrária a intervenção estatal. (BARROSO, 2009, p. 7).

Para compreender o ativismo é importante entender a sua origem, ao passo que surgiu através de jurisprudências das cortes americanas contrariando a intervenção estatal, tendo sido uma atuação ativa da corte.

Diferente do ativismo, a judicialização segundo Barroso pode ser compreendida como:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional Brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 3).

Dessa forma, é possível compreender a judicialização como a transferência de poder para que os órgãos do Poder Judiciário passem a decidir as questões que possuem grande

repercussão. Em outras palavras é trazer os conflitos para que o Poder Judiciário dê uma decisão.

Como o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão um pouco desacreditados no Brasil, a ideia é Constitucionalizar as matérias para que assim elas se transformem em direitos e possa ser buscado no Poder Judiciário, através de ações judiciais, fato este que possibilita levar ao Poder Judiciário as questões referentes às políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 4).

Essa constitucionalização de diversos direitos e a busca pelo Poder Judiciário é que tem gerado uma discussão a cerca de uma possível afronta ao princípio da separação dos poderes, ao passo que o judiciário estaria atuando na esfera dos outros poderes.

Streck explica a diferença entre judicialização e ativismo, onde a judicialização ocorre em decorrência de competências dos poderes que não são cumpridas, abrindo espaço para buscar no judiciário. Já o ativismo entende o autor que é dependente da visão de cada julgador, explicando ainda, que este não faz bem a democracia. (STRECK, 2013, p. 179).

Dessa forma, é possível identificar a diferença que existe entre estes dois fenômenos, onde a judicialização é a garantia da proteção ao direito de acesso à justiça, já o ativismo é a interpretação mais abrangente do que consta no texto constitucional. Ainda é possível identificar que existe uma possibilidade de tentar conter esta atuação do Poder Judiciário.

Barroso explica que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, em que o Poder Judiciário busca reduzir a interferência na atuação do Poder Legislativo e Executivo. Um exemplo desta autocontenção é abster-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 7).

O exemplo citado reflete um dos problemas da atuação do Judiciário na esfera dos outros poderes, na medida em que retrata que o judiciário através desta autocontenção busca não interferir na definição das políticas públicas, o que não exclui da apreciação do Judiciário outras questões referentes às políticas públicas.

O princípio da separação dos poderes também busca ser um balizador para que nenhum poder atue demasiadamente ou ultrapasse os limites de suas funções. Para que o poder não se concentre apenas a um poder e deste emane decisões arbitrárias. Assim, é possível compreender que o princípio da separação dos poderes também possui esta atribuição, de regular a intervenção exagerada de um poder na esfera do outro.

Importante destacar que esta separação dos poderes é relevante, mas também não é possível esquecer que o Judiciário possui a função de garantir direitos constitucionais casos em que não estejam sendo assegurados pelos outros poderes.

Barroso explica que o ativismo tem um ponto positivo, mas também tem um ponto negativo, o positivo é o de que o judiciário está atendendo demandas que o parlamento não conseguiu atender, mas que o ativismo deve ser algo eventual, posto que as críticas sejam no sentido dos riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e também limitar a capacidade do judiciário. (BARROSO, 2009, p. 9-10).

Portanto, observa-se que o ativismo judicial e a judicialização são fenômenos distintos, ao passo que o ativismo é uma interpretação mais abrangente e a judicialização são os problemas que a sociedade leva ao judiciário. Em nenhum destes casos podemos dizer que é o Poder Judiciário que está chamando a competência para si, uma vez que a todos está assegurado o direito do acesso ao Poder Judiciário, o que traz à tona toda a discussão dos problemas dessa atuação.

Assim, é necessária uma análise minuciosa para compreender esses fenômenos, não sendo algo simples, posto que envolva o Poder Judiciário que assegura às sociedades diversos direitos.

4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes começou pela ideia de Montesquieu, para evitar a tirania, nesse sentido, inicialmente será analisado este princípio para posterior análise de uma possível intervenção de um poder na esfera do outro, ou se seria meramente uma função do Poder Judiciário interferir na fiscalização da atuação dos outros poderes.

Montesquieu defende que existem três poderes, que podem ser compreendidos como o poder Legislativo, responsável por legislar, o Executivo, responsável por executar e o Judiciário, responsável por julgar. Entendendo que caso ocorra a concentração destes poderes nas mãos de um só estaria tudo perdido, pois se encontraria arbitrariedade e opressão. Uma vez que o mesmo monarca iria criar leis tirânicas e as executar tiranamente. (MONTESQUIEU, 2008, p. 169).

O princípio da separação dos poderes surgiu deste ideal de Montesquieu, ao entender que cada poder possui suas funções características e concentrar todas estas funções nas mãos de um só acabariam acarretando em leis arbitrárias e opressão para os cidadãos. Assim esta divisão de competências resta importante a tal ponto que estabelece limites para cada um realizar a sua função.

Quando é abordado o tema do princípio da separação dos poderes, Bonavides entende que é a divisão entre as autoridades públicas do poder, para que este não fique concentrado

apenas nas mãos de um e assim tenha estabelecido limites para os que governam. (BONAVIDES, 2010, p. 45)

Nesta divisão de poderes existem elementos caracterizadores que estabelecem uma harmonia entre a atuação de cada um dos órgãos, para que nenhum atue em uma competência que não lhe é inerente.

Afonso da Silva entende que a divisão dos poderes está caracterizada por confiar a cada órgão uma função governamental e não apenas para um órgão, possuindo dois elementos básicos, o primeiro a especialização funcional e o segundo a independência orgânica. Onde o primeiro significa que cada órgão é especializado para exercer uma função, já no segundo é que além de ter função especializada tem independência quanto aos outros para realizar as ações. (SILVA, 2009, p. 108-109).

No princípio da separação dos poderes, está assegurado que cada um possui suas funções e é independente, devendo estes poderes ter relações harmônicas no exercício de suas atribuições.

É possível compreender que a independência dos poderes se realiza quando um poder não precisa da vontade dos outros, que nas suas atribuições próprias não é necessário consultar ou ter autorização, cada órgão é livre para organizar os seus serviços. (SILVA, 2009, p. 110).

A relação entre os poderes deve ser de respeito e harmônica, para que cada um possa realizar as suas atribuições sem depender do outro, mas principalmente ter suas decisões respeitadas pelos outros poderes mantendo uma harmonia, sem conflitos.

Ainda, é importante destacar quando se pesquisa sobre a separação dos poderes e a sua independência, a característica de que eles devem ser harmônicos entre si, o qual busca um equilíbrio na busca do bem comum, sendo um sistema de freios e contrapesos buscando harmonizar a relação entre os órgãos e evitar arbítrios. (SILVA, 2009, p. 110).

A independência e autonomia dos poderes não excluem que em determinados casos seja possível um órgão interferir na atuação do outro, posto que venha junto à ideia de freios e contrapesos, para que um poder consiga intervir quando é necessário assegurar algo aos cidadãos, mesmo com o ideal de separação dos poderes estes podem se comunicar entre eles para esta concretização de direitos fundamentais sociais.

5 O PAPEL ATIVO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Os direitos fundamentais sociais na maioria dos casos necessitam de uma prestação positiva do Estado para ser concretizado, este fato é um dos mais relevantes quando se estuda a intervenção do Poder Judiciário na atuação dos outros poderes, uma vez que, em alguns casos quando o Poder Judiciário determina alguma ação para o Estado executar é para efetivar os direitos sociais, sendo relevante destacar que estas determinações envolvem custos além de interferir na autonomia do outro poder. Esse assunto tem gerado diversas discussões em relação a possibilidade de intervir ou não e de que esta intervenção afrontaria o princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, neste artigo busca-se evidenciar algumas situações controvertidas em relação a esta atuação mais ativa do Poder Judiciário ser considerada ou não como uma intervenção ou se pode ser considerada apenas como uma função sua na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Na busca pela efetivação dos direitos sociais encontram-se alguns obstáculos. O fato dos direitos sociais prestacionais em regra, exigirem uma prestação do Estado, pois estão vinculadas a distribuição e destinação de recursos, exige uma relevante dimensão econômica. Já os direitos de defesa, por serem caracterizados por condutas omissivas, a princípio, não são caracterizados pela dimensão econômica, porque independentemente da dimensão econômica podem ser garantidos. (SARLET, 2010, p. 284).

O principal motivo que gera discussões em relação à intervenção do Poder Judiciário na atuação dos outros órgãos, é nas políticas públicas garantidoras dos direitos sociais. Assim, além do fator de interferência na função de cada poder, quanto à criação de normas, referente ao Poder Legislativo, é importante destacar que também geram conflitos pelo fato de os direitos sociais dependerem, geralmente, de uma prestação positiva do Estado, realizada por meios econômicos, fato este que interfere na competência do Poder Executivo, que possui a discricionariedade na escolha da destinação do dinheiro público.

Assim, é possível compreender que os direitos sociais a prestações geram custos, porque necessitam de uma ação positiva do Estado, através de recursos e até mesmo de recursos humanos para a proteção dos direitos. (SARLET, 2010, p. 285).

Os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais acabam diversas vezes sendo obstáculos para a sua efetivação, em regra, isto não deve ser um fator impeditivo da realização destes direitos, mas merecem uma análise detalhada as teorias que defendem a reserva do possível e o mínimo existencial, pois caracterizam o debate sobre os custos dos direitos.

Sendo assim, existe em determinados casos a necessidade da atuação do Poder Judiciário para garantir os direitos constitucionais, ao passo que mesmo que gerem custos estes direitos fundamentais sociais precisam ser resguardados. E em caso de não ser efetivado, o Poder Judiciário possui a atribuição de guardião dos mesmos.

Mas não são em todos os casos que um poder pode intervir nas funções do outro, esta intervenção é uma exceção em casos de afronta a Constituição e abuso de poder, isto para evitar decisões arbitrárias e que o poder se concentre apenas em um poder.

Uma estratégia para moderar o poder político no liberalismo foi à separação dos poderes, onde a proposta é que o poder não se concentre apenas nas mãos de um dos poderes que é responsável por decisões. Assim, a decisão é distribuída entre os órgãos controlando arbitrariedade. (SOUZA NETO, 2006, p. 31-32).

A separação dos poderes não é estanque, uma vez que busca evitar arbítrio em função de uma concentração demasiada de poder nas mãos de um só órgão. (SOUZA NETO, 2006, p. 33).

O princípio da separação dos poderes traz em seu significado a ideia de que o poder não pode ficar apenas nas mãos de um órgão, para evitar decisões e ordens arbitrárias, então, essa divisão nas tarefas e nas funções, feita pela separação dos poderes acaba por dividir o poder e também as decisões. Um poder controla o outro poder, através das funções que possuem, em casos excepcionais é que o Poder Judiciário intervém na atuação de outro poder.

Nesse sentido, em relação à intervenção do Poder Judiciário na atuação dos outros poderes, Henning Leal aborda essa questão, analisando que o Poder Judiciário está tentando realizar a sua tarefa de garantir os direitos aos cidadãos e por diversas vezes é acusado como se invadissem a discricionariedade administrativa ou legislativa, por não estar atuando apenas na fiscalização. (LEAL, 2011, p. 222).

Ainda sobre o tema, a autora discorre que para o Poder Judiciário poder exercer sua função de controle de constitucionalidade e esta ser efetiva, é necessário que também seja garantido em face do Poder Legislativo. (LEAL, 2011, p. 226).

A autora entende que a atuação do Poder Judiciário na esfera dos outros poderes é simplesmente para o controle de constitucionalidade, para assegurar que os direitos constitucionais sejam garantidos aos cidadãos.

Por outro lado, na Constituição Federal encontra-se assegurada a garantia de que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser apreciada pelo Poder Judiciário conforme se verifica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Esta garantia de que o Poder Judiciário poderá apreciar a lesão ou ameaça aos direitos trás ao Judiciário mais uma atribuição, uma vez que quando outros poderes estiverem lesando os direitos dos cidadãos, estes podem buscar guarida no Poder Judiciário, para ver seus direitos assegurados, sem que isso seja considerada uma intervenção na separação dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado quanto à intervenção ou atuação do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes, diferenciando quando esta atuação é considerada lesiva ao princípio da separação dos poderes ou quando esta atuação do Poder Judiciário é necessária para assegurar os direitos garantidos constitucionalmente:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NOS ATOS PRATICADOS. SÚMULA 279/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que ao Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, só cabe exercer o controle de atos administrativos na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder. Precedentes. Dissentir do entendimento do Tribunal de origem e concluir que os atos praticados pelo Tribunal de Contas local foram irregulares exigiriam uma nova análise dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. RE 762323 AgR, Relator(a): Min. LUIZ ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. <acesso em 20 jan. 2013>

Em relação à atuação do Poder Judiciário, segundo entendimento do STF, para não ferir o princípio da separação dos poderes a ação deve se restringe em exercer o controle de atos administrativos na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder. O que exceder a isso a Corte Suprema, entende que não deve interferir.

Por outro lado, em alguns casos excepcionais é necessária a intervenção do Poder Judiciário, conforme se verifica:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações

excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido. (STF. RE 762242 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. <acesso em 20 jan. 2013>

Da mesma forma, entende a Corte que em casos excepcionais a intervenção do Poder Judiciário é necessária para a garantia dos direitos constitucionais, um exemplo é a saúde, considerada como um dever do Estado. Assim, o judiciário pode determinar que a administração adotasse algumas medidas para assegurar esses direitos garantidos pela Constituição, sem que isso seja considerado uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Estes são dois casos exemplificativos da atuação do Poder Judiciário em relação ao princípio da separação dos poderes, uma em que se observa a atuação apenas nos casos de controle de atos administrativos que demonstrarem abuso de poder ou ilegalidade, no segundo caso é a garantia do direito a saúde, posto que seja um direito essencial garantido na Constituição Federal.

O princípio da separação dos poderes surgiu com a ideia de evitar abuso de poder e arbitrariedade, dessa forma, quando um poder precisa intervir na atuação de outro poder a principal preocupação é esta, que não se tenham decisões arbitrárias. Mas em alguns casos é necessária esta intervenção para garantir os direitos que estão assegurados na Constituição Federal.

Dessa forma, não é possível compreender que o Poder Judiciário interferindo na atuação dos outros poderes sempre será negativa, ou que sempre será positiva, não é possível generalizar o pensamento. É necessário observar e analisar o caso concreto, para assim vislumbrar se é necessário que haja uma intervenção do outro poder.

Conforme foi possível observar pelo entendimento da Corte tem, no sentido de que em determinados casos deve intervir sem que isso seja considerado uma afronta ao princípio da separação dos poderes, mas em determinados casos deve se abster.

Esta interferência em determinados casos deve ser considerada como a busca pela garantia dos direitos constitucionais, quando estes direitos são lesados ou sofrem ameaça é possível buscar a proteção do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, sendo também uma função do Poder Judiciário realizar estas garantias.

6 CONCLUSÃO

O artigo buscou abordar de forma resumida a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, quando estes não são concretizados pelo órgão competente, resta aos cidadãos buscarem guarida nos órgãos do Poder Judiciário. Ocorre que em determinados casos, recorrer ao Poder Judiciário acaba por acarretar determinadas obrigações para que os outros órgãos cumpram. E é exatamente neste momento que surge a discussão quanto a estas decisões do Poder Judiciário ser uma afronta ao princípio da separação dos poderes, posto que gere uma obrigação, um dever a ser cumprido.

Assim, para este estudo inicialmente analisou-se a concepção dos direitos fundamentais sociais, a sua positivação na Constituição Federal, além das teorias que os classificam, uma delas é a de Alexy que entende que os direitos sociais são as ações positivas.

Posteriormente estudou-se a diferença entre o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização, verificando que a judicialização é um fenômeno que ocorre em função da garantia constitucional de que ameaça ou lesão a direito serão apreciados pelo Poder Judiciário.

Na sequência, examinou-se a concepção do princípio da separação dos poderes. Onde foi possível compreender que esta separação de tarefas é necessária para que não existam decisões apenas de um órgão e que este comande todos os outros, assim eles se complementam e deve existir em harmonia, cada um respeitando a atuação do outro.

Por fim, no último tópico do presente artigo examinaram-se algumas situações em que existe a concretização dos direitos fundamentais sociais através de decisões do Poder Judiciário e quando estas decisões são consideradas como uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Compreendendo-se que no entendimento da Corte suprema existem casos excepcionais em que o Poder Judiciário deve atuar para assegurar os direitos da constituição aos cidadãos e existem casos como intervir na atuação nos casos de controle de atos administrativos que demonstrarem abuso de poder ou ilegalidade não afronta o princípio da separação dos poderes.

Diante do exposto é possível vislumbrar que não se pode generalizar a decisão de intervir um poder na esfera do outro, posto que esta intervenção seja muito delicada, onde de um lado envolve o guardião dos direitos assegurados na Constituição e de outro os poderes responsáveis por concretizar os direitos fundamentais. Mas é importante frisar que quando estes poderes não estiverem assegurando ou estiverem ferindo estes direitos garantidos pela

Constituição deve haver sim a intervenção do Poder Judiciário para restabelecer a segurança dos direitos dos cidadãos.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 762323 AgR, Relator: Min. Luiz Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223764&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 762242 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223364&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de jan. 2014.

CANOTILHO, Gomes J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina editora. 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: Os desafios do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do Ativismo Judicial: Aspectos teóricos-práticos da experiência Norte-Americana e Brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monica Clarissa Henning. (org). **Ativismo judicial e déficits Democráticos:**

Algumas experiências Latino-Americanas e Européias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro – Quem deve efetivar os direitos fundamentais em uma democracia? In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKUHLER, Hans Jorg; HAHN, Paulo. (org). **Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010.

SANTOS, Boaventura De Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** N. 65. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1995. Disponível em: <<http://web.ces.uc.pt/ces/publicacoes/oficina/065/65.pdf>>. Acesso em: 14 de jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.