A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcos de Oliveira Pinto, Juiz de Direito, titular da Comarca de Simão Dias. Mestrando pela Universidade Gama Filho/RJ, na área de concentração "Direito, Estado e Cidadania".

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo proceder a uma análise acerca do princípio da separação dos poderes, enquanto base do Estado Democrático de Direito, e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, verificando, neste aspecto, a relação entre eles existentes e a posição do indivíduo, membro de uma sociedade, perante o próprio Estado.

Para tanto, em primeiro lugar, se pretende a demonstração de como a separação dos poderes se constituiu em fator de necessidade para o Estado Liberal, procedendo seu exame a partir das idéias que surgiram no decorrer do século XVII e seguintes, em oposição ao Estado Absolutista, que suprimia a liberdade do indivíduo, concentrando o poder e a produção normativa unicamente na pessoa do monarca.

As idéias de John Locke, Monstesquieu e Jean-Jacques Rousseau, representantes do jusnaturalismo, em oposição ao Estado Absoluto, fomentaram e solidificaram a organização política do Estado com limitação do seu poder, ou seja, passou-se de uma sociedade onde o destino de todos estava nas mãos do rei, para uma organização social baseada na obrigação do Estado de prestar segurança aos seus integrantes, de promover o bem comum e de possibilitar o seu próprio controle, quanto aos atos de poder por ele praticados.

A segurança do cidadão passa a se concretizar pela previsibilidade das ações do Estado. O direito é genérico e impessoal. O papel do juiz, então, cinge-se em declará-lo, sem possibilidade de introduzir em suas decisões suas convicções pessoais, seus valores. A garantia do indivíduo é preservada e fundada sob o prisma do pacto social. A união de todos em sociedade, na transferência de

parcela de seus direitos, autoriza o entendimento de que o Estado não pode fazer mais do que o que recebe, não pode ir contra a vontade geral e nem contra a finalidade para o qual foi instituído, qual seja a de prestar paz e segurança aos indivíduos.

Partindo dessa visão, adentra-se no exame das garantias concernentes aos direitos fundamentais do cidadão, tais como a questão relativa aos direitos humanos e à própria segurança pública, e seu enquadramento atual frente à separação dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto às limitações e competências destes e a necessidade de se dar efetividade a tais direitos fundamentais.

O estudo, por evidente, adentra no campo do Direito Constitucional, da própria Constituição Federal do Brasil de 1988, quanto a nova hermenêutica dos princípios ali encartados, de forma explícita ou implícita, e que dizem respeito aos direitos fundamentais do cidadão e da necessidade de se promover a eficácia dos mesmos diante da organização social e política do país. Objetiva-se também uma análise acerca de eventuais colisões de princípios e a sua forma de solução, de modo que se garanta ao indivíduo a preservação dos seus direitos em face do Estado.

Em conclusão, pretende-se demonstrar o desdobramento da problemática quanto à eficácia jurídica dos princípios constitucionais inerentes aos direitos fundamentais, à separação dos poderes e ao papel do Poder Judiciário na solução dos litígios envolvendo o indivíduo e o Estado.

2. O ESTADO LIBERAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VISÃO HISTÓRICA.

A formação do Estado Moderno, com a crise do sistema feudal, representou a centralização do poder e a unificação do território, evoluindo-se para as Monarquias Absolutistas, sistema de governo centrado na pessoa do monarca. O poder de dizer o direito e de executá-lo, prestando a própria justiça, residia na pessoa do rei. O poder absoluto deste contrastava com a insegurança do indivíduo, que não tinha previsão das ações do governante, tendo que se submeter às regras e ordens que lhe eram impostas, inclusive pela força.

Neste sentido, válido observar o pensamento de Thomas Hobbes, adepto da escola contratualista, que entendia a origem e a formação do Estado, e, por conseguinte, da própria sociedade, partindo da idéia de elaboração de um *contrato*, posto que antes deste os homens viviam em total desorganização e sem qualquer forma de poder. O Estado surge, deste modo, com a união dos indivíduos e o estabelecimento de regras de convivência social e subordinação política, fazendo controle da própria tensão que existe entre as relações do homem com o próprio homem. O poder do monarca, portanto, representando a norma e a

força, é absoluto e ilimitado, numa relação de submissão entre os súditos e o rei, como forma de estabelecer a ordem e garantir a convivência do indivíduo em sociedade. Disso resulta, no Estado Absoluto, na total falta de responsabilidade do monarca, vez que o contrato se forma entre os súditos, em decorrência do que surge o seu poder.

Em oposição a este sistema de governo, surgiu a idealização do controle do poder do Estado, fixando-se como finalidade deste proporcionar aos indivíduos paz e segurança.

John Locke (1632-1704), considerado o pai do individualismo liberal, em seus *Dois Tratados sobre o Governo*, inicia por analisar o denominado estado de natureza, sendo este a situação em que o indivíduo se encontra antes de se organizar em grupo social. No estado de natureza todo indivíduo encontra-se em igualdade, seguindo a lei da natureza, onde ninguém tem mais que o outro, como também não pode dispor de si mesmo ou do outro, nem de suas posses, pois isso contraria a razão das coisas. No estado de natureza possível é a eliminação de um indivíduo para preservação do outro, revidando-se ao ataque do agressor, já que este representa o transgressor da lei da natureza, que exige a defesa da vida. Nesse estado, portanto, cada indivíduo dita sua própria jurisdição, é o juiz de suas próprias causas, o que, por evidente, traz inúmeras implicações em virtude da própria parcialidade de suas deliberações. Nisto, reside a necessidade do governo civil, mas para cuja formação é necessário o acordo do grupamento humano de constituir uma sociedade e estabelecer um corpo político.

A crítica ao Estado Absoluto reside justamente no fato de se demonstrar ser inconcebível que o rei possa ser juiz de sua própria causa e de seus súditos, sem qualquer tipo de controle. À tirania defende-se o direito de resistência. Válido neste aspecto, observar a seguinte assertiva:

> Nenhum homem na sociedade civil pode estar isento de suas leis. Pois, se algum homem puder fazer o que bem lhe aprouver e não houver nada na Terra a que se possa apelar, para reparação ou segurança, contra qualquer malefício que ele venha a causar, pergunto se ele ainda não estaria no mais absoluto estado de natureza, não podendo, portanto, ser parte ou membro dessa sociedade civil, a menos que alguém diga que o estado de natureza e a sociedade civil são a mesma e única coisa, e ainda não encontrei nenhum patrono tão grande da anarquia que chegasse a afirmar isto.[1]

[1] MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito.* São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 145.

Locke, do mesmo modo, desenvolve um conceito de propriedade baseado na idéia de direito natural do indivíduo já existente à época do estado natural, tendo o trabalho como o fundamento originário desse direito. Do mesmo modo, sustenta que para a formação da sociedade civil verifica-se um pacto de consentimento na vontade geral para a formação e organização política do Estado. Nisto reside a fixação de leis diretivas da sociedade civil, assegurando ao indivíduo o direito à vida, à liberdade e aos bens adquiridos, móveis e imóveis. Quanto aos fins da sociedade política e do seu governo, assevera ele que:

> Assim, quem quer que detenha o poder supremo ou legislativo de qualquer Estado está obrigado a governá-lo por meio de leis fixas e estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não mediante decretos extemporâneos, por meio de juízes imparciais e probos, aos quais cabe decidir controvérsias seguindo essas leis; e a empregar a força da comunidade no país apenas na execução de tais leis, ou no exterior para impedir ou reparar injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso deve estar voltado para nenhuma outra finalidade senão a paz, a segurança e o bem público do povo.[2]

Sustenta Locke que a parcela de poder dada pelo indivíduo ao Estado jamais pode ser retomada, salvo se dissolvida a própria sociedade, devendo sempre ser respeitada a forma pela qual esse poder foi entregue, se de forma definitiva ou temporária, exceto em situações de desrespeito pelo detentor do poder quanto aos limites que lhes foram estabelecidos. Nisto, aponta também ser inimigo da sociedade o governante ou súdito que busca violar os direitos estabelecidos para o próprio governante ou para os governados, indo de encontro à Constituição e à estrutura de um governo justo.

Charles Louis de Secondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, na sua memorável Obra *O Espírito das Leis*, oferece também valorosa contribuição para o fortalecimento da idéia da separação dos poderes e de suas limitações. Estabelece ele, quanto às leis, que as relações de justiça são anteriores às leis positivas, que as orientam, afirmando que "A lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana."[3]

---

[2] MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito.* São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 149.

[3] Montesquieu/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Espírito das Leis* (Vol. I. -Livro I – cap. III). p. 42.

Quanto aos tipos de governo (regime), Montesquieu diferencia a monarquia, onde existe um só governante, mas com o respeito às leis estabelecidas; a república, onde governa o povo; e o despotismo, onde governa a vontade de um só. Ao tratar da simplicidade das leis criminais nessas diferentes formas de governo, demonstra ele que quanto mais valiosa for para o sistema a vida do súdito, bem como seus bens, mais respeito e observância se efetivará com relação ao procedimento judicial. Justamente o contrário ocorre no sistema despótico de governo, onde a simplicidade da solução dos problemas demonstrar a insegurança do indivíduo. Nisto destaca Montesquieu, "No governo republicano, os homens são todos iguais; iguais também são no governo despótico; no primeiro, porque são tudo; no último, porque não são nada"[4].

No exame da Constituição da Inglaterra, efetivado também por Montesquieu, elabora ele suas observações quanto às funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, defendendo a necessária independência entre eles, como também estabelecendo regras de interpenetração das suas funções, como se verifica no julgamento pelos pares em casos de crimes políticos, demonstrando, assim, que a total independência entre os poderes também não é totalmente conveniente. Quanto a apontada importância de separação das funções dos poderes, afirma o mesmo que:

> Por outro lado, não existe liberdade se o Poder Judiciário não for separado do legislativo e do executivo. Onde ele está reunido ao Legislativo, a vida e a liberdade do súdito estarão expostas ao controle arbitrário; porque, então, o juiz seria o legislador. Onde ele está reunido ao Poder Executivo, o juiz pode comportar-se com violência e opressão.
>
> Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo, seja de nobres ou do povo, exercesse esses três poderes, o de promulgar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as querelas dos indivíduos.[5]

A noção de liberdade do indivíduo, portanto, reside na própria noção de segurança frente às regras de ordenação social pela lei, visto que ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não permite, nem a deixar de fazer aquilo que ela permite. O próprio papel do juiz é seguir a letra da lei, é ser a boca da lei. Nisto vislumbra-se uma regra de segurança, posto que o indivíduo fica livre das inter-

[4] MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 162.

[5] MORRIS: 2002. p. 167.

pretações parciais, dos valores pessoais do juiz, já que este nada mais tem como função do que dizer o direito, de expressar unicamente a vontade da lei. Deste modo, permite-se à sociedade, diante das regras estabelecidas, conhecer as suas obrigações, de comportar-se como estabelecido na regra.

A teoria da separação dos poderes tem por base um sistema de controle de um poder pelo outro, do poder advindo da monarquia pelo poder oriundo do povo, ou seja, se faz necessário que ao poder do rei se possa contrapor o poder popular, disso resultando o império da lei e a administração de paz e segurança para o indivíduo, visto que deste modo fica ele protegido, livre, das ações irresponsáveis, arbitrárias, do soberano, em oposição, portanto, ao verificado no Estado Absoluto.

O *Contrato Social*, obra célebre de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), é marco na solidificação do entendimento da organização e forma de legitimação do poder político. A passagem do estado de natureza para o estado civil, o pacto social, a liberdade civil e o exercício da soberania, bem como a diferenciação entre o governo e o soberano, além do próprio surgimento da propriedade, são aspectos desenvolvidos no sentido de demonstrar como se organizou a sociedade política e como se estabelecem as relações entre o Estado e o indivíduo.

"O HOMEM NASCE LIVRE, e por toda a parte encontra-se a ferros."[6] Nisto reside a idéia a partir da qual Rosseau procura demonstrar como o homem deixou o seu estado de natureza e evoluiu para o estado em sociedade. Como sua liberdade, no estado natural, foi substituída pelas regras estabelecidas pelo Estado, que o aprisionam e limitam o seu comportamento. Desenvolve então a idéia do pacto social, por meio do qual o homem chega à conclusão de que é necessário buscar uma forma de organização social que permita a preservação de sua própria pessoa e de seus bens, o que é tido como não possível no estado de natureza, onde através da resistência se busca a preservação. Essa união permite ao homem uma maior organização, que lhe garanta a sobrevivência e a manutenção de sua propriedade, mas que também lhe proporcione liberdade, posto que cada indivíduo concede parcela de seus direitos em favor da comunidade, de modo que cada um perde parte desses direitos mas também recebe dos demais indivíduos a parte dos direitos que eles também concederam. Arremata o citado autor que:

> Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e

[6] Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Contrato Social* (Vol. I. -Livro I – cap. I)." p. 53.

> maior força para conservar o que se tem.
> Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: 'Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo'.[7]

O poder soberano, portanto, resulta da união das parcelas de direito que são transferidos pelos indivíduos em sociedade, permitindo observar, pois, que o soberano não pode atuar por interesses diversos do corpo social, sob pena de cair em total ausência de legitimação quanto às suas ações. O que homem, por outro lado, "[...] perde pelo contrato social é sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo que tenta obter e consegue obter; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui."[8] A liberdade do indivíduo em sociedade, portanto, encontra limite na vontade geral. Ao indivíduo, do mesmo modo, é garantido o direito à propriedade de seus bens, baseado no usufruto e no trabalho desenvolvido pelo homem.

O soberano, dentro da visão do pacto social, portanto, tem poder limitado, visto que existe e atua em benefício da sociedade. Neste sentido, demonstra Rosseau que o pacto social fornece ao corpo político poder absoluto, que lhe permite dispor do corpo social da forma que é mais vantajosa para todo o grupamento, tudo sob direção da vontade geral, que é justamente a isto que ele dá o nome de soberania. O soberano, entretanto, não pode impor aos indivíduos nada que contrarie a lei da razão ou a própria lei da natureza, posto que se assim agir estará indo de encontro à vontade geral, contra o próprio grupamento social, que tem como objetivo a felicidade de todos, com igualdade de direitos e ideal de justiça comum.

A limitação do Estado decorre da imposição de leis pela vontade geral, como condição da associação civil. Quanto às leis destaca principalmente as leis políticas, ou fundamentais, as leis civis e as leis penais. As primeiras dizem respeito acerca da relação do Estado consigo mesmo, do soberano com o Estado. As leis civis se referem às relações entre os indivíduos ou destes com o próprio Estado. Por fim, as leis penais se estabelecem em decorrência da relação entre o indivíduo e a lei, quanto ao cometimento de desobediência e à imposição de

[7] Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). p. 70-71.
[8] MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito.* São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 218.

sanção pelo ato transgressor da norma.

A diferenciação entre o governo e o soberano, segundo Rosseau, reside no fato de que o governo é o legítimo exercício do Poder Executivo, enquanto que governante é a pessoa do príncipe ou do magistrado, o homem que é encarregado da administração do governo. Esta distinção é salutar, principalmente quando se parte para uma análise do Estado limitado pela lei, pois os atos do governante contrários à vontade geral são despidos de legitimidade, por irem de encontro ao corpo social, ao bem-estar de todos.

Partindo para a análise dos princípios que norteiam as diversas formas de governo, finda Rosseau por estabelecer uma relação entre o tamanho do Estado e a forma de governo, ou seja, estabelece que para os Estados pequenos se admite o governo democrático; para os Estados médios, o governo aristocrático; e para os Estados grandes, a monarquia. Embora desacredite no regime democrático, a ponto de dizer não ser aplicável aos homens, mas aos deuses, finda por dizer que o bom governo é aquele que proporciona o bem-estar do povo, que lhe garante prosperidade.

A falta de legitimidade do governante, quanto ao abuso de governo e sua tendência a degenerar, reside nas situações em que o príncipe deixa de administrar o Estado de acordo com as leis e usurpa o poder soberano, bem como quando os membros do governo usurpam separadamente o poder que deveriam exercer apenas na condição de um corpo. Nisto reside um desvirtuamento da finalidade do governante, seja de um só ou de um conjunto de representantes, cujas ações tendem a esbarrar no que determina a vontade geral.

Feitas tais análises, é de se ver que as idéias desenvolvidas por Locke, Montesquieu e Rosseau, fundamentais para o surgimento da idéia de limitação do poder do Estado em prol da segurança do indivíduo, enquanto ser social e submetido às regras de convivência, servem de base para o entendimento do princípio da separação dos poderes, tal qual hoje vigorante nos Estados Democráticos de Direito.

Abandonou-se a idéia de total submissão do homem ao Estado, da perda total de liberdade em razão do poder absoluto do monarca, partindo-se para a idéia de organização política como garantidora dos direitos do cidadão. Ao invés da insegurança proporcionada pelo poder absoluto do rei, a segurança jurídica do indivíduo em sociedade, tanto nas suas relações com os outros indivíduos, como na sua relação com o próprio Estado, cuja obrigação é proporcionar o bem-estar social, com o estabelecimento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides que:

> Em suma, é o velho artigo da doutrina clássica que ainda perdura em nossos dias, naturalmente escoimado dos vícios e das incompreensões derivadas da extrema rigidez de sua aplicação nos ordenamentos constitucionais do liberalismo.

> Sua acolhida, por uma das Constituições contemporâneas do Estado social, revela, portanto, irretorquivelmente, a legitimidade dessa conclusão: onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado onde impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu.[9]

3. UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da questão relativa aos direitos fundamentais tem por finalidade, ressaltando a importância do princípio da separação dos poderes, que após o surgimento do Estado Moderno direcionou a organização das sociedades políticas para a segurança do cidadão e a limitação do poder do Estado, demonstrar, na atualidade, a necessidade de se dar eficácia a tais direitos, preservando o indivíduo nas suas relações sociais e com o Estado, indicando o papel do Poder Judiciário como garantidor desses direitos, sem, no entanto, invadir a esfera de competência dos demais poderes constituídos, Executivo e Legislativo.

É evidente que os direitos fundamentais norteiam nas sociedades modernas as ações do Estado, sejam estas executivas, legislativas ou judiciais. Todavia, é evidente, já que estruturado o Estado Democrático de Direito com base na separação dos poderes, que o Judiciário desempenhe sua função judicante voltado agora para o social, para a situação do indivíduo dentro da sociedade, de modo que a função de garantir paz e segurança ao homem, e, por conseqüência, de lhe proporcionar bem-estar, esteja sempre sendo realizado segundo as regras relativas à eficácia dos direitos fundamentais, consoante previstas na Constituição.

Não se trata de se estabelecer uma ditadura do Poder Judiciário ou de qualquer outra supremacia deste com relação aos demais Poderes, Executivo e Legislativo. Pretende-se apenas que a interpretação das regras e princípios constitucionais dos direitos fundamentais proporcione ao indivíduo o estado de liberdade dentro da sociedade, garantindo os princípios básicos da dignidade da pessoa humana, em sua relação com o próprio Estado.

O desenvolvimento das políticas públicas, constitucionalmente previstas como obrigação do Estado, a exemplo da política de segurança pública, deve estar voltada para a realidade, posto que de nada adianta se garantir ao indivíduo uma norma de proteção estatal em sociedade, sem que na prática tal não se concretize.

---

[9] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 511.

Se o Estado, enquanto Poder Executivo, na sua suprema obrigação de proporcionar paz e tranqüilidade aos indivíduos, se omite, abre-se a possibilidade de se judicializar a questão, de modo que se possam analisar os desvios de finalidade ou qualquer outro vício que esteja a comprometer o direito fundamental de segurança pública, sem que com isso agridam competências, mas impondo conseqüências jurídicas ao ato omissivo.

3.1. UMA ANÁLISE ACERCA DA COLISÃO DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de se prosseguir na questão relativa aos direitos fundamentais tendo por base a relação indivíduo e Estado, urge observar a possibilidade de se verificar conflito entre os próprios direitos fundamentais, enquanto princípios encartados na Constituição.

É certo que a aplicação das regras tradicionais de interpretação implicam em diversos problemas quando a questão envolve direitos fundamentais, tendo em vista a ocorrência de colisões verificadas entre tais direitos. Neste sentido, válido registra o que afirma Robert Alexy:

> O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser desenvolvido de forma estrita ou ampla. Se concebido de forma estrita, então devem ser consideradas apenas aquelas situações que envolvam colisões de direitos fundamentais. Aqui se pode falar de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Uma concepção mais ampla permite considerar as colisões de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum. É o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. [...].[10]

A colisão de direitos fundamentais em sentido estrito se refere às situações em que o exercício ou a realização do direito fundamental de um indivíduo produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de um outro indivíduo, o que pode ocorrer com relação a direitos fundamentais idênticos ou não. Por outro lado, a colisão de

[10] ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo. p. 2-3.

direitos fundamentais em sentido amplo se refere à colisão de direitos fundamentais com valores protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo.

Na solução da questão relativa à colisão dos direitos fundamentais, cumpre de logo destacar o fato de que tais direitos previstos na Constituição devem ter força vinculante, a exemplo do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna Brasileira, e, portanto, suas normas são judicializáveis, ou seja, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário. Deste modo, impõe-se a efetividade de tais normas/princípios. Segundo Robert Alexy, pois, "[...] não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização."[11]

O entendimento de representação dos direitos fundamentais através de um caráter de meras regras normativas não traz uma solução aceitável para suas colisões, vez que se prenderia à declaração de invalidade de uma das normas, a declaração de não-aplicabilidade de uma dessas normas ou, mesmo, a criação de uma exceção em uma das duas normas conflitantes. Logo, a solução residiria na subsunção das regras, ao invés da ponderação, que é o processo para o deslinde dos conflitos entre princípios.

O caráter de princípios aos direitos fundamentais, portanto, oferece uma solução mais efetiva quanto ao problema da colisão de tais direitos, devendo ser observado, entretanto, que tal perspectiva não induz que a relação de direitos fundamentais prevista na Constituição não contenha regras, definições precisas, mas implica em que essas regras estão e são relacionadas aos princípios que as rodeiam e sustentam. Quanto a teoria dos princípios e a solução das colisões dos direitos fundamentais, afirma Robert Alexy que:

> A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser correspondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos

[11] ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo. p. 9.

> restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais a estas da própria idéia de proporcionalidade.[12]

A regra da proporcionalidade, subdivida em adequação, necessidade e ponderação, portanto, se mostra uma forma segura de garantir a aplicação vinculativa e flexível dos direitos fundamentais, possibilitando a real aplicação das regras constitucionais em benefício da sociedade, do indivíduo, sem que se adotem soluções radicais, prejudiciais à própria estabilidade do ordenamento jurídico, sem que a relação do cidadão com o Estado se verifique de forma sempre a exigir deste o desempenho regular do seu papel de provedor do bem comum.

3.2. DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, superada a questão relativa a eventuais colisões de princípios, reside efetivamente na eficácia das normas e princípios previstos na Constituição. De acordo com o que ficou registrado, é por demais evidente que a visão do juiz como sendo a boca da lei, como defendida por Montesquieu, em muito distancia o ideal de concretude de tais direitos fundamentais, até porque a discussão principal então travada era de ver na lei a limitação dos poderes do governante, em oposição ao Estado Absoluto, consoante já analisado.

O formalismo metodológico da Teoria Pura do Direito, centrado numa estruturação de normas de escalão superior e inferior, tendo como pressuposto uma norma fundamental hipotética, também se mostra inválido para a problemática da necessidade de se garantir a efetividade das normas e princípios dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob o aspecto material, como um direito, não meramente como uma lei.

A hermenêutica, assim, vista como técnica de interpretação[13], ganha uma nova forma de interpretar o Direito Constitucional e, por conseguinte, de interpretar os próprios direitos fundamentais. Neste aspecto, cumpre ver que Paulo Bonavides assim se afirma:

> Sob a égide, em grande parte, da Nova Hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade deste

---

[12] ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. P. 14-15.

[13] ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 497.

> século já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Geber, Laband, Anschuetz, Jellinek – este mais atenuadamente – e, de último, Kelsen; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido de proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado [...].[14]

Os direitos fundamentais, como garantias da liberdade, sob o império de um Estado social, ocupam posição central na nova hermenêutica, tendo em vista a necessidade corrente de se dar eficácia aos mencionados direitos fundamentais. Busca-se dessa forma possibilitar ao cidadão, na realidade, a operacionalização daquelas normas e daqueles princípios que lhe garante liberdade e dignidade como pessoa humana frente às ações e decisões de poder produzidas pelo Estado. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides:

> Em verdade, na Constituição, a tripartição e a organização dos poderes são, de último, tocante à sua estrutura, a imagem do Estado, ao passo que os direitos fundamentais compõem a efígie da Sociedade. Espelhando-a, exibem tais direitos numa extrema complexidade, por retratarem os fatores sociais de poder, sujeitos a constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa.
> [...]
> Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos

[14] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 536.

> de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.[15]

Deste modo, por esta nova visão da hermenêutica, o homem, enquanto indivíduo integrante do corpo social, adquire primazia dentro de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, quanto às regras e princípios estabelecidos dentro da Constituição da República de 1988, onde a vida, a liberdade, a dignidade, a segurança, individual e da família, o bem-estar social e o patrimônio, entre outros, são aspectos de extrema relevância quando se observam situações de conflito e a necessária preservação dos direitos fundamentais.

O Estado e o ordenamento jurídico, frente à realidade constitucional, devem estar voltados para o indivíduo e, neste sentido, o papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário é justamente o de fazer valer as garantias dos direitos fundamentais, visto que, como já dito, de nada adianta ao homem a previsão de política de segurança pública, se o Estado, enquanto Executivo, é omisso, colocando sua vida e de sua família, bem como seu patrimônio, em constante situação de tensão, de perigo, inclusive pelo próprio estabelecimento de uma situação de impunidade, que, com certeza, vai de encontro às finalidades do próprio Estado e da própria política de segurança pública que deve por ele ser desenvolvida.

O juiz dispõe de função social e não pode se distanciar dos valores da sociedade a que pertence e em razão da qual encontra-se investido na função pública de prestar jurisdição. Não se deve, do mesmo modo, olvidar das questões de natureza constitucional a cargo dos tribunais superiores. Todavia, a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, como aspecto essencial para a paz e liberdade do indivíduo em sociedade, exige uma postura valorativa da realidade, de modo que na solução dos conflitos entre os indivíduos e entre estes e o Estado, predomine a proporcionalidade, ao contrário da rigidez das normas, que por si só são insuficientes para o equacionamento da problemática relativa a eficácia das regras e princípios constitucionais.

Numa realidade globalizada, como a atual, onde os fatores reais de poder ameaçam a própria liberdade do indivíduo, através de um sistema capitalista neoliberal, com a industrialização, com danos à saúde e ao meio ambiente, onde a informática e os meios de comunicação possibilitam uma rápida troca de informações, com perda de valores, a garantia dos direitos fundamentais deve ser preponderante, a fim de que se preservem ao indivíduo o bem-estar social, com dignidade e segurança.

---

[15] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 539.

Cumpre ver, por oportuno e necessário, que ao promover a garantia dos direitos fundamentais, não cabe ao Poder Judiciário agir sem critério, ofendendo competências de outros Poderes, Executivo ou Legislativo. Não se trata, como já dito, de se impor uma ditadura do Judiciário. Mas, ao contrário, busca-se possibilitar a efetividade das regras e princípios previstos na Constituição, permitindo ao cidadão a postura de exigência quanto às obrigações do Estado, no desenvolvimento de suas políticas públicas, como é o caso da saúde e da já mencionada segurança pública. Pretende-se estabelecer uma efetividade real, uma estabelecimento de relação ente o Estado e sua finalidade, quanto ao trato com o indivíduo, em respeito a vida, a liberdade, a honra, e outros tantos aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana.

A teoria material da Constituição, visto ela enquanto direito e não apenas como lei, força uma integração da norma por ela posta, o princípio a ela relacionado, e a própria realidade do indivíduo em sociedade. Como também já observado, é evidente que todos os Poderes constituídos, em suas ações próprias e específicas, já visam o cumprimento dos preceitos inseridos na Constituição. O papel do Judiciário, como aplicador da lei, é garantir os direitos fundamentais, possibilitando-se a eficácia necessária ao desenvolvimento da sociedade segundo o estabelecido na sua norma fundamental.

Paulo Bonavides, neste sentido, chega à conclusão de que, efetivamente, deve imperar a Constituição no seu sentido material. Afirma ele:

> Se exagerarmos, porém na teoria material da Constituição, tornamos a reiterar, o Direito Constitucional corre o grave risco de dissolução; já que não será ciência, mas literatura política, e, além de entrar em declínio de normatividade, ele se flexibilizará, disperso nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. Faz-se, assim, movediça a ordem constitucional, e todo o sistema jurídico se desloca para um campo de instabilidade. Não é, contudo, o arbítrio, e sim a liberdade em toda a sua multivalência, que compõe a base e a essência da teoria material da liberdade. Com a liberdade, vista sempre à luz das complexidades de nossa época, é de se esperar passe essa teoria definitivamente a prevalecer na região da doutrina.[16]

[16] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 544.

De se ver, portanto, que com a superação do período relativo ao Estado liberal, onde prevalecia, como imperativo, a necessária limitação dos poderes do Estado, com a sistematização do princípio da separação dos poderes e a formação dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo do Brasil, e a ordem constitucional posta a partir da Constituição Federal de 1988, a garantia dos direitos humanos se apresenta como finalidade maior quanto às regras e princípios previstos na Constituição, dando-se especial importância ao homem na sua relação com o Estado e, portanto, atribuindo ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos daí decorrentes, estabelecendo-se para tanto uma teoria de proporcionalidade.

A adequação, a necessidade e a ponderação são os critérios a serem observados na solução dos conflitos, na colisão dos princípios atinentes aos direitos fundamentais, efetivando-se a concretização das atribuições do Estado, quanto às suas políticas públicas, no interesse maior de permitir ao indivíduo a convivência numa sociedade igualitária e de garantia da liberdade.

4. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega, face ao que acima foi apresentado, desde a própria análise histórica acerca dos ideais que nortearam o Estado liberal, em oposição ao Estado Absolutista, bem como em razão da estabilização do princípio da separação dos poderes nos Estados Democráticos de Direito, é da atual e imperiosa necessidade de se dar primazia ao homem, enquanto ser integrante da sociedade, possibilitando a concretização da garantia dos seus direitos fundamentais, mediante a eficácia das regras e princípios constitucionais atinentes a tais direitos. Afasta-se o rigorismo do positivismo jurídico. Estabelece-se uma nova hermenêutica, uma nova via de interpretação voltada para a efetividade dos direitos fundamentais.

Longe de se estabelecer uma supremacia do Poder Judiciário, atribui-se a este, frente aos demais Poderes constituídos, Legislativo e Executivo, um novo caráter social ao dispor de um novo Direito Constitucional, de uma nova forma interpretativa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo na sua relação com o Estado.

O desenvolvimento das políticas públicas, o cumprimento da própria finalidade do Estado em promover o bem-estar da sociedade, possibilita o enquadramento desta nova realidade jurídica constitucional, permitindo que o cidadão adote uma postura de exigência da satisfação de seus direitos básicos, fundamentais, sem que para isto se autorize qualquer quebra ou agressão às áreas de competência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visto que sendo correto a harmonia e a independência dos poderes, é por demais aceitável que a

omissão do Estado, pelo Executivo principalmente, possa ser plenamente resolvida pelo Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais.

Pretendeu-se com o presente trabalho, portanto, demonstrar a nova hermenêutica do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais, concretizando o entendimento de que a eficácia das regras e princípios constitucionais é uma realidade necessária, uma resposta à omissão do Estado e, por conseguinte, um fator de segurança jurídica para o indivíduo, para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS:

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
Montesquieu/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Espírito das Leis* (Vol. I. - Livro I – cap. III)."
MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito.* São Paulo: Martins Fontes. 2002.
Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). "Do Contrato Social" (Vol. I. - Livro I – cap. I)." p. 53.
ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo.