



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA**

**OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA PRIVADA:  
AS MARGENS DO INTERVENCIONISMO PERANTE O DIREITO À PRIVACIDADE**

**ORIENTANDO (A) – MATTHEUS EMANUEL GARCIA DE LIMA MARTYNENKO**

**ORIENTADOR (A) - PROF. (A) MS. CARMEN DA SILVA MARTINS**

**GOIÂNIA-GO**

**2021**

MATTHEUS EMANUEL GARCIA DE LIMA MARTYNNENKO

**OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA PRIVADA:  
AS MARGENS DO INTERVENCIONISMO PERANTE O DIREITO À PRIVACIDADE**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a) – Ms. Carmem da Silva Martins

GOIÂNIA-GO

2021

MATTHEUS EMANUEL GARCIA DE LIMA MARTYNNENKO

**OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA VIDA PRIVADA:  
AS MARGENS DO INTERVENCIONISMO PERANTE O DIREITO À PRIVACIDADE**

Data da Defesa: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Prof. (a) Ms. Carmem da Silva Martins

Nota

---

Examinador (a) Convidado (a) : Prof. Ms. Luiz Carlos de Pádua Bailão

Nota

## RESUMO

O desenvolvimento do ser humano e sua aptidão de viver em sociedade têm tomado, nos últimos dias, dimensões até então inimagináveis, tendo como fruto novas orientações e métodos para otimizar os meios pelos quais a coexistência é o fundamento da evolução da humanidade. É claro que, com novos tempos, surgem inéditos problemas e indagações sobre como solucioná-los. Nem sempre, os problemas situam-se no corpo social propriamente dito, mas no ente denominado para regular, aplicar a ordem, a segurança e nortear as gerações vindouras. Não poucas vezes, cidadãos que outrora foram selecionados para representar a figura do Estado desvirtuam-se de suas atribuições primevas, que inexoravelmente necessitariam estar cobertas dos princípios ideais e sustentadores de uma sociedade equilibrada, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nota-se, sem exceção, na época hodierna, a invasão da discricionariedade, desvio de conduta, violação do Direito e problemas semelhantes nas autoridades governamentais das coletividades. Um dos resultados da ascensão humana é condicionar-se a preservar o valor existente nas imagens da pessoa e do Estado, não permitindo que as linhas separadoras de suas atuações sejam trespassadas, empregando medidas corretivas para qualquer dos lados que desta forma opere. No entanto, um exame com base no Direito sobre o trabalho do Estado se faz constantemente devido, visto a corrente utilização da arbitrariedade por seus representantes. O objetivo desta monografia é, não de forma definitiva, compreender o conceito da figura Estado de acordo com algumas das obras mais significativas para o Direito formal e material, lavradas no curso histórico da humanidade, propondo uma análise das distinções entre pessoa e Estado pesando a manifestação deste no corrente período, dentro do Brasil.

**Palavras-chave:** Pessoa. Estado. Limites. Atuação. Análise.

## ABSTRACT

The development of humanity and their ability to live in society have, in recent days, taken dimensions previously unimaginable, resulting in new guidelines and methods to optimize the means by which coexistence is the foundation of the evolution of humanity. Of course, with new times, there are unprecedented problems and questions on about how to solve them. Problems are not always found in the social body itself, but in the entity designated to regulate, apply order, safety and guide future generations. Not infrequently, citizens who were once selected to represent the state figure deviate from their primordial attributions, which inexorably would need to be covered by the ideal and sustaining principles of a balanced society, such as legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. It is possible to note, without exception, in the modern times, the invasion of discretion, deviation of conduct, violation of the Law and similar problems in the government authorities of the collectivities. One of the results of human ascension is to condition itself to preserve the existing value in the images of the person and the State, not allowing the lines separating their actions to be crossed, employing corrective measures for any side that operates in such way. However, an examination based on the Law on the State's work is constantly due, given the current use of arbitrariness by its representatives. The objective of this work is, not definitively, to understand the concept of the State figure according to some of the most significant works for the formal and material Law, elaborated in the historical course of humanity, proposing an analysis of the distinctions between person and State weighing its manifestation in the current period, within Brazil.

**Keywords:** Person. State. Limits. Operation. Analysis.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. ESTADO DE DIREITO: GÊNESE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	9
1.1. A NECESSIDADE DE UM ESTADO DE DIREITO NA SOCIEDADE .....	9
1.2. O APERFEIÇOAMENTO DO ESTADO DO LONGO DO TEMPO .....	10
1.3. O ESTADO E A VIDA PRIVADA.....	11
1.3.1. O Estado para Thomas Hobbes .....	11
1.3.2. O Estado para Maximilian Weber .....	13
1.3.3. O Estado para Mikhail Bakunin.....	15
1.3.4. O Estado para John Locke.....	17
2. DO LIBERALISMO E DO CONTRATO SOCIAL .....	22
2.1. AS DIFERENÇAS ENTRE PESSOA E ESTADO.....	22
2.2. DIREITO POSITIVADO E O DIREITO NATURAL.....	26
2.3. A APLICAÇÃO DO DIREITO MODERNO COMO CONTRATO SOCIAL .....	30
3. DOS LIMITES DO PODER INTERVENCIONISTA DO ESTADO .....	34
3.1. ESTADO MÍNIMO .....	34
3.2. A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO .....	37
3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE DO SER HUMANO .....	40
3.4. O CONTROLE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	43
3.5. DIREITO À PRIVACIDADE.....	47
3.6. UMA ANÁLISE SOBRE O CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO PERANTE O DIREITO À PRIVACIDADE.....	51
CONCLUSÃO .....	59
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO (BIBLIOGRAFIA).....	60

## INTRODUÇÃO

O Estado é o detentor do poder regulador em uma sociedade democrática, cuja gênese data de assazes pretéritos anos. Fora encetada através da intelecção de juristas sobre a contundente inépcia administrativa, comum à todas as organizações populares. Após profundas considerações e análises, os anteriores teóricos do Direito deliberaram a criação de um ente neutro, equânime, capaz de regular as relações entre particulares e prover ordenamentos sustentadores de uma ordem pública.

Atualmente, o Direito Moderno em países democráticos consagra uma formação em contínuo progresso desta entidade governamental, cuja imparcialidade está sob veladura popular, da imprensa e em caráter internacional. Todavia, comumente observa-se uma incúria despudorada exercida por representantes desta entidade, o que abertamente prejudica todos a ela subordinados, quer seja por meio de transviamento de importâncias públicas, atentado aos institutos de Direito galgados a custosas aflições, vexames políticos perante o cenário global e contextos similares.

Dentre os malefícios mais onerosos, estão os doestos aos direitos fundamentais que, no caso do Brasil, estão destacados na Constituição Federal da República.

Não sendo possível mensurar a quantidade de casos que carregam consigo ofensas aos direitos fundamentais, principalmente ao da privacidade, grande parte da população infelizmente deixa levar-se pela numerosidade de episódios e crê que isto é algo corriqueiro e comum, não empenhando qualquer ou pouco esforço para a coibição deste cenário.

A complicação se materializa quando a sociedade, especificamente na figura de cada indivíduo, olvida da sua importância para todo o corpo social, o que acontece largamente nos dias atuais.

A falta de interesse jurídico por parte dos constituintes de uma nação com certeza acarretará problemas de instabilidade política e normativa, visto que o próprio povo desconhece as leis que o governa.

É com o fito de preservar a integridade do Direito que este trabalho se apresenta, de procurar entender, a essência da formação das sociedades e porque

elas estão como estão, a significância dos direitos fundamentais, o modo como foram adquiridos e como a ignorância dos preceitos descritos na Carta Constitucional pode ser problemática em parâmetros temporais futuros.

Aditivamente, o ostentado ensaio busca perscrutar a formação do Estado perante o soergimento do Direito, tanto natural quanto positivado, além de examinar os desajustes provocados pelo estouvamento proveniente dos representantes do Poder Público. Serão analisadas as atribuições do Estado de acordo com o seu progresso histórico, nos arquétipos propostos por egrégios jurisconsultos, os princípios do contrato social, limites estatais, prerrogativas fundamentais e, por fim, uma apreciação da atividade estatal através de casos concretos.

Os casos concretos a serem analisados decorrem de julgados pelo Poder Judiciário e matéria jornalística.

## 1. ESTADO DE DIREITO: GÊNESE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 1.1. A NECESSIDADE DE UM ESTADO DE DIREITO NA SOCIEDADE

Desde os primórdios da civilização, a ideia de relação interpessoal harmoniosa era indefinida, visto que os grupos sociais anteriores não dispunham do hoje chamado “direito positivo”. Com a falta de um sistema regimental público imposto, os particulares, usando de sua liberdade, viviam e solucionavam seus conflitos de maneira arbitrária. O único meio de controle era aquele advindo do chefe tribal, cacique, ancião, ou qualquer outro ser correspondente, cuja eficácia de contenção gradativamente mostrava-se nula tanto para coibir ou prevenir os desalinhos sociais em grande escala, resultantes do progressivo aumento populacional ao longo das décadas.

Muitos problemas que deveriam ser solucionados trivialmente eram resolvidos com excessos nos confrontos de interesse, manifestos como cobranças violentas, agressões e até morte.

Cada ser humano diariamente sentia contínua insegurança e medo, sendo imperante a premência de um poder controlador ubíquo, algo que gerasse a consciência do respeito equivalente necessário.

O cenário forçoso que orientou os versados epocais até a epifania concessora da figura estatal se deu através de numerosas reflexões, como produto da aspiração a alcançar um organismo social estável. A formação do Estado proporcionou novas soluções para as contrariedades públicas, não trazendo somente a possibilidade do controle universal, mas a sofisticação de ideias rudimentares como a política primitiva e costumes em esquemas organizados.

A acepção básica que projeta a evolução estatal é de Aristóteles (2010), que justifica a realização de um ser, público, anterior às vontades particulares e capaz de regrá-las, pois o homem é um animal político e a convivência em sociedade é o melhor para ele. A percepção aristotélica é tida como basilar para compreensão de demais conceitos, ensaiados por Rousseau, Locke, Hobbes, Maquiavel, por exemplo.

Tão séria a abstração sobre a obrigatoriedade do Estado, que Aristóteles alega em Política I (2010), eventual não ser praticável a manutenção de um indivíduo

em sociedade, que sua compleição é de bruto ou deus, e que a natureza impõe a associação ao homem. No tocante à organização política, a ascensão intelectual humana preconizou tais ensinamentos, conduzindo a construção dos pilares da erudição jurídica em ideias como Política, Estado e Direito.

## 1.2. O APERFEIÇOAMENTO DO ESTADO DO LONGO DO TEMPO

Antes de permear os padrões do direito moderno, é mister buscar o raciocínio em seu âmago ideológico. As incoações teóricas que aglutinam os dois conceitos supracitados no subitem anterior estão localizadas na corrente filosófica denominada contratualismo, que dispõe sobre o pacto social.

O tratado coletivo consolidaria uma representação inovadora para o Direito em ou da polis, fundando-se na relação vinculante entre Estado e Indivíduo com sustento na abdicação da vontade individual em proveito comum, mas preconizava a manutenção da integralidade das virtudes singulares, o que virá a ser postulado no próximo capítulo.

Tomando por conceitos primevos a indispensabilidade do Estado e o contrato social, já em outro período experimentado pela sociedade, Kelsen (1999) inicia instruções a respeito da idealização do Direito como positivo, afirmando que tal e o Estado se incorporam em uma única significação, emanando aquele deste, por meio da legiferação. Esta essência, para o teórico, representa a mais avançada forma de ordem jurídica, cuja autoridade consta expressa em uma lei maior, epitetada de constituição.

O Direito Posto, para grande parte dos estudiosos atuais, é tomado como mais bem ilustrado por Kelsen, mesmo que outros especialistas e institutos tenham previamente buscado interpretar a concatenação entre Direito e Estado tendo como caminho o positivismo, ou direito legislado. Um exemplo disto é a Escola da Exegese Francesa, que além de considerar o direito como posto, especulou o entendimento de Direito Moderno, cuja incidência se deu após a publicação do Código Civil Francês no início do século XIX.

Em suma, o posicionamento de Kelsen (1999) que destaca a união entre estes pensamentos será também exposta nas formas de relação jurídica que uma

constituição propõe, como decisões de juízes, negócios jurídicos ou ainda atos oriundos do poder administrativo. Hoje, a caracterização do Direito Moderno, no que diz respeito a muitas nações do mundo, consiste como formado mediante a ordem garantidora de prerrogativas individuais, coletivas, e que seu fim é a paridade entre os detentores destes privilégios, alocados em uma diretriz magna.

Ao longo da história, o alcance do poderio de uma lei básica de Estado sofreu diversas alterações. Desde planejamentos simples sobre direito de propriedade até tratar de diversas garantias inerentes à pessoa humana, como no caso do Brasil, Estados Unidos da América, Rússia, Alemanha e muitos outros, que se encontram pautados em uma constituição.

### 1.3. O ESTADO E A VIDA PRIVADA

#### 1.3.1. O Estado para Thomas Hobbes

Em sua obra *O Leviatã*, o escritor desenvolve numerosos conteúdos específicos sobre o ser humano e o universo que o cerca, como por instância a moral, ética, estados de espírito, mas também dá o seu parecer quanto a sua ótica em relação ao Estado.

Eis que o ser estatal se ergue a partir de um reflexo do *jus naturalis* (HOBBS, 2020), já que este considera o indivíduo como senhor de si mesmo e permite-o fazer tudo aquilo que lhe aprouver, inclusive ter o domínio sobre a vida de seus semelhantes. É com fito de evitar a ultimação sobre a espécie que o Estado surge, cuja alma se forma a partir das alienações espontâneas de vontades tão quanto exigidas e suficientes para sustentar uma paz entre todos os cedentes, dado que, se o homem viver habilitado a realizar tudo o que desejar, persistirá sólida a condição de guerra no meio de todos.

A abnegação da parcela individual feita de forma voluntária, segundo Hobbes, é feita com a mentalidade de que os demais voluntários também a farão,

sendo o recipiente do benefício advindo de tal negação o semelhante daquele que a fez.

Os únicos direitos que o autor descreve não serem passíveis de abstenção são aqueles realizadores de um benefício mínimo próprio para sobrevivência de si ou daqueles que figuram como interessados nas renúncias facultativas (HOBBS, 2020), *verbi gratia* a impraticabilidade do descarte do direito de proteger a própria vida ao facear agressão externa. Por fim, o ato que translada reciprocamente os direitos é designado “contrato”.

O escritor foi um dos pioneiros a ensaiar a qualidade de “contrato” como a base de um ser estatal. Através da obra, infere-se que estas avenças podem ser de modo expreso (escrito, adjudicado) ou ainda por inferência (expressão de vontade ou omissão desta). O entendimento é que, caso os contra atos pilares do Estado construam-se exclusivamente através de palavras grafadas, com certo lapso de tempo transcorrido as complicações dos direitos e deveres seriam postostas, tornando vulnerável a matéria encarregada pela perpetuação do homem. Por outro lado, perfazendo-se de modo ilativo, não haveria imperiosidade de efetuar grandes manutenções deste contrato, o que indicaria uma forma de pactuar mais eficiente.

Hobbes acreditava que os pensamentos acima descritos não tinham força suficiente para garantir a inviolabilidade dos contratos pelos envolvidos, devido à natureza do ser humano. Desta forma, as saídas cabíveis para tal revés seriam afrontá-los com as consequências da quebra contratual ou sacrá-los com o sentimento de orgulho por não permitirem o desmanche da transação.

O Estado aqui se resumirá em um cuidado finalístico de conservação da vida (HOBBS, 2020), que aparece com o propósito de eximir a humanidade da permanente condição de guerra e propiciar a busca por um ser humano mais realizado, desde que este vele pela plenitude de cada contratante. Entretanto, para que toda esta ideia permaneça de pé, é preciso que este pacto esteja simbolizado em uma forma material e emane uma força superior a todos os outros, capaz de dobrá-los em seus ânimos e fazê-los alicerçar-se na teoria contratual.

Essa potência não poderia ter sua imagem traduzida em um certo número de pessoas, porque este número seria facilmente superado por rebeldes. Impossível também, seria fiar a validade do Estado no período de vida dos contratantes, pois quando o grupo inicial de partes contratuais expirasse, os futuros talvez não se subjugariam ao convento primo por inúmeras razões (entre elas, as

diferenças de interesse em batalhas ou guerras) e acabariam desmanchando o esforço dos anteriores. O certo a se fazer seria designar um representante ou um grupo de representantes do povo, ao (s) qual (is) todos os outros estariam subordinados e que tal (is) delegado (s) representasse (m) não a si próprio (s), mas o bem coletivo. Não seria apenas uma simbolização entre pessoas (HOBBS, 2020), mas, de fato, uma união de todos que se consubstanciaria como Estado, um ser soberano, possuidor do mando absoluto e que poderia dele livremente fruir para garantir a ordem dos seus súditos.

### 1.3.2. O Estado para Maximilian Weber

As análises sobre os conceitos de sociologia e política como partes inerentes à figura estatal são características de Weber, e atualmente, suas exemplificações são utilizadas como base de planejamento social e político moderno no oeste do mundo.

Em uma obra que destrincha os posicionamentos de Weber perante o Estado, Freund diz que “a política é uma atividade geral do ser humano, isto é, está em toda a nossa história. Ela tomou no curso do tempo diversas formas, fundamentou-se em diversos princípios e deu origem às mais variadas instituições” (FREUND, 2003, p.159), mas que o Estado em si não pode ser confundido com a política. Esta é, na verdade o início e aquele, a consequência.

Ainda sobre o mesmo assunto, Freund explica Weber comentando que o Estado corresponde ao desenvolvimento intelectual humano que promove a civilização moderna (FREUND, 2003). A explicação para o apontamento é que a política, como forma de administração pública, já existia em tempos pretéritos, mesmo com a ausência do instituto acima nomeado. Infere-se que precedência não obrigatoriamente resulta em validade no que tange à autoridade, vista a imposição histórica originária do desenvolvimento humano na formação de um ente público maior do que outrora existia, a fim de oportunizar as relações sociais.

Na obra de Weber *Conceitos Básicos de Sociologia*, o autor ensina que:

O conteúdo de uma relação social somente representará uma “ordem” se sua conduta puder ser orientada aproximadamente para certos axiomas reconhecíveis. A autoridade adquirirá “validade” apenas se a orientação a estes axiomas incluir ao menos o reconhecimento de que tudo a que obrigam o indivíduo, ou a ação correspondente, constitui um modelo digno de imitação. (WEBER, 2008, p. 54).

A práxis desta articulação traz um introito à ideia estrutural de que relações sociais precisam existir sob ordem e para isto existe o Estado, que ditará as premissas necessárias para tal composição com fulcro em sua autoridade constituída (contrato), usando-se de esquematizações de caráter público indiscutível. Um exemplo claro disto é a lei baseada nos costumes.

Contudo, o autor não encerra a ideia de que as disposições reguladoras se limitam à somente um tipo de autoridade vinda de um único instituto. É possível que uma sociedade esteja arranjada em múltiplos níveis de sistemas válidos coordenadores (ou ao menos deveriam ser, já que não impedem que regras sejam quebradas). É até perfeitamente possível ainda, para um único indivíduo, ser orientado a agir de determinada forma que contrarie uma ou mais destas sistemáticas ordenatórias (WEBER, 2008). O resultado, é, obviamente, não menos que temerário, e deve ser levado em consideração quando da acomodação de diretrizes públicas.

No VI capítulo da supra indicada obra, Weber discorre a respeito da licitude da autoridade e como ela pode ser garantida quando de sua formação. Há bases subjetivas e objetivas que permitem a concepção do domínio como razoável (WEBER, 2008). Todavia, em um exame mais apurado, é visível que o sustentáculo mais operativo seja o do interesse próprio pertinente à autoridade (objetivo), por meio de tornar conhecida a expectativa de resultâncias ligadas a determinado tipo de conduta ou violação desta. Para o autor, existem duas sortes de sanções em duas categorias de avença social:

Um sistema de autoridade poderá parecer: a) *convencional*, quando sua validade for externamente garantida pela probabilidade de que qualquer desvio dentro de um grupo social definido será tratado com uma desaprovação relativamente geral e significativamente perceptível; b) um tal sistema de autoridade será considerado *lei* se for externamente garantido pela probabilidade de que um comportamento não costumeiro será tratado com sanções físicas ou psíquicas, com a finalidade de tornar a conformidade obrigatória ou de punir a desobediência, sendo ministradas por um grupo de homens providos de autoridade especial para este propósito. (WEBER, 2008, p. 57).

Freund, esclarecendo estes comentários, ensina através de Weber que “o Estado se define como a estrutura ou o agrupamento político que reivindica com êxito o monopólio do constrangimento físico legítimo” (FREUND, 2003, p. 159), ou seja, o uso da violência ou poder coator equivalente oriundo desses campos subjetivo e objetivo, que se dividirão em uma racionalização dos direitos e deveres a serem resolvidos e controlados por poderes públicos (legislativo e judiciário), como também a manifestação de um ente vigilante encarregado de endossar a ordem (polícia) e os regulamentos específicos de fato, que intervêm em diversas esferas sociais, respectivamente. A figura estatal resumir-se-á na compulsão permitida e legitimada.

### 1.3.3. O Estado para Mikhail Bakunin

A opinião do filósofo socialista revolucionário quanto à figura estatal é um tanto quanto insólita, tendo em vista as tendências culturais de sua época (1814-1876) e especialmente sua região pátria, o Império Russo, que pendiam para um Estado cada vez mais forte, pois era totalmente contrário à esta entidade.

Bakunin acreditava que a instituição pública emergente com o advento da renúncia parcial das vontades e liberdades era opressora (2020), e que os que estavam encarregados de funcioná-la eram também opressores (2020).

Em um dos seus escritos mais famosos, Deus e o Estado, o autor retrata a sua completa indignação contra o costume tanto europeu quanto do restante do mundo em relação à inerte aceitação das pessoas do controle público exercido pelo ser estatal. A verdade, segundo o pensador, era que este poder não se fazia necessário caso todos fossem instruídos sobre as “leis naturais obrigatórias” e que o homem tem o direito de ser livre, livre inclusive para aceitar as tais leis que conferem também respeito ao seu semelhante, não porque seriam-no impostas (BAKUNIN, 2020) mas porque ele próprio as reconheceria.

A liberdade, em todos os aspectos possíveis, era o significado mais importante para Bakunin sobre a humanidade e era baseada na “lei da igualdade” (2020). A condição de independência plena só poderia ser alcançada quando todos os indivíduos fossem igualmente livres, sem hierarquias e sem a operação controladora do Estado. Bakunin acreditava que o homem desprovido de doutrinas

históricas religiosas e políticas que concebiam a ideia de autoridade, sendo guiado exclusivamente pelos benefícios da ciência como lei absoluta (2020), por si só alcançaria a excelência.

Em outra obra de sua autoria, *Os Perigos de Um Estado Marxista*, descreve, acerca das vontades individuais e da liberdade do homem, que o Estado, o qual se forma a partir das abdições de cada pessoa para um bem maior é uma falácia, já que cancela aquilo que faz do homem ser o que é, livre:

O Estado é um sistema de governo de cima para baixo em que uma minoria comanda uma imensa massa de homens das mais variadas classes sociais, ocupações, interesses e aspirações.

A minoria dominante, mesmo que tivesse sido eleita um milhão de vezes por sufrágio universal e tivesse todos os seus atos supervisionados por instituições populares, ainda assim não poderia de forma alguma – a menos que fosse dotada de onisciência, onipresença e onipotência que os teólogos atribuem a Deus – entender e antecipar as necessidades ou satisfazer com igual justiça os interesses legítimos e imediatos de todos. Sempre haverá descontentes porque sempre haverá aqueles que são sacrificados.

Seja como for, tal como a igreja, o Estado é, por sua própria natureza, um grande sacrificador de homens. Ele próprio é um ser arbitrário, que centraliza todos os interesses positivos, vivos e individuais do povo, que lutam e se destroem uns aos outros para que sejam absorvidos por essa abstração que se chama Interesse Comum, o bem público, a segurança pública; e onde todas as vontades individuais se anulam umas às outras formando aquela outra abstração que é chamada de “vontade popular”. Na verdade, essa assim chamada “vontade popular” não é outra coisa senão o sacrifício e a negação de todas as verdadeiras aspirações individuais. Da mesma forma que o assim chamado “bem comum” é simplesmente o sacrifício dos interesses individuais. (BAKUNIN, 1872, p. 2 apud WOODCOCK, 1998, p. 128-131).

O teórico, encerrando o princípio de ter a ciência como a única soberania a existir sobre o homem e assim a desnecessidade do Estado, diz que:

Numa palavra, rejeitamos toda legislação, toda autoridade e toda influência privilegiada, titulada, oficial e legal, mesmo emanada do sufrágio universal, convencido que ela só poderia existir em proveito de uma minoria dominante e exploradora, contra os interesses da imensa maioria subjugada. (BAKUNIN, 2020, p. 34).

Em comentários sobre a ciência, ele diz que ela “é a bússola da vida; [...] imutável, impessoal, geral, abstrata, insensível, como as leis das quais ela nada mais é do que a reprodução ideal” (BAKUNIN, 2020, p. 56). O conceito aqui pode ser assumido como apreciação da razão como fim, ou seja, a regra em si, e não como meio, da forma que é geralmente utilizada para estabelecer um dispositivo regulador.

No contrapeso, a lei é sempre uma forma de escravizar o ser humano (2020) e, portanto, deve ser abolida sumariamente. A termo, o Estado em Bakunin é a coerção, juntamente com a sua anterior legitimação, simbolizada na obra pelo jugo do armamento (2020).

Acredita-se que o desdém do socialista face ao Estado e às leis, de qualquer sorte, seja motivado pelo juízo de que os domínios governamentais são geralmente associados a doutrinas teológicas como elos de uma mesma corrente, ou seja, um é parte do outro – sem Estado, não há religião, e sem religião, não há Estado (BAKUNIN, 2020). O revolucionário era ateu, e sempre criticou a fé (em qualquer credo), vinculando-a a submissão do homem.

Forçosa é a sondagem das declarações de Bakunin com um olhar anterior e posterior ao de seus escritos, sendo que, ao longo da verificação, logo se percebe o contrassenso entre os apontamentos sobre a liberdade baseada na lei natural e a aquiescência do conhecimento como princípio único e fundamental, visto que o ser humano é limitado até aquilo que conhece. Para que a humanidade pudesse continuar a evoluir, seria indispensável a busca por mais ciência.

Se o alicerce para o equilíbrio entre todos é a ciência, inevitavelmente um saberá mais do que o outro, implicando em diferença; alguém, mais versado que os demais ou um grupo mais entendido do que os outros, terá que, mesmo que indiretamente, inspirar ou expressar as novas descobertas técnicas, ainda que não compulsórias, em relação ao novo norte evolutivo e progressivo a ser seguido por toda a gente e, inexoravelmente, originará desigualdade, algo que é inteiramente enjeitado pelo autor.

Não havendo outra lei ou outro princípio que determine como tais novidades científicas serão encaminhadas, recebidas e aplicadas, o decesso da humanidade, por mais técnica que seja, é certo. Sinteticamente, a filosofia aplicada pelo teórico russo é, em grande parte, hermética, e articula muita discórdia em aspectos quanto à ordem e interesse coletivo de um modo geral.

#### 1.3.4. O Estado para John Locke

Os pensamentos de Locke em relação ao poder político começam a ser discutidos, mais especificamente, em dois escritos contínuos de sua autoria, O Primeiro e O Segundo Tratado Sobre O Governo, onde percebe-se uma trajetória analítica desde a época dos primeiros seres humanos descritos pelas palavras da Bíblia Sagrada (porque era cristão), até o então regente monarca inglês., *King James II*.

Locke acreditava que a força como política não era unicamente aquela que vitalizava o mando de uma autoridade pública, mas sim, algo inerente ao homem em todas as áreas de sua vida (1998) e que era exigível a devida separação e compreensão sobre esse poder.

Numa explicação mais detalhada que inicia a sua 2ª obra sobre governo civil, Locke ensina que:

[...] o poder político é o direito de editar leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penas menores, com vistas a regular e a preservar a propriedade, e de empregar a força do Estado na execução de tais leis e na defesa da sociedade política contra os danos externos, observando tão-somente o bem público. (LOCKE, 1998, p. 381).

Antes de adentrar especificamente o estudo do autor sobre o Estado e suas características, é importante ressaltar que o homem em Locke, na sua condição espontânea, era bom, e que considerando a forma como foi criado (por Deus) tinha o dever natural do amor e a colaboração mútuos (1998) sendo a agressão, excepcionalidade, na forma de uma reação à ofensa ao direito individual, vez que tal afronta deveria ser inconcebível. Não era aceita por Locke a ideia de que a natureza do homem era maligna e o produto dela ser a inimizade constante entre todos, como descrita por Hobbes no capítulo XII de O Leviatã (HOBBS, 2020).

A filosofia de Locke era baseada na emancipação do homem, todavia, diferentemente de Bakunin, acreditava ser o indivíduo titular de um direito absoluto de liberdade, mas que esse direito não deveria ser confundido com licenciosidade – e que, precisamente, careceria existir um tipo de lei que evitasse a interferência de um homem livre em outro (LOCKE, 1998). Para início de discurso, cita como exemplo o estado de natureza e a lei da natureza, possibilitando a aceção de que esta existe por causa daquele para regrá-lo, e dele decorre automaticamente.

O significado maior do poder não estava resumido nas mãos de um (s) representante (s) do governo, mas sim de um dever coletivo e superior de preservar a espécie humana, como descreve:

E para que todos os homens sejam impedidos de invadir direitos alheios e de prejudicar uns aos outros, e para que seja observada a lei da natureza, que quer a paz e a *conservação de toda a humanidade*, a responsabilidade pela *execução* da lei da natureza é, nesse estado, depositada nas mãos de cada homem, pelo que cada um tem o direito de punir os transgressores da dita lei em tal grau que impeça sua violação. Pois a *lei da natureza* seria vã, como todas as demais leis que dizem respeito ao homem neste mundo, se não houvesse alguém que tivesse, no estado de natureza, um poder para executar essa lei e, com isso, preservar os inocentes e conter os transgressores. (LOCKE, 1998, p. 385).

No entanto, era suscetível que, como proteção ao direito individual, o homem fosse tomado por excesso e eventualmente gerasse uma desordem coletiva. Mostrava-se então a imposição de um governo para conter a parcialidade e o excesso da humanidade. O teórico admite “que o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza, que certamente devem ser grandes quando aos homens é facultado serem juízes em suas próprias causas” (LOCKE, 1998, p. 392), mas que o domínio exercido no governo não deveria ser despótico ou desmedido. Isto é uma crítica do autor à monarquia absolutista.

O absolutismo é o causador de um estado de guerra entre todos aqueles que estivessem sob um mandante (LOCKE, 1998), e a liberdade não possui espaço no meio do povo quando este é regido por um autocrata. Por outro ângulo, o estado de natureza modificado, provido de leis instituídas e juízes a solucionar os problemas inter vivos, era contrário ao estado de guerra porque propiciava uma sujeição igualitária e justa à lei (LOCKE, 1998), sustentando o pensamento primário do autor quanto aos direitos de cada homem.

Locke é largamente considerado o pai do liberalismo, que, de acordo com o dicionário Michaelis pode ser considerada como a filosofia que eleva o significado da propriedade privada como parte integrante do ser humano e de seus direitos elementares, limitando a intervenção Poder Público (MICHAELIS ONLINE, 2020). Para ele, a condição humana almejava o trabalho e, para que labor fosse exequível, ferramentas e meios precisariam ser utilizados, o que suscita, implacavelmente, a essência da propriedade privada (LOCKE, 1998).

É claro que, para que o liberalismo se materialize, a dimensão da figura estatal deverá ser reduzida, mas não extinta. A chave conceitual liberalista é que o direito de liberdade somado ao da propriedade orientará, de modo escorreito, como o Estado deverá ser estabelecido:

Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais, e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio *consentimento*. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e *revestir-se dos elos da sociedade civil* é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. [...] Quando qualquer número de homens *consentiu desse modo em formar uma comunidade ou governo*, são, por esse ato, logo incorporados e formam *um único corpo político*, no qual a maioria tem o direito de agir e deliberar pelos demais. (LOCKE, 1998, p. 469).

Em outro parágrafo, confirma-se o disposto acima, visto que “o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade” (LOCKE, 1998, p. 495). O argumento amparador desta ideia e que precisa a extensão estatal é a tripartição do Poder Público, composta por um legislativo, um executivo e um judiciário (1998).

Locke detalha minuciosamente o modo de operação de cada um destes, autônomos, dependentes entre si sendo o mais relevante deles o legislativo (1998), e cruciais para proteger a integridade do ser humano.

Para amalgamar suas convicções sobre Estado, ou ainda o poder que rege uma sociedade política – *commonwealth* – o filósofo dispõe as diferentes modalidades de governo que seriam capazes de prover a salvaguarda dos direitos fundamentais de todo homem:

Tendo a maioria naturalmente em suas mãos, conforme demonstrado, todo o poder da comunidade desde o momento em que os homens originalmente se uniram em sociedade, pode empregar tal poder para baixar leis para a comunidade de tempo em tempo e fazer executar essas mesmas leis por meio de funcionários por ela mesma designados – caso em que a *forma* de governo que se tem é uma perfeita *democracia*. Ou, ainda, pode depositar o poder de elaborar leis nas mãos de um pequeno número de homens seletos e de seus herdeiros ou sucessores, quando então se tem uma *oligarquia*. Ou, ainda, nas mãos de um único homem, quando se tem uma *monarquia* – se nas mãos dele e de seus herdeiros, tem-se uma *monarquia hereditária*; se para ele apenas durante sua vida, mas quando de sua morte, o poder apenas de designar um sucessor retorna à maioria, tem-se uma *monarquia eletiva*. Assim, conforme todos esses modos, a comunidade pode adotar formas

compostas e mistas de governo, segundo julgar conveniente. (LOCKE, 1998, p. 500).

O Estado em Locke não se concentra em apenas uma única forma ou significado. O que ocorre, efetivamente, é que o poder regulador de sociedade deverá ser por ela estabelecido e acordado, mediante um convênio da maioria cônsona, que terá por escopo a preservação máxima de todos direitos e propriedades, sem abusos e isenta de tirania. Locke ainda suporta a dissolução do governo ou a rebelião do povo contra as arbitrariedades daqueles que deveriam representar o impoluto e probidade. Quando o povo sofre, o fim do governo será o melhor a acontecer (LOCKE, 1998).

## 2. DO LIBERALISMO E DO CONTRATO SOCIAL

### 2.1. AS DIFERENÇAS ENTRE PESSOA E ESTADO

Tomado como incipiente o pensamento de Locke para o mundo moderno (em que diz respeito à maioria considerável de nações liberalistas e que possuem um índice de desenvolvimento humano elevado), há que se observar os pontos magnos com mais precisão objetivando de exercê-los em sua forma mais ótima.

A teoria liberalista de Locke, como mencionada no capítulo anterior, abarca em sua essência as recomendações sobre pacto coletivo ensaiadas por outros autores, mas com certo refinamento, ampliando a ideia de descentralização do poderio governamental e ainda a diminuição do fruto deste mando sobre o indivíduo.

Considerações sobre a separação entre particular e Estado partindo do pressuposto da exaltação da liberdade individual juntamente com a propriedade privada aliada a ordem coletiva necessária podem ser alcançados através de um posicionamento primordial subdividido em dois, denominados Direito Privado e Direito Público.

O critério que orienta esta instalação doutrinária, de acordo com Kelsen, é a abstração sobre relações jurídicas (KELSEN, 1999), abstração pois a distinção entre estes dois domínios não está e não pode ser exclusivamente definida, mas é amplamente a mais aceita entre operadores do Direito – sendo que este representa os elos entre sujeitos em uma posição de igualdade e aquele reflete o ligame de um ser supraordenado e um subordinado, de forma que, neste último, o valor jurídico do primeiro supera o do segundo. Deverá isso ser pressuposto ao analisar um caso inserido em um contexto específico, não admitindo-se a ideia de valoração predominante superveniente, uma vez que o Estado existe para o homem e não o inverso.

Numa exegese mais acurada, tem-se que:

A relação típica de Direito público é a que existe entre o Estado e o súdito. Também se costumam designar as relações jurídicas de Direito privado como relações jurídicas *tout court*, como relações “de Direito” no sentido próprio e estrito da palavra, para lhes contrapor as relações de Direito público como

relações “de poder” ou “de domínio”. Assim, em geral, a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semijurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado. Se, porém, se investiga mais de perto em que consiste propriamente o maior valor atribuído a certos sujeitos, a sua supra ordenação em relação aos outros, verifica-se que se trata de uma distinção entre fatos de produção jurídica. E a diferença decisiva é a mesma que subjaz à classificação das formas do Estado. O maior valor que advém ao Estado, isto é, aos seus órgãos, em relação aos súditos, consiste em que a ordem jurídica confere aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, ou, pelo menos, a certos de entre eles - os chamados órgãos da autoridade pública - a faculdade de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade (comando). Exemplo típico de uma relação de Direito público é o comando ou ordem administrativa, uma norma individual posta pelo órgão administrativo através da qual o destinatário da norma é juridicamente obrigado a uma conduta conforme àquele comando. Em contraposição, apresenta-se como típica relação de Direito privado o negócio jurídico, especialmente o contrato, quer dizer, a norma individual criada pelo contrato, através da qual as partes contratantes são juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca. (KELSEN, 1999, p. 196).

É certo que, para o pleno funcionamento do ideal de Locke, a palavra “súdito” utilizada por Kelsen não deve ser empenhada em sua etimologia puramente finalista com o objetivo de evitar afronta ao próprio direito moderno contemporâneo, mas sim como uma que a reconhece dentro do leque de significados da palavra submissão.

Infere-se um dualismo presente entre estas duas figuras, que formarão os pilares sustentadores de uma sociedade liberal cuja existência se desenvolve em uma ordem disposta pelo Direito.

Em um olhar estritamente jurídico, a definição da figura estatal é extensivamente mais complexa do que a do indivíduo e por isso merece mais atenção quando de sua formação, porque o seu efeito coordenará diretamente a organização e a segurança de todos os integrantes envolvidos como dos constituintes posteriores.

Nesta toada, descreve-se que:

É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fáticas deste tipo sem que aquele que tem um tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas - que o poder do Estado tem caráter normativo. O chamado poder estadual é a vigência de

uma ordem jurídica estadual efetiva. Dizer que o governo estadual, que exerce o poder do Estado, tem de ser independente, significa que ele não pode juridicamente ser vinculado por qualquer outra ordem jurídica estadual, que a ordem jurídica estadual só está subordinada à ordem jurídica internacional, se é que se subordina a qualquer outra ordem jurídica. (KELSEN, 1999, p. 202).

O foco nestas palavras resta preferível na menção que carrega “muitas relações de poder fáticas”. Uma assimilação viável é a carência do seu engendramento de acordo com um regulamento jurídico compatível com a sua origem em termos de Direito, na qual se considera grupo populacional, região e forma governamental a ser exercida (KELSEN, 1999), como descrito pelo próprio teórico.

Determinando a descrição acima como uma das duas exequíveis e necessárias para a idealização do Estado, a dizer, esta como Ordem Jurídica e a segunda como Figura Jurídica, tenciona-se a materializar pelo menos uma das faces existenciais do Estado como sendo dotada de personalidade nesta última, não sendo ela idêntica ou parelhada à do particular, mas de alguma forma, presente.

Para Kelsen, a segunda subdivisão do Estado afirma-se tal como uma corporação (1999), que se dispõe em órgãos funcionais orientados pelos próprios princípios do labor em geral (trabalho), que desempenham atividades direta ou indiretamente. Inobstante, a face personalizada do Estado está sujeita ao chamado Direito Internacional, que a tratará de fato, como pessoa, designando-a direitos e deveres pela senda legal. Conclui-se que:

E, assim, tal como sucede em relação à corporação que se encontra subordinada à ordem jurídica estadual, também em relação ao Estado, como corporação submetida ao Direito internacional, pode fazer-se distinção entre deveres e direitos externos e internos: os primeiros são estatuídos pelo Direito internacional, os outros são estatuídos pela ordem jurídica estadual. (KELSEN, 1999, p. 203).

À vista disso, centralize-se que esta entidade é tida como uma sorte de “*macro-ánthropos* ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos” (KELSEN, 1999, p. 199). Tais exposições são concordes para a aplicabilidade do Direito como sendo positivado e natural, vieses que correlacionam a aquiescência dos pontos discutidos por Locke e Kelsen numa sistematização jurídica.

Ainda é pertinente dizer, conforme Kelsen anteriormente menciona o termo “abstração”, que apesar da alteridade fundamental presente entre os dois entes, Ross é outro especialista que concorda em dizer que esta não poder ser exaustivamente descrita ou posicionada em um único desígnio, visto haver, dentro do universo elemental que as englobam tanto quanto fora dele, uma relação indissociável, recíproca e capital (ROSS, 2007), cujos significados tornam-se insustentáveis em suas formas absolutamente independentes.

Segundo o autor, recomenda-se assim proceder na hora de qualificar estas figuras e suas relações, pois os dois direitos não são divididos em propósitos únicos, diferentes, cujos objetivos afastam-se (ROSS, 2007), mas mostram-se como duas maneiras diferentes de olhar um ponto de vista comum, o interesse geral.

Pode-se criar uma associação das anotações de Kelsen com Ross, quando este último diz que:

Segundo a teoria dos sujeitos, o direito público e o direito privado distinguem-se pelos sujeitos das relações jurídicas. O direito privado, de acordo com essa teoria, refere-se àquelas relações jurídicas nas quais ambas as partes são pessoas privadas; o direito público àquelas nas quais pelo menos uma das partes é uma pessoa pública (isto é, o Estado e suas partes subordinadas). (ROSS, 2007, p. 251).

Malgrado a teoria dualista estar presente no alicerce de muitos ensinamentos sobre a teoria geral do Estado, sejam eles progressos ou equívocos à imposta modernidade jurídica, alguns autores tendem a posicionar-se de modo discordante da referida tese, sob o fundamento que não há relação estritamente privada ou pública e que a influência de uma em outra excede o conceito de apenas uma relação de mútuo interesse final, ou de determinada preponderância destes nas tais situações.

Por causa disto, não há entendimento pacífico doutrinário atualmente a respeito do assunto, entretanto, a maioria dos juristas é adepta do raciocínio que embasou os atributos dos atuais âmbitos legais.

Reale ressalva a sobriedade do avanço intelectual do Direito prezando pela razoabilidade da análise nas anotações provenientes da teoria dualista, no porém, alerta acerca da negligência dos registros anteriores quanto às relações de direito:

Nem sempre basta, portanto, a forma para caracterizar as relações, porquanto será sempre necessário o exame do fato social, em si, nas suas

notas próprias e peculiares. Em resumo, caracterização de uma relação dependerá tanto de norma aplicável à espécie, ou seja à espécie do caso em exame, como da natureza do fato social em si e do fim que se tem em vista com a prática do ato. Com relação ao objeto podemos distinguir as relações jurídicas [...], as quais se subdividem em múltiplas categorias, [...], assumindo as mais diversas configurações correspondentes a situações em permanente transformação. Convém, todavia, lembrar a distinção fundamental entre relações de Direito Público e relações de Direito Privado, muito embora o critério por nós adota para distingui-las (maior ou menor interesse imediato pelo bem social ou particular que as determina) esteja também sujeito a frequentes mutações históricas. (REALE, 2001, p. 207-208).

Conglobando as ideias anteriores e o disposto acima, continua dizendo que:

Em nenhuma época da história houve, como na presente, tanta migração de relações intersubjetivas do Direito Privado para o Público, como sinal alarmante da burocratização estatal da vida humana, o que é grave, pois as relações de Direito Público se caracterizam por enlaces de subordinação ou sujeição, enquanto que as privadas se distinguem pela coordenação das vontades num plano de paridade. (REALE, 2001, p. 208)

Desconsiderando a parcela de juriconsultos que se conduzem por princípios opostos, o liberalismo apresentado por Locke fundamentou-se, como demonstrado, no dualismo, até porque, há na ideologia liberal, um elevado apreço pelo enaltecimento do indivíduo e a liberdade das suas relações entre semelhantes, não sendo admissível o tolhimento ou contaminação de tais prerrogativas por interesses estatais que não sejam, definitivamente, o bem da maioria.

Conceba-se então o cânone dualista como teoria do equilíbrio das forças autônomas complementares, por assim dizer, a base do Direito para a modernidade de sociedades liberais.

A despeito de toda a extensividade da categorização dualista que não cabe a este trabalho encerrar, mas modestamente aludir, o Direito não se sumariza em apenas público ou privado, mas sim no positivismo e no naturalismo que o projetarão, verdadeiramente, como Direito.

## 2.2. DIREITO POSITIVADO E O DIREITO NATURAL

A heterogeneidade dos titulares das conceituações de Direito Público e Direito Privado desprende-se do que apenas toca à sua “materialidade” jurídica, ou seja, resumir-se aos princípios e às formas procedimentais dos mesmos. A diferença existente porém indesejável dos dois institutos também é atestada mediante o exame de positivismo e naturalismo sob a perspectiva do liberalismo, duas definições importantes para tornar possível a conjugação prática de ambas as exteriorizações do Direito, ou ainda, Estado de Direito.

Preliminarmente, analise-se as palavras descritas em Teoria Geral do Estado quanto a estes dois, pois, antes de realmente entender o que seja Estado de Direito, importa saber o que é o direito, nos ensinamentos de Carvalho, Garcia e Sousa:

Cumprir partir do seu significado originário: o *ius* (de *iustum*), o que é por justiça devido a outrem. É preciso entender que a lei não cria o direito, mas o reconhece e estabelece as condições de exercício dos direitos subjetivos. É necessário compreender que o direito subjetivo é uma faculdade ou um poder moral essencialmente vinculado ao justo objetivo, e depende deste. É indispensável ter presente que no Estado não reside a fonte única das normas de direito, pois há na sociedade política, em correlação com os grupos ou corpos intermediários que a constituem, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Ora, o justo objetivo é inerente à ordem natural, por isso a lei só é justa se conforme a essa mesma ordem. E os direitos subjetivos fundam-se na própria natureza humana, na dignidade pessoal do homem, na liberdade do ser racional, no seu destino transcendente e eterno. Consequentemente só poderá haver Estado de Direito desde que haja respeito ao direito natural, respeito à ordem superior, à vontade dos detentores do poder e dos que fazem a lei. Então, o Estado de Direito, na plenitude do seu significado, será um estado de Justiça. (CARVALHO, J.; GARCIA, C; SOUSA, J., 1998, p. 208-209 apud ACQUAVIVA, 2010, p. 17-18).

Assim, simbolize-se que para a incorporação do direito como positivo (ou posto) seja necessário reputar que sua origem tenha se dado de um universo naturalístico, elemental, oriundo da humanidade em seu sentido mais estrito – não há direito “posto” sem direito natural.

No significado do Dicionário Michaelis, o direito tido como ínsito compõe-se de princípios inerentes à própria essência do indivíduo (MICHAELIS ONLINE, 2021), que determinarão como o direito das relações será positivado sobre a sociedade pois decorre da alma humana, sua condição universal e irreduzível.

Permanecendo no plano de positivismo e naturalismo, Ihering compendia seu discurso sobre direito como:

A palavra direito, como todos sabem, é empregada num duplo sentido: no sentido objetivo e no sentido subjetivo. O direito no sentido objetivo é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida. O direito no sentido subjetivo é a transfusão da regra abstrata para o direito concreto da pessoa interessada. (IHERING, 2009, p. 25).

Com respeito ao fato de esta subjetividade e naturalismo serem obrigatoriamente íntimos ao positivismo, o autor descreve que “não é, portanto, por acaso, mas por uma necessidade profundamente fixada na essência do direito, que todas as formas substanciais de processo e do fundo do direito se ligam às leis” (IHERING, 2009, p. 27), evidenciando sua interdependência.

Na mesma linha de raciocínio, o direito natural que precede o positivado pode ser explicado como sendo centrado na figura da pessoa humana, sendo que:

A ideia de pessoa é fundamental tanto no domínio da Ética como no campo estrito do Direito. A criatura humana é pessoa porque vale de per si, como centro de reconhecimento e convergência de valores sociais. A personalidade do homem situa-o como ser autônomo, conferindo-lhe dimensão de natureza moral. No plano jurídico a personalidade é isto: a capacidade genérica de ser sujeito de direitos, o que é expressão de sua autonomia moral. (REALE, 2001, p. 216).

A autonomia de natureza moral e a convergência de valores sociais assume, de forma precisa, o teor do naturalismo.

Pois bem, a interação entre ambos só se faz implacavelmente exigida pela razão de como se deu o reconhecimento dos direitos naturais do homem, antes que fossem legiferados e devidamente protegidos, pois “não é o simples hábito mas o sacrifício que forja entre o povo e seu direito a mais sólida das cadeias” (IHERING, 2009, p. 32) – pensamento que alavancará a percepção dos chamados direitos fundamentais e individuais, base do liberalismo, o que será elaborado mais adiante.

Sem embargo, para que uma sociedade possa lançar mão de uma coletividade de regramentos normativos compatíveis com sua trajetória histórica, como instruído por Ihering, ela precisa, através do Estado, fazer com que estas ordens se tornem concretas, afirmativas, reais, incidi-los sobre o próprio povo, não bastando apenas a posição, mas revestidas de compatibilidade.

Tendo como meta a veladura pelos direitos naturais de cada ser, a segurança jurídica resultante da ordem legal conduzirá o comportamento humano, axioma que, caso ignorado, incorrerá no chamado direito defeituoso ou ainda causará

ausência deste (RADBRUCH, 1971 apud ACQUAVIVA, 2010), porque tal propósito é o núcleo da justiça.

Complementarmente, em Teoria Pura do Direito com relação à norma, tem-se que:

Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. (KELSEN, 1999, p. 4).

Adicionalmente, observa-se que estas normas são fabricadas na defluência existencial de um povo que gera para si costumes, ou mesmo comportamento aceitável como normal, usual:

As normas através das quais uma conduta é determinada como obrigatória (como devendo ser) podem também ser estabelecidas por atos que constituem o fato do costume. Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira porque os membros da comunidade habitualmente se conduzem. O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser. Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a ideia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade não se conduz pela forma como os outros membros da comunidade costumam se conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas *postas*, isto é, normas positivas, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume – um costume qualificado – como fato criador de Direito. (KELSEN, 1999, p. 7).

Contemple-se em caráter sintético que para manter a eficácia destes ordenamentos, é exigido que estas sejam correspondentes às condutas que se lhe são submetidas, sob pena da perda de sua validade (KELSEN, 1999). Este é o verdadeiro significado de direito positivo, aquele que, conhecendo as necessidades humanas, características de seu próprio povo, obtidas através do seu

desenvolvimento temporal e de seus próprios vezos torna-as, de fato, como lei, criando assim uma condição de obrigatoriedade para aqueles que desejam a ele subjugar-se, convivendo no mesmo grupo social que o formou e o sustenta pela posteridade.

### 2.3. A APLICAÇÃO DO DIREITO MODERNO COMO CONTRATO SOCIAL

O casamento entre os conceitos retratados até agora gerará, como afirmado por Locke e Kelsen, aquilo se define como a prática moderna do Direito na sua forma integral, arrazoada, em uma lista de princípios, costumes e desejos de uma determinada sociedade que assim queira e determine a sua elaboração, chamada de Lei Maior, Lei Fundamental, Carta Magna ou Constituição.

Deslindando este pensamento, antes que uma lei maior possa ser de fato implementada, ela precisa ser submetida a diversos critérios de valoração de condutas, cujos juízos das possíveis adequações destas condutas, ou não, terão seus resultados extraídos pelos moldes dos costumes e da moral de determinada sociedade.

Compreende-se nos acertos de suposta lei que ela deverá incluir um padrão aceitável de comportamento, uma repressão às práticas contrárias ao padrão, além de todos os instrumentos necessários para assegurar a estabilidade social, ou pelo menos indicá-los, como obtê-los, caso ao tempo da formação do ordenamento magno, a sociedade não disponha deles. Este processo se chamará proposição jurídica (KELSEN, 1999).

Observe-se estes ensinamentos quanto à ciência a ser empregada para fins de elaboração de constituições, certamente, baseando-se no direito natural:

Quando a proposição jurídica é aqui formulada com o sentido de que, sob determinados pressupostos, deve realizar-se uma determinada consequência, isto é, quando a ligação, produzida por uma norma jurídica, dos fatos estabelecidos como pressuposto e consequência e expressa na proposição jurídica pela cópula “deve (-ser)” (Sollen), esta palavra não é empregada no seu sentido usual – como já notamos acima e deve uma vez mais ser bem acentuado. Como “dever-ser” exprime-se usualmente a ideia do ser-prescrito, não a do ser-competente (ser-autorizado) ou a do ser-permitido. O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-

prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências. Quer isto dizer: com o “dever-ser” (Sollen) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas. Este “dever-ser” apenas exprime o específico sentido com que entre si são ligados ambos os fatos através de uma norma jurídica, ou seja, numa norma jurídica. A ciência jurídica não pode exprimir esta conexão produzida através da norma jurídica, especialmente a conexão do ilícito com a consequência do ilícito, senão pela cópula “dever-ser”. Para traduzir o sentido específico com que a norma jurídica se endereça aos órgãos e sujeitos jurídicos, aquela não pode formular a proposição jurídica senão como uma proposição que afirme que, de acordo com determinada ordem jurídica positiva, sob certos pressupostos deverá intervir uma determinada consequência. (KELSEN, 1999, p. 55).

Imprescindivelmente, a norma maior terá que ser não apenas uma letra, mas uma tradução imediatamente correlata às características do povo que a elabora com sustentação no binômio descrito por Kelsen.

Ainda sobre a ciência jurídica, descreve:

As proposições jurídicas a serem formuladas pela ciência do Direito apenas podem ser proposições normativas (Soll-sätze). Mas – e é esta a dificuldade lógica que se rios depara na representação desta realidade -, com o emprego da palavra “dever-ser”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser mas também as normas de dever-ser (Soll-Normen) podem ser descritos. Particularmente, a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento, e também não implica qualquer espécie de aprovação da norma jurídica por ela descrita. O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional. (KELSEN, 1999, p. 56).

Eis o trabalho dinâmico a ser acertado por aqueles que irão compor o grupo que realizará o juízo mencionado nos parágrafos anteriores.

Ainda sobre o que tange a ciência jurídica e seu objeto, que é, verdadeiramente, a assunção de regras fundamentadas em valores (KELSEN, 1999) – (*wertfreie*) – que significa que as normas necessitarão ser destituídas de metafisicismo e de emoções de qualquer natureza, prezando assim pela objetividade das leis, garantindo, ou ao menos próximo disso, a obediência dela por todos de modo racional.

Há autores que ensinam sobre a “objetividade absoluta” de Kelsen como não praticável, talvez pelo fato de moral e ética relacionarem-se, de alguma forma,

com os sentimentos de um particular grupo social, influenciando assim, nas formações das leis oriundas da constituição, porque a própria constituição observaria tais valores.

Igualmente, não é criterioso considerar que a formação do mecanismo regulador e garantidor de uma sociedade seja produto sujeito às particularidades de um ser, ou um grupo de indivíduos, mais especificamente aqueles que serão legitimados para lavrar as leis de uma nação, tendo em mente a “subjetividade inegável” ensaiada por alguns teóricos.

Silva analisa Kelsen como preposto do puro sentido jurídico da norma, desprovido de qualquer fundamentação sociológica, política ou filosófica (SILVA, 2005), o que, entretanto, não é verdade, como analisou-se anteriormente.

É impossível, de acordo com o entendimento de estado jurídico de direito, erguer uma norma com cunho constitucional se ela não atentar, infalivelmente, para os valores de todo o povo que a elabora. Se a ciência jurídica, que cria a norma jurídica, não comporta juízo de valor, as normas dela geradas não terão sentido.

Continuando na seara da conceituação, Bastos explica, com alvo de trazer um significado mais profundo de constituição à sua obra, que não é possível resolver, detalhadamente, em uma única definição o que ela seja (BASTOS, 1999), mas que, em sentido lato, aborda como forma de expressão material as forças de uma sociedade, como de cunho político, econômico, religioso e afins.

Diz-se ainda que:

A palavra constituição vem do latim *cum + stituto*, constitutivo, de *constituere* (constituir, construir, edificar, formar, organizar). Tem como sinônimo o vocábulo compleição, que também contém a ideia de um todo formado, estruturado, ordenado, isto é, de unidade na multiplicidade. [...] Em termos jurídicos-políticos, a Constituição é a lei fundamental do Estado, lei que um povo impõe aos que o governam, para garantir-se contra o despotismo destes [...]. (ACQUAVIVA, 2010, p. 74-75).

Sabendo que a norma geral é, antes de tudo, um instrumento capaz de gerar força ao Estado, ela foge à sua essência se usada para abuso. Apesar da constituição ser gerada a partir da abstenção de parcela dos direitos, oriundos do pacto social, caso ela demonstre-se como um meio de juristas (ou aqueles que estejam encarregados de fazê-la, no caso da sociedade liberal com poderes tripartidos, o poder legislativo) derramarem a sua própria vontade sobre o povo, ela não poderá subsistir, já que ela, por excelência, deve expressar a identidade de uma nação, não de um grupo.

Nos séculos anteriores, ainda distante do hoje chamado direito moderno, as cartas estatais, leis magnas, lei maior e similares tratavam, com teor de primazia, a estruturação do Estado e tudo a ele relacionado, dispondo sobre a população em segundo plano. Com o advento do olhar sociológico do Direito, a esquematização de governos preferiu a dignidade humana ao Estado, não tratando o pacto social de Hobbes como ele visionou ideal, mas sim na forma ideal para cada povo.

Sobre essa transição de foco, a humanização do Direito, o juízo de valor da ciência para legislar, o zelo para com o direito natural, tornou o direito constitucional de fato, moderno, sendo aplicado em muitos países atualmente, inclusive no Brasil. Reale leciona que:

O Direito Constitucional tem por objeto o sistema de regas referente à organização do Estado, no tocante à distribuição das esferas de competência do poder político, assim como no concernente aos direitos fundamentais dos indivíduos para com o Estado, ou como membros da comunidade política. Nas Constituições contemporâneas, ao invés de se disciplinar primeiro a organização do Estado, como antes se fazia, para depois serem estabelecidos os direitos e garantias fundamentais, começa-se pelo enunciado destes, o que demonstra que, no Direito atual, os poderes do Estado são estatuídos em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade. Por outras palavras, o social prevalece sobre o estatal. Esta é a orientação seguida na Constituição de 1988. (REALE, 2001, p. 322-323).

Consagre-se que, a Constituição brasileira de 1988 aborda, no sentido sociológico, a suma do conceito sobre contrato social que engloba os direitos do povo com grande amplitude (REALE, 2001), não levando em conta apenas os de cidadania, mas também sociais. A variedade de direitos do ser humano considerados e tratados é vasta, compondo a lista os direitos sobre a vida, propriedade, privacidade, saúde, trabalho, dentre outros.

Ainda sobre a norma constitucional, entenda-se que elas são consideradas supremas, à medida que, todas as outras, decorrem delas (REALE, 2001), não existindo espaço assim, para normas divergentes, ao todo ou em parte.

Infelizmente, esse pressuposto de validade não isenta a sociedade dos vícios quando da tratativa desses direitos, muito menos impede a produção, por parte de delegados do Estado, de normas infraconstitucionais ineptas, colocando em risco a estabilidade de todo este grupo.

### 3. DOS LIMITES DO PODER INTERVENCIONISTA DO ESTADO

#### 3.1. ESTADO MÍNIMO

Rousseau, um dos pesquisadores sobre a teoria do contrato social, em sua obra menciona que a convivência em sociedade se deve ao fato da integral abstenção dos direitos privativos (2002), porque somente assim seria possível estabelecer a eficácia do poder gerado pela negação das vontades próprias. Uma hipótese para isso, de acordo com ele, seria o fato de obrigar a coletividade igualmente, não concedendo privilégios específicos a quem quer que seja.

Para o cientista, a hipótese do homem ser possuidor de uma liberdade pertinente ao direito natural humano (como aquela valorizada pelo liberalismo), seria passível de eventuais problemas quando do controle de uma sociedade que assim visse seus indivíduos, capaz de gerar instabilidade e assim cancelando o referido pacto social:

Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de diversos; contudo, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará ele, sem se prejudicar, sem negligenciar os cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto, pode ser enunciada nos seguintes termos. “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.” Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou. Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para outros. Além disso, feita a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto o pode ser, e nenhum associado tem mais nada a reclamar; porque, se aos particulares restassem alguns direitos, como não haveria nenhum superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, cada qual, tornando

nalgum ponto o seu próprio juiz, pretenderia em breve sê-lo em tudo; o estado natural subsistiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou inútil. Enfim, cada qual, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre quem não se adquira o mesmo direito que lhe foi cedido, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e maior força para conservar o que se tem. Portanto, se afastarmos do pacto social o que não constitui a sua essência, acharemos que ele se reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”. (ROUSSEAU, 2002, p. 23-26).

Na ótica liberal, a ideia de abstenção máxima dos direitos não é aceita, diferentemente da teoria de Rousseau.

Em Dois Tratados Sobre Governo, o auto cancelamento, como da mesma forma que para Hobbes (HOBBS, 2020), a nulificação das vontades dever-se-á dar na medida tão quanto for necessária para a proteção da coletividade, sendo ainda esta negação passível de análise antes de seu concebimento, refutando assim, a ideia de abstenção total.

Locke demonstra:

É assim que os homens – não obstante todos os privilégios do estado de natureza –, dada a má condição em que nele vivem, rapidamente são levados a se unirem em sociedade. Donde se segue que raramente encontramos algum grupo de homens vivendo nesse estado. As inconveniências a que se veem expostos em razão do exercício irregular e incerto do poder que cada um detém de castigar as transgressões de terceiros impelem-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de um governo e a nele buscarem a conservação de sua propriedade. É isso o que leva cada qual a renunciar a seu poder individual de castigar para que este passe a ser exercido por um único indivíduo, designado para tal fim entre eles – e segundo as regras que a comunidade, ou aqueles por ela autorizados para tal fim, concordem devam vigorar. E aí encontramos o direito original e a origem dos poderes legislativo e executivo, bem como dos governos e das sociedades mesmos. Pois no estado de natureza, para omitir sua liberdade no que toca aos prazeres inocentes, tem o homem dois poderes: O primeiro consiste em fazer tudo quanto considere oportuno para a preservação de si mesmo e de outros dentro dos limites permitidos pela lei da natureza, por cuja lei, comum a todos, ele e todo o resto do gênero humano formam uma única comunidade, constituem uma única sociedade, distinta de todas as outras criaturas. E, não fosse a corrupção e a perversidade de homens degenerados, não haveria necessidade de nenhum outro poder – não seria preciso que os homens se afastassem dessa grande comunidade natural e se unissem, mediante acordos positivos, em sociedades menores e separadas. O outro poder de que dispõe o homem no estado de natureza é o poder de castigar os crimes cometidos contra a lei. A ambos esses poderes ele renuncia quando se agrega a uma sociedade política privada, ou, se assim pudermos chamá-la, particular, e incorpora-se numa comunidade distinta do resto da humanidade. Ao primeiro poder, ou seja, o de fazer tudo quanto considere adequado para a preservação de si e do resto da humanidade, ele renuncia para que seja regulado por leis elaboradas pela sociedade, na proporção que o exijam a conservação de si mesmo e do restante da sociedade – leis da sociedade essas que, sob vários aspectos, limitam a liberdade de que gozava segundo

a lei da natureza. Em segundo lugar, renuncia por completo ao poder de castigar e empenha sua força natural (que anteriormente poderia empregar na execução da lei da natureza, mediante sua autoridade individual, conforme julgasse conveniente) para assistir o poder executivo da sociedade, segundo a lei desta o exija. Pois encontrando-se agora em um novo estado – no qual haverá de usufruir muitas vantagens oriundas do trabalho, da ajuda e associação de terceiros na mesma comunidade, bem como de proteção pela sua força integral –, deverá igualmente abdicar da liberdade natural de que dispunha para prover a si mesmo, na proporção em que o exijam o bem, a prosperidade e a segurança da sociedade, o que não apenas é necessário mas também justo, uma vez que os demais membros da sociedade procedem da mesma forma. (LOCKE, 1998, p. 497-499).

Acredita-se que o fundamento para determinadas alegações seja o de evitar a má gerência estatal que possa porventura nascer do contrato coletivo, caso seja a ele concedido alto nível de controle por manifestação de renúncia absoluta dos direitos individuais tal como descrita por Rousseau, ou ainda de modo inadvertido pelos constituintes.

A preconização da isenção estritamente necessária será o alicerce ideológico que norteará uma sociedade, em tese, balanceada, que luta por liberdade contra o despotismo de um único indivíduo ou um único grupo cujo propósito seja abusar do seu poder estabelecido para oprimir a coletividade, desconsiderando suas humanidades e suas propriedades, corpóreas ou não.

Determina-se então, um patamar de Estado Mínimo, a ser causado pela entrega da parcela mínima específica das volições dos integrantes do corpo social, esta sim, em sua totalidade, a fim de assegurar a todo indivíduo a liberdade devida à qualidade inerente do ser humano, reputada como irreconciliável numa sociedade que empenha-se em honrar as prerrogativas naturais e fundamentais daquele.

O Poder Público, mais especificamente aquele que gera a força do Estado – legislativo – não deverá, jamais, se estender para além do efetivo crucial requerido para o bem comum (LOCKE, 1998), o que, caso venha a ser desconsiderado, ensejará dominação, fazendo cair por terra toda a estrutura levantada pela soberania do acordo coletivo.

A extensão da atividade estatal mínima (executiva e judiciária) da mesma forma como para o legislativo, obrigará-se à na objetivação da aplicação das leis criadas pelo povo para o próprio povo, empregando a força da comunidade em seu solo pátrio com o único fim de estabelecer a paz, a segurança e o bem público (LOCKE, 1998).

### 3.2. A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

Tomadas as diversas considerações sobre atuação estatal e sua devida dimensão, é cabível ainda dizer que, em qualquer plano jurídico bem estabelecido, a intervenção, mesmo que mínima, deverá incidir sobre a sociedade na forma de autoridade que dispõe de força (compulsão), visando garantir sua higidez de estabilidade política e jurídica (ROSS, 2007). Ainda pode-se dizer que esta autoridade lança mão do recurso de competência social, esta, previamente delegada pelos contratantes do pacto social para que o Estado realize a aplicação dos direitos materiais previstos em sede de ordenamento jurídico público.

Quanto à autoridade e sua extensão, Ross ensina que:

Autoridade significa competência como função social; a competência não é conferida à pessoa competente para a proteção de seus próprios interesses, mas para a proteção dos interesses de uma comunidade. O propósito social se manifesta através de restrições tanto relativas ao exercício da competência quanto relativas ao seu conteúdo. Relativamente ao exercício: enquanto a competência privada pode ser exercida livremente, conforme agrade ao indivíduo, o exercício da competência social é um dever, um cargo no sentido mais lato, tal como há deveres mais ou menos definidos, relativos à maneira na qual se exerce competência [...]. Relativamente ao conteúdo: enquanto a competência individual é autônoma, isto é, limitada ao poder de obrigar o indivíduo o outros mediante o consentimento destes, a autoridade é heterônoma, isto é, envolve o poder de obrigar outros [mesmo] sem o consentimento destes. (ROSS, 2007, p. 241).

Evidencia-se que o anseio social firmado por uma sociedade carece de ser implementado através de coerção, pois ela caracteriza a uniformização do poder estatal aplicado sobre todos, independentemente de suas vontades, visando o bem comum como alvo.

A coerção é o que promete – prometer, pois não é possível, em hipótese alguma, asseverar integralmente a obediência por cada um dos contratantes – o cumprimento da custódia dos direitos e deveres dos subordinados assumidos pelo Estado, mesmo que em caráter preemptivo ou remediativo, neste último caso haja descumprimento dos preceitos acordados por um ou mais dos pactuantes.

Kant assinala a coerção como atrelada ao direito, e que este direito, em amplo significado, pode ser definido como a limitação da liberdade individual até o

considerado permitido para a convivência harmoniosa em sociedade (KANT, 1891). Desta forma, a limitação da liberdade por atos externos à vontade de alguém, pode ser considerada como coerção ou compulsão.

Conservando-se no prospecto da necessidade da intervenção, admite-se ainda o pensamento de que o direito instituído como ordenamento é uma ferramenta de controle social (LUMIA, 2003). O controle se faz necessário quando se busca manter em ordem algo que por si só não atende às pretensões ideais do que se entende por “equilibrado” em um determinado grupo social. Lumia destaca que o direito é a forma mais efetiva de controle, mas que esta não se consagra como a única existente.

O entendimento que conserva a aplicação da coerção pode ser tido como o mesmo que busca salvaguardar a individualidade constituinte da integralidade (social), porque, se um indivíduo abstém de parcela de seus direitos para que o Estado os guarde, e assim, não podendo usar de sua própria força para mantê-los, cabe à figura estatal usar da força delegada para proteger os direitos de todos.

Considerando que o homem sem o direito descerá ao nível bárbaro (IHERING, 2009), a intervenção do Poder Público se faz devida para, além de proteger o bem universal, guardar também o direito individual que foi dispensado em parte para a existência do Estado.

A preservação de direitos coletivos e individuais através da manutenção da ordem jurídica com poder coercitivo, também pode ser descrita na promoção e tutela (ACQUAVIVA, 2010) da educação, saúde e seguridade social. A educação é fundamental para a construção do ser humano e jamais deve ser objeto de ato atentatório por qualquer pessoa, física ou jurídica, fato que dirige a responsabilidade de proteção deste direito pelo Estado. Igualmente se considera a saúde, claro dever que incumbe ao Poder Público pois é seu compromisso almejar a posteridade e integridade física dos seus constituintes, estando, aliada a ela, a seguridade social, que difere em essência de segurança coletiva. Aquele trata de políticas públicas e este concerne à imperturbabilidade sociopolítica.

A interferência necessária do Poder Público é mais do que requisitada, pois ela evita o próprio decesso da civilização. Se cada indivíduo tem a liberdade de buscar o seu próprio interesse dentro dos limites instituídos, não se atribui a ele o comprometimento de prezar pelos outros semelhantes, pelo menos de forma

finalística, tendo a mesma ótica em consideração a inevitabilidade de conservar o estruturamento social.

A finalidade da coerção resultante da imissão é ser mínima, afetada, e acima de tudo, não despótica mesmo que reduzida, sempre estimando a vontade individual, aquela que se adequa aos arquétipos previstos legalmente e tida como moralmente aceita pela sociedade que a fez. Além disso, ela deve zelar por assuntos que não são da alçada individual por excelência, já que o ânimo do Estado preceitua a conservação da ordem e esta absorve uma multiplicidade de elementos que não podem ser designados à apreciação individual, justamente por não ser fidedigna ao alvo do bem comum e também por não ser isenta de parcialidade.

Acerca disto, Rousseau diz que:

Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão. O interesse particular pode faltar-lhe de maneira totalmente diversa da que lhe fala o interesse comum: sua existência absoluta, e naturalmente independente, pode fazê-lo encarar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos outros que o pagamento oneroso para si; e, olhando a pessoal moral que constitui o Estado como um ser de razão, pois que não se trata de um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão, sem querer preencher os deveres do vassalo: injustiça, cujo progresso causaria a ruína do corpo político. A fim de que não constitua, pois, um formulário inútil, o pacto social contém tacitamente esta obrigação, a única a poder dar forças às outras: quem se recusar a obedecer à vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto [...]. Assim é esta condição: oferecendo os cidadãos à pátria, protege-os de toda dependência pessoal; condição que promove o artifício e o jogo da máquina política e que é a única a tornar legítimas as obrigações civis, as quais, sem isso, seriam absurdas, tirânicas e sujeitas aos maiores abusos. (ROUSSEAU, 2002, p. 29-30).

Situadas as principais incumbências e a necessidade da interposição do Estado, restam identificados os parâmetros da imparcialidade, responsabilidade, razoabilidade e da objetividade. O alcance do mando estatal não poderá se sobrepor ao indivíduo a não ser para garantir a ordem pública em todas as suas extensões, resguardando-se do intrometimento no âmbito privado para prejudicar o particular e seus direitos, presente sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio pré-estabelecido.

No Brasil, nação com ideologia política vinculada ao liberalismo e suas evoluções (neoliberalismo), a forma escolhida para delimitar a atuação do Estado, suas ramificações, como a sua permanência perante as relações privadas e aos direitos dos particulares, foi descrita na Constituição da República Federativa do

Brasil, promulgada em 1988. Tão elevado o interesse da preservação da vida privada na elaboração desta Constituição, que a alcunha a ela atribuída foi o de Constituição Cidadã.

A referida norma magna traz a veladura do jusnaturalismo, o direito natural do ser humano como base de todo o ordenamento jurídico por ela produzido, imediato ou mediato. Este direito natural está diretamente ligado ao caráter sociológico da população brasileira, os costumes e principalmente a moral tida como modelo ético para a coletividade, além de comunicar-se com o direito internacional, conforme leciona a teoria de Hans Kelsen.

A sociedade brasileira que deu à luz esta Lei Maior, estabeleceu as diretrizes do trabalho estatal, como também descreveu, de modo detalhado, os direitos e deveres de cada cidadão, inclusive, sua proteção contra os possíveis abusos do Poder Público sobre estes mesmos direitos.

Atualmente, são tidos os elementos acima descritos como os institutos dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que este relata a previsão legal das medidas protetivas (ou ainda, remédios constitucionais) dos direitos fundamentais, originários do jusnaturalismo e sua possibilidade de exercê-los contra arbitrariedades, e aquele, a existência material das prerrogativas propriamente ditas, lavradas como normas.

### 3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE DO SER HUMANO

A aplicabilidade da tese de Kelsen quanto a norma maior ou fundamental e sua relação com a humanidade dos direitos se basear no direito internacional realiza-se quando o Brasil tornou-se pactuante da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovando a sua convenção internamente.

De acordo com Bobbio, tal pacto simboliza a única “prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.” (BOBBIO, 2004, p. 17). Pode-se dizer que há uma gama de prerrogativas que foram internacionalmente consideradas como de elevada importância e carentes de uma

proteção avultada, mediante anuência mútua de nações que assim também os ponderem.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, onde muitos padeceram face às atrocidades de governos em disputa por ideais políticos e econômicos distintos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu em 1945 para prevenir futuros descomedimentos e desfortúnios oriundos das divergências entre Estados, a exemplo do conflito armado que acabara de ceder seu lugar à paz.

A principal incorporação dos ditames na Declaração estão nos Direitos e Garantias fundamentais explorados pela Constituição Federal de 1988, no caso da República Federativa do Brasil que, há pouco saíra do Regime Militar (1964) onde similarmente foi testemunha de casos similares aos da 2ª Grande Guerra, como assassinatos sem sentido, tortura, perseguição política etc., com sua origem em maior parte no Poder Público legitimado para tal fim.

Destarte, verifique-se que:

Ora, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, como dissemos até aqui – representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados da Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. [...] A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro [...]. (BOBBIO, 2004, p. 20-21).

Ainda sobre a compreensão quanto aos direitos fundamentais, Ihering destaca que:

É uma concepção verdadeiramente romântica, isto é, que assenta sobre uma falsa idealização nas circunstâncias do passado, admitir que o direito se forma sem dor, sem custo, sem ação, como a erva dos campos; a dura realidade ensina porém o contrário. [...] A circunstância de o direito não caber por sorte aos povos sem dificuldades, antes de terem eles, para o obter, de se agitar e de lutar, combater e derramar o próprio sangue, essa circunstância

precisamente cria entre eles e seu direito esse laço íntimo que o risco da vida cria no parto entre a mãe e o novo filho. Um direito adquirido sem custo não vale, nem mais nem menos, que o menino encontrado sobre uma couve, no conto feito para crianças. Desse menino pode qualquer um apoderar-se. Mas a mãe que deitou o filho ao mundo não deixará que alguém o tome, como um povo não deixará jamais roubar os direitos e as instituições que conquistou à custa do próprio sangue. Podemos afirmar sem rodeios: a energia do amor com que um povo está preso a seu direito e o defende está na medida do trabalho e dos esforços que lhe custou. (IHERING, 2009, p. 30-32).

Estando o corpo social brasileiro munido deste entendimento e focado em evitar a recorrência destes acontecimentos, promoveu o soerguimento dos direitos humanos, estes, mundialmente vistos como imprescindíveis de resguardo, criando para si a blindagem e os mecanismos para sua proteção, com a instauração dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Numa inspeção mais aprofundada, é possível afirmar que a Declaração Universal preceitua quatro ordens de direitos do indivíduo:

Logo de início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação. (BASTOS, 1999, p. 149).

Ressalta-se, que a convenção internacional acerca dos direitos não obriga a todos os Estados do mundo à sua sujeição, apenas aos países que assim escolherem se submeter. Cabe a cada nação determinar a forma de acolhimento destas proteções no ordenamento jurídico pátrio, na forma de legislação (BASTOS, 1999). No caso do Brasil, estes foram recepcionados na própria carta constitucional.

Considere-se, portanto, o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988, preâmbulo).

Evidencia-se a manifestação expressa do poder constituinte quanto a acomodação da salvaguarda dos direitos humanos no ordenamento pátrio, os quais estão mais especificamente descritos nos arts. 1º ao 5º, juntamente com seus incisos e alíneas. Este último artigo arrola o que se descreve como “direitos individuais e coletivos”, cuja derivação é do título II do livro que enuncia “dos direitos e garantias fundamentais”.

Leia-se no quinto artigo da Constituição Federal do Brasil de 1988:

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:”. (BRASIL, 1988, art. 5º).

Sobre tais direitos, é correto afirmar que são de caráter constitucional porque estão inseridos ou ainda contém uma declaração solene estabelecida pelo poder constituinte (SILVA, 2005), e que, estes se fundamentam na soberania popular.

A soberania popular, na forma representada pela Assembleia Constituinte que gerou a Lei Maior brasileira, simboliza em teor máximo o entendimento de que o poder pertence ao povo, povo este que observa as suas próprias perdas e ganhos, suas dificuldades, suas ambições e, acima de tudo, tem por desígnio maior a conservação de si mesmo, ascendo ao topo da escala de valores normativos a autonomia da vontade, do pensamento, da dignidade da pessoa humana. É a resposta da humanidade face às árduas perdas devido a ignorância dos supramencionados direitos.

Diga-se ainda que os direitos fundamentais relacionados ao homem-indivíduo são aqueles que reconhecem a autonomia dos particulares, garantindo independência e proteção perante demais indivíduos e o Estado (SILVA, 2005).

### 3.4. O CONTROLE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não sendo mais objeto de arguição quanto a preservação da dignidade da pessoa humana na concepção destes direitos, é salutar comentar sobre a

necessidade do esclarecimento da aplicabilidade destas mesmas prerrogativas. Não é sensato atentar para a qualidade absoluta dos direitos fundamentais, já que o próprio cerne do ordenamento jurídico seria abalado quando o Estado perdesse a sua força ao se deparar de modo conflitante com estes direitos numa relação público-privada ou ainda privada-privada.

Mesmo com a predominância dos direitos fundamentais sobre a figura do Estado – já que a dignidade humana é a base da própria constituição brasileira, como antes visto – não cancela a possibilidade de o Poder Público, utilizando da razoabilidade e proporcionalidade em exame ao caso em pauta, detentor do conflito, empregar o controle de direitos fundamentais, novamente, com a emérita finalidade de conservar o bem público pois não é facultado ao particular prejudicar outrem usando de sua liberdade, dentro dos termos de um ordenamento lógico jurídico.

Para isto, foram elaborados métodos constitucionais (pois estão dispostos na própria Carta) para determinação da eficácia e aplicabilidade das normas que contém a matéria dos direitos fundamentais.

Sobre a delicadeza da matéria em destaque, Bobbio leciona, em exemplo sobre conflitos de direitos fundamentais que:

Além das dificuldades jurídico políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. Casa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica é única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea. Entendo por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. [...] Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e outro

começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 24).

Tomando ciência da dificuldade em relação ao assunto, vale recordar que, conforme o que o autor menciona, a não é suscetível ao particular decidir sobre estes possíveis conflitos. A incumbência para sanar estas complicações é do Poder Público.

É tido como pacífico o entendimento de que a natureza dos direitos fundamentais são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da integridade da compleição da dignidade humana (SILVA, 2005), na forma de normas constitucionais. Diz-se de situações jurídicas porque, como dantes visto, manifestar-se-ão através de relações jurídicas, sejam elas privadas ou mistas de pública e privada.

No que tange ao controle, a eficácia de aplicabilidade das referidas normas dependerão de elementos externos a elas, para que sejam efetivadas em casos concretos.

Sendo assim, comenta Silva que:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quanto estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias das democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (SILVA, 2005, p. 180).

Sendo a eficácia e a aplicabilidade os dois critérios mínimos de avaliação sobre a assunção ou não de um dispositivo na Constituição em relação aos direitos fundamentais, o método a ser empregado para determinar o critério de proteção ou uso destes direitos será o da hermenêutica constitucional.

Há normas constitucionais, a exemplo do próprio artigo 5º § 1º da Constituição Brasileira, que possuem aplicabilidade imediata, ou seja, estão a valer a

partir do momento da promulgação da Constituição os dizeres ali contidos, contudo, ressalvando-se a questão da eficácia que dependerá, majoritariamente, do conteúdo específico grafado junto à norma dizente ao direito protegido ou ainda de outra norma que orientará o modo de eficácia do mencionado direito.

A eficácia será de fato, aplicada, em contexto prático quando o processo legislativo que criará determinada norma, tocar na esfera que contém o direito fundamental. Está a cargo do Estado explicitar, no modelo previsto constitucionalmente, como tais direitos poderão ser demandados e utilizados, por meio de normas infraconstitucionais.

Isso não obsta, todavia, o trabalho do poder judiciário, por instância, quando determinada ação judicial é submetida à apreciação de determinado magistrado, que envolve direitos fundamentais. O magistrado deverá, sempre, utilizando da motivação de sua decisão e de seu livre convencimento (art. 93, IX da Constituição Federal do Brasil), decidir como será dada a tutela sobre as prerrogativas. O trabalho da justiça deve ser síncrono e aliado ao do legislativo, sob pena de os atos decorrentes da relação que envolvem tais direitos serem considerados alvo de censura e contingentemente, nulidade.

É este o pensamento de Canotilho, sobre este trabalho do Poder Público:

A positividade é dotada de eficácia vinculativa à medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por último, vinculação negativa dos poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2002, p. 1102-1103).

Ainda sobre a constitucionalidade de atos normativos e sua decorrência, salienta-se as palavras de Bastos:

As normas de direito encontram seu fundamento em outras normas jurídicas. Encadeiam-se de tal sorte a dar origem a um complexo sistema normativo, fora do qual não podemos imaginar nenhuma regra de direito: ou bem ela se coloca dentro do sistema, dele passando a retirar sua força obrigatória, ou permanece fora do referido sistema, caso em que deixa de existir como regra de direito. Diante, pois, de qualquer relação jurídica, um contrato, por exemplo, que não deixa de ser uma norma pelo fato de regular uma situação concreta, podemos indagar: Por que existe em face do direito? O que o torna direito, para trazê-lo para dentro do universo normativo, ao qual o Poder Público empresta a sua força coercitiva? O contrato constitui norma entre as partes que o celebraram em razão da existência de uma outra norma que diz

que os contratos devem ser cumpridos, sob pena de sanção. (BASTOS, 1999, p. 292-293).

Bastos realiza uma analogia da existência de uma relação jurídica privada ser possível, apenas porque está disposta constitucionalmente. Caso contrário, tal relação e todos os atos dela decorrentes, seriam inválidos.

É a teoria de Kelsen mencionada anteriormente que sustenta que o fundamento da validade de uma norma apenas pode ter sua validade por outra norma (KELSEN, 1999).

Se a validade de um ato normativo e todos os processos dele decorrentes está vinculado à estrita coerência ao ato normativo fundamental que o gerou, então não se deve permitir, em momento algum, a prevalência de atos desvinculados da Carta Constitucional.

O pressuposto de validade para atuação do poder legislativo, executivo e judiciário estão firmados única e exclusivamente pela Lei Maior, e dentro dos limites que ela mesma determina, sendo que, tudo o que se desprende disto, é inconstitucional e, como resultado, completamente ilegal. Se é ilegal, então estará suscetível de punição, pois foge ao regramento acordado pelo pacto social.

Em síntese, a eficácia dos direitos sobre a concretude de casos está sujeita, em grande parte, ao entendimento do Poder Público. Até este ponto não há problema e é até lógico que assim se faça, entretanto, o revés aparece quando o trabalho do Estado se torna maculado por arbitrariedade, prejudicando, não importando a extensão dos efeitos, a dignidade da pessoa humana.

Prejudica-se, porque cada integrante do pacto social desconsiderou-se parte de si próprio para a proteção dele mesmo e da coletividade. Quando se atesta o elo fraco sustentador do poder Estatal nestas situações, fica óbvio o dano para toda a coletividade, sem mencionar o produto mais danoso a todo o povo, que é a certeza da incerteza.

### 3.5. DIREITO À PRIVACIDADE

Sobre a qualidade fundamental deste direito, dispõe a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu art. 5º, inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

É mais que aceitável a ideia de que o direito à privacidade, ou ainda à vida privada seja indispensável quanto à manutenção da dignidade da pessoa humana, pois é intrínseco a ela.

Em relação a isso, Sarlet comenta Kant dizendo que:

Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant, que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, construindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nesta premissa, Kant sustenta que “o Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou aquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. (KANT, 1980, p. 103-162 apud SARLET, 2006, p. 33).

Há uma semelhança entre o teor da norma constitucional e a explicação doutrinária lecionada por Kant, através das palavras de Sarlet. Todos os aspectos da vida, mais especificamente os da vida privada, são associáveis com a dignidade humana.

A prova disto é que a valorização da pessoa humana com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos pós segunda guerra gerou a percepção mundial acerca da gravidade deste assunto, sendo dever da própria civilização conhecer destes direitos e protegê-los, tendo o Brasil, através do poder constituinte, aderido ao mencionado tratado.

Ainda se diz sobre a esfera deste direito à vida privada, que os representantes do povo ao elaborarem a Constituição tinham em mente o juízo de que os danos ou ameaças a direitos não eram simplesmente materiais ou físicos, mas poderiam ser ainda mais sutis (BASTOS, 1999), como aqueles que ofendem a honra,

dignidade, a imagem e os sentimentos, todos conexos, pode-se dizer, ao direito à privacidade ou vida privada.

Não obstante, salienta-se o disposto em um acórdão publicado pelo Tribunal Constitucional de Portugal acerca da dignidade da pessoa humana:

A ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente. (Tribunal Constitucional de Portugal, acórdão nº 90-105-2, ministro relator Bravo Serra, julgado em 29/03/1990).

Em sincronia com o disposto no acórdão e nas palavras de Bastos, é conveniente comentar que o inciso X do art. 5º da Constituição pode ser considerado como direito complementar ao direito à vida (SILVA, 2005), e que é necessário compreender que o direito à privacidade é de caráter amplo, e abrange todas as manifestações da esfera íntima e pessoal.

Mais nas palavras de Silva, este cita Matos Pereira, e tem-se que:

Toma-se, pois, a privacidade como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”. (MATOS PEREIRA, 1980, p. 15 apud SILVA, 2005, p. 206).

No que concerne à vida privada em uma observação mais profunda, Silva comenta:

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. (SILVA, 2005, p. 208).

Sobre estas disposições, constate-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos que:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, art. 12).

É evidente a dificuldade sobre o trabalho de aplicar os conceitos materiais de proteção à vida privada tanto constitucionais como os previstos na Declaração Internacional, dada a progressividade que o mundo e o próprio Direito estão inseridos. Seria insensato acometer apenas a definição constitucional e as possíveis matérias dela decorrentes como os suscetíveis de proteção por parte do Estado. Em concordância com Silva, Bastos ensina, sobre a guarda disposta no inciso X do art. 5º da Constituição Federal que:

Esta proteção encontra desdobramentos em outros direitos constitucionais que também se preocupam com a preservação das coisas íntimas e privadas, como, por exemplo, direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o sigilo profissional e o das cartas confidenciais e demais papeis pessoais. Não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição. É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade. Nos tempos, atuais, seria tornar o dispositivo constitucional muito fraco o considerar que ele abrangesse o só ocorrido nas casas dos particulares. Isto porque cada vez mais se impõem as modalidades semicoletivas de habitação, como se dá nos condomínios de apartamentos e nos de casas formados por conjuntos de habitações fechadas ao acesso público. Cremos ser também um prolongamento da vida particular a atividade levada a efeito em clubes recreativos e de lazer. São verdadeiros prolongamentos da casa tradicional, que, por já não poder contar, como outrora, com áreas próprias à recreação e ao esporte, conduz necessariamente o indivíduo para formas associativas cujo fim entretanto remanesce o mesmo: o de reforçar as comodidades ao seu alcance nos momentos de ócio e de lazer. (BASTOS, 1999, p. 163).

Plausível é inferir então a impossibilidade da hermenêutica pura sobre a letra da lei, porque ela por si só não estará adequada ao ordenamento jurídico como um todo, tanto interna quanto internacionalmente. É preciso realizar uma verificação não superficial e atenta à contemporaneidade quando da tutela do direito à privacidade.

Como mencionado no item anterior, o Estado é quem está incumbido da proteção de tais direitos e fornecer os meios para sua efetivação, acrescentando-se a isso, sendo também o dever de toda a população (SARLET, 2006). Cada cidadão tem a responsabilidade de prezar pelos seus próprios direitos, buscando-os, promovendo o reconhecimento da sua função social juntamente aos seus semelhantes para que o façam de igual forma, não olvidando-se de demandar do Estado a aplicação do disposto na Carta Constitucional.

Sobre o dever de cada indivíduo em lutar por seus direitos, salienta-se as palavras de Ihering:

Porque, ao passo que o direito reclama para se manter uma viril resistência à injustiça, tal opinião prega uma covarde fuga diante desta última. Oponho-lhe, pois, a tese seguinte: é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, à lesão do direito que, em consequência da maneira porque é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque essa resistência é necessária para o direito se realize. (IHERING, 2009, p. 37).

Um problema crítico se apresenta ao tempos atuais relacionado ao parágrafo acima, ao passo que se atesta a desídia do Poder Público sobre sua obrigação de defesa do direito à vida privada porque é crescente o número de casos de ameaça deste direito por investigações ilegítimas (SILVA, 2005), e, por consequência, a aplicação do direito material em processos judiciais e a prolação de sentenças, não dissonante os procedimentos legislativos em desacordo com a Constituição e a criação de leis como resultado, somando-se também à lista os atos do poder executivo em desacordo com o previsto constitucionalmente.

O direito à vida privada placidamente suporta a classificação como o direito fundamental mais importante, visto ele ser a base da própria Constituição Federal Brasileira e por isso, deve ser o mais valorizado em relações privadas ou jurídicas que o afetem.

Destarte, há que se ter elevado senso crítico e respostas enérgicas da sociedade perante as displicências do Estado sobre o direito de privacidade, sob o fundamento de Locke que, onde se verifica arbitrariedade e tirania, o melhor a se fazer é encerrar o governo civil (LOCKE, 1998).

### 3.6. UMA ANÁLISE SOBRE O CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO PERANTE O DIREITO À PRIVACIDADE

Antes de perscrutar o ordenamento jurídico brasileiro, é mister comentar sobre arbitrariedades e suas consequências, oriundas do Poder Público. Mais especificamente, como causa geradora de força necessária para luta por direitos face às injustiças estatais.

Antes de adentrar a esfera das arbitrariedades e o dever de proteger o direito, ressalta-se as palavras de Rousseau sobre a figura estatal e sua abstenção de usurpar os direitos dos particulares:

[...] Os depositários do poder executivo não são em absoluto senhores do povo, mas apenas seus oficiais; que o povo dispõe do direito de os nomear e os substituir quando bem lhe aprouver; que o problema, para eles, não consiste em contratar, mas em obedecer, e que, incumbindo-se das funções que lhes são impostas pelo Estado, outra coisa não fazem senão cumprir com o seu dever de cidadãos, sem terem de maneira alguma o direito de discutir as suas condições. (ROUSSEAU, 2002, p. 141).

Ou seja, não é facultado e não deve ser, sob qualquer pretexto, a cogitação de poder discricionário (fora dos limites legais) sob a vontade do povo, até porque, o Estado, como visto anteriormente, existe em função da própria sociedade. Mesmo assim, isso não impede que os delegados do Poder Público exerçam suas atribuições lançando mão de sua vontade e escolha para empenhar os ofícios públicos. Sobre isto, não se deve ter complacência, pois afeta toda a estrutura do direito, a se ver a seguir.

Para encetar, assumo-se que o direito tem sua essência na realização prática de si mesmo (IHERING, 2009), sendo difícil compreensão diversa a respeito de sua qualidade. Se não há práxis do direito, então ele não existe, mesmo que haja um conjunto normativo elaborado de acordo com os ditames constitucionais, livre de vícios e afins.

A título de exemplo, uma norma, cuja aplicabilidade prática não tenha sido efetivada desde o momento de sua origem, não deverá mais ser tida pela sociedade como regra (IHERING, 2009), e sim como dispositivo inerte que para nada mais serve, podendo ser retirada do ordenamento jurídico a que pertence sem qualquer efeito positivo ou negativo. Não se deve considerar exceção para esta suposição, em qualquer área do direito, público ou privado, porque o direito é uno, apenas divide-se em muitos fragmentos.

Sobre a defesa dos direitos particulares pelos indivíduos e seus efeitos na sociedade como um todo, ainda nos ensinamentos de Ihering, salienta-se que:

Ora, ao passo que a realização jurídica do direito público e do direito criminal se tornou um dever das autoridades públicas, a realização do direito privado foi restringida à forma de um direito dos particulares, isto é, exclusivamente abandonada a sua iniciativa e sua espontaneidade. No primeiro caso é preciso para a realização jurídica da lei que as autoridades e os funcionários

do Estado cumpram o seu dever; no segundo caso é preciso que os particulares defendam seu direito. Se num qualquer caso, por ignorância, por preguiça, ou por covardia, estes últimos ficam constantemente e geralmente inativos, a regra de direito encontra-se de fato paralisada. Podemos portanto dizer: a realidade, a força prática das regras do direito privado revela-se na defesa dos direitos concretos, e, se por um lado estes últimos recebem a vida da lei, por outro lado, restituem-lha por sua vez. A relação entre o direito objetivo ou abstrato e os direitos subjetivos ou concretos lembra a circulação do sangue, cuja corrente parte do coração para ali voltar. A realização dos princípios de direito público depende da fidelidade dos funcionários no cumprimento de seus deveres; a das regras do direito privado, da eficácia dos motivos que levam o interessado a defender seu direito: seu interesse e seu sentimento jurídico. Se essas forças motrizes recusam seus serviços, se o sentimento jurídico é débil e embotado, e se o interesse não tem poder suficiente para vencer a preguiça, a aversão contra as questões e o medo dos processos, resulta simplesmente que a regra de direito nunca é aplicada. [...] Quando mil homens têm de dar combate, o desaparecimento de um só pode passar despercebido; mas quando cem dentre eles abandonam a bandeira, a posição daqueles que ficam fieis torna-se cada vez mais crítica; todo o peso da luta recai sobre eles exclusivamente. [...] Em matéria de direito privado há igualmente uma luta contra a injustiça, uma luta comum a toda a nação, na qual todos devem ficar firmemente unidos. Aqui igualmente aquele que foge comete uma traição contra a causa comum, porque a aumenta a força do inimigo, fazendo-lhe aumentar a sua segurança e a sua audácia. Quando o arbítrio e a ilegalidade de aventuram audaciosamente a levantar a cabeça, é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a lei não cumpriram o seu dever. [...] Ora, em direito privado cada um em sua posição tem a missão de defender a lei; cada um em sua esfera é chamado a ser o guarda e o executor da lei. [...] Quem defende o seu direito defende também, na esfera estreita desse direito, todo o direito. (IHERING, 2009, p. 62-63).

A dificuldade gerada por aqueles que não consideram a si próprios como representantes válidos da sociedade, ao absterem-se de promover a luta e a defesa de seus direitos, mais ainda os fundamentais, está causando dano a todo o corpo social.

A falta de atitude perante a arbitrariedade da autoridade pública sobre o particular, o que contraria toda a evolução do direito sem exceção, é um ato de ferir a própria alma do direito (LUMIA, 2003), a história, a sociedade tanto pátria quanto universal. É esquecer daqueles que estiveram antes nós para fazer-nos lembrar o quão importante é valorizar a pessoa e a dignidade humana.

Como mencionado por Ihering e concordado nas palavras de Bastos, quando um cidadão movimenta seu interesse mediante um processo, permitido constitucionalmente, este utiliza da ferramenta disposta na constituição para lutar contra as ações arbitrárias do Estado (BASTOS, 1999). É a manifestação da proteção constitucional sobre eventuais discricionariedades estatais.

Quanto a justiça, sendo ela o contrário da arbitrariedade e a obrigação maior de todos os operadores do direito, obtém-se que o valor da justiça é de cunho anterior e transcendental (REALE, 2001), e ela harmoniza todo o direito. Além disto, “é por todas essas razões que cumpre reconhecer que a justiça, condicionante de todos os valores jurídicos, funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores” (REALE, 2001, p. 354).

Não há espaço, portanto, para aceitação de abusos do Poder Público, muito menos para a omissão do povo perante a opressão de seus direitos pois tais abusos caracterizam crime, como explicado pela Lei nº 13.869/19.

Dispõe o art. 1º e o § 1º do mesmo artigo, da referida Lei:

Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. § 1º - As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. (BRASIL, 2019, art. 1º, § 1º).

Sobre ligação do disposto acima com a integridade da pessoa humana, Ihering instrui que:

[...] Na luta pelo direito, embora um seja impelido pelo mais prosaico interesse, outro pela dor de uma sofrida injustiça, um terceiro pelo sentimento do dever ou pela ideia do direito, não deixam todos eles de dar a mão para trabalhar numa obra comum: a luta contra o arbítrio. Aqui atingimos assim o ponto culminante ideal da luta pelo direito. Partindo do motivo vulgar do interesse, elevamo-nos ao ponto de vista da conservação moral da pessoa, para atingir, afinal, o da cooperação do indivíduo na obra comum da realização da ideia do direito. (IHERING, 2009, p. 66).

Em uma aplicação mais precisa de justiça ou aquilo que é justo, verifica-se que:

As palavras justo e injusto (ou reto e não reto) têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um conjunto determinado de regras. Dizer que a decisão é justa significa que foi elaborada de uma maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes (parágrafo 65); menos precisamente esses termos podem ser aplicados a qualquer outra ação que é julgada à luz de determinadas regras. Neste sentido, qualquer conduta pode ser denominada “reta” se estiver em harmonia com regras pressupostas, jurídicas ou morais. (ROSS, 2007, p. 319-320).

Infelizmente, o que se nota no ordenamento jurídico atual é justamente o contrário do conceito apresentado por Ross. A sociedade brasileira diariamente toma conhecimento de casos, através da mídia e toda a sua extensão, que expõem a patente ilegalidade e injustiça manifestada pelos prepostos do Poder Público, seja através de atos normativos, criação de leis inadequadas ou inconstitucionais, investigações ilegais, ou ainda em processos judiciais, todos atrelados, de uma forma ou outra, à violação do direito de privacidade, e por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Sobre isto, leciona Ramos:

Observa-se que em regra a violação a um dos direitos fundamentais à privacidade está sempre vinculada a ofensa à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o Poder Público venha a violar a dignidade pessoal, mas igualmente implica em que este mesmo Estado venha a promover a proteção e promoção de uma vida com dignidade para todos. (RAMOS, 2008, p. 2).

Analise-se o seguinte caso submetido à apreciação do Poder Judiciário, que teve por objeto uma quebra de sigilo bancário de forma indevida (arbitrariamente). O caso teve anuência do judiciário em conceder indenização por danos morais, porém, o valor solicitado pelo particular, de acordo com o relator do processo, foi excessivo e, portanto, conheceram parcialmente do pedido e do recurso:

Ementa. ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. ABUSO DE AUTORIDADE. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO AGENTE. POSSIBILIDADE. QUEBRA INDEVIDA DE SIGILO BANCÁRIO. DIVULGAÇÃO DE DADOS SIGILOSOS MEDIANTE ENCAMINHAMENTO DE DOSSIÊ COM EXTRATOS DA CONTA CORRENTE DO SUPOSTO AUTOR DE PRÁTICAS IRREGULARES A AUTORIDADES E À IMPRENSA. DANO MORAL. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO DE R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS). VALOR EXCESSIVO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES, processo AC 14060032498 ES 014060032498, 4ª câmara cível, relator (a) Catharina Maria Novaes Barcellos, julgamento em 26/05/2009, publicação em 03/07/2009).

Não obstante o fato de ser constatada a ilegalidade advinda da discricionariedade por parte do próprio Poder Público, a indenização prevista constitucionalmente para reparação do dano causado, solicitada pelo particular, foi considerada exagerada pela representante do Poder Judiciário. Ou seja, é possível que a privacidade de uma pessoa seja violada sem causa necessária (como prevista legalmente, para apuração de conhecimento judicial e possibilitação de criação de

coisa julgada) e ainda assim, o ressarcimento por ela solicitado que, há de se reconhecer, foi tido como descomedido em sua importância sendo que o valor é irrisório perante a ofensa a um direito fundamental sendo este ainda o mais importante.

Insuficiente a discricionariedade do Estado, o caso ainda foi levado à mídia para exposição de fatos sigilosos que não eram passíveis de exibição, dada a leviandade da quebra de sigredo bancário.

Verifique-se outro caso de decisão arbitrária tomada pelo Poder Judiciário em relação à violação ao direito à privacidade na quebra de sigilo bancário e fiscal, por meio de decisão não fundamentada, contrariando o princípio das decisões fundamentadas dos juízes (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR DESEMBARGADOR DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECISÃO ABSOLUTAMENTE DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (Superior Tribunal de Justiça, HC 0192326-03.2018.3.00.0000 RS 2018/0192326-9, 6ª turma, relator (a) Laurita Vaz, julgamento 13/08/2019, publicação 27/08/2019).

Neste cenário, além da arbitrariedade do magistrado em determinar quebra de sigilo desarrazoadamente, o fez sem ao menos fundamentar sua decisão, o que é um agravante, pois fere não um mas dois, no mínimo, institutos constitucionais. É com pesar que se analisa este tipo de atitude porque, como dantes visto, os delegados do Estado não devem agir em função de si mesmos mas em função da sociedade. Ressalte-se que a data do referido acórdão é deveras recente, fora publicado em diário eletrônico da justiça há menos de 2 anos.

Similarmente ao caso acima, há outro julgado que informa do mesmo modo, a falta de fundamentação na decisão que decretou a violação do sigilo bancário e a ilegalidade de todo o procedimento que resultou da quebra – o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça determinou o desentranhamento de provas adquiridas ilegalmente e a desconsideração da quebra de forma integral (processo RHC 4009327 – 62.2017.8.24.0000 SC 2017/0170493-7, 2019). Não estranhamente, o caso foi publicado em diário eletrônico da justiça na mesma época que do caso anterior.

Não se esgotando o direito à privacidade apenas às quebras de sigilo bancário, fiscal e de correspondência, os abusos de autoridade também podem ser examinados em casos distintos, como os que ofendem outros aspectos da dignidade humana das pessoas.

Uma notícia publicada no site jornalístico do UOL São Paulo, fez menção ao espantoso número de casos de abuso de autoridade, desta vez advinda de agentes policiais. A cifra de 84% das denúncias por particulares sobre abuso de poder envolvem policiais militares (ADORNO, 2020). Em detalhe, a Ouvidoria das Polícias recebeu mais de 840 denúncias de abuso de poder praticados por policiais em 2019 (ADORNO, 2020).

Não apenas o estado de São Paulo é fonte de notícias sobre abuso envolvendo policiais, mas também o Amazonas. Uma reportagem com manchete sobre a maioria das denúncias de abuso de autoridade serem contra policiais (AMAZONAS ATUAL, 2020) causa choque na população e também para os que operam o Direito. O espanto é devido a recorrência e o fato de serem recentes os abusos, algo que é ainda mais preocupante dado o contexto do Direito Moderno em que o Brasil está inserido.

Diz a notícia:

MANAUS – Denúncias de abuso de autoridade são maioria nas Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial (Proceaps) no Amazonas, segundo o MP-AM (Ministério Público do Amazonas). Entre as denúncias mais recebidas, a de abuso de autoridade foi a mais frequente em 2019 com 241 casos, o que equivale a 57,8% das 417 demandas recebidas. Em seguida, quase empatadas, vêm as denúncias de prevaricação, com 66 casos (15,8%), e tortura, com 65 casos (15,6%). Os casos de improbidade somaram 19 (4,6%) e os de ameaça, 10 (2,4%). (AMAZONAS ATUAL, 2020).

Não obstante o fato de a notícia tratar de mais casos de abuso de autoridade por policiais, ainda descreveu os tipos de abusos por eles praticados. O mais temerário é o fato de mesmo após tantas evoluções, seja da humanidade ou seja do Direito, ainda se verifica no Brasil cenários de tortura.

É importante ressaltar que apenas dois estados da Federação foram nomeados, mas quem dirá o que se passa em todos os outros. Em se tratando de matéria que teve alcance midiático, a população brasileira pouco se alarma, o que é seriamente preocupante.

Está mais do que presente o desprezo de diversos mandatários do Poder Público sobre os preceitos grafados na Constituição, o vitupério dos direitos e garantias fundamentais e o desrespeito ao direito à vida privada e a dignidade da pessoa humana.

A possível solução para estes problemas – que, pelos tempos modernos já deveriam ser mínimos ou mesmo próximo de inexistentes – seria a promoção da sapiência jurídica por toda a coletividade, de si para si mesma. Ocorre que muito provavelmente, se cada indivíduo atribuísse a si a responsabilidade de lutar pelo direito, isto obstaria a prosperidade da ilicitude e das arbitrariedades.

De acordo com Ihering, é plausível afirmar que “o direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira” (2009, p. 23). Este comprometimento tanto individual quanto coletivo precisa ser satisfeito diariamente, visando prejudicar a ascensão do autoritarismo derrotado custosamente pela humanidade.

No tocante às lições de Ihering, Bobbio ensina:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. (BOBBIO, 2004, p. 25).

Não pode a sociedade brasileira desprender-se de sua história e muito menos de seus esforços para adquirir seus direitos. A violação de direitos fundamentais é algo presente todos os dias no cenário jurídico brasileiro, principalmente do direito à privacidade. Sendo este, possivelmente o mais importante, deveria ser objeto de muito mais atenção e cuidado por parte dos indivíduos e do Estado, mas, o que se verifica, é justamente o contrário.

É pressurosa a imperatividade de sustentar-se uma fixa vigilância pelos princípios denotados na Constituição Federal, leis infraconstitucionais, diretrizes e tudo aquilo que dê liga ao estruturamento jurídico do Brasil. Caso contrário, será mais do que axiomático o fracasso população em decorrência da passividade frente aos abusos originários dos prepostos do Poder Público.

## CONCLUSÃO

Foi possível através da elaboração desta monografia a realização de um estudo aprofundado sobre a sociedade em espectros tanto abstrato quanto específicos.

A compreensão sobre a estruturação do Estado, sua formação, os princípios que o deram origem, seus objetivos e incumbências e importâncias relacionadas. O exame disposto para o levante da pesquisa foi de suma importância para diagnosticar o sério problema que assola a população brasileira como um todo: a falta de interesse jurídico, a desvalorização dos direitos fundamentais e a ignorância do material disposto na Constituição Federal de 1988.

Todos estas falhas estão recaindo sobre o próprio povo, os indivíduos que então determinaram a criação do ente estatal para a solução de seus problemas e conflitos de interesse estão sofrendo pela falta de vigilância e fiscalização de seus próprios direitos e prerrogativas.

Não obstante as incumbências próprias do Estado, como preservação do bem geral e comum, este deve ou pelo menos deveria, também, forçosamente, cuidar dos direitos fundamentais de cada cidadão. É atribuição do Estado, conforme os ditames da Constituição Federal.

Uma solução encontrada para obstar os problemas vivenciados pela arbitrariedade do Estado face aos constituintes, é o trabalho individual e coletivo pela promoção do Direito, fazer saber a si mesmo e ao próximo o seu valor como cidadão, como parte de uma sociedade e que tem obrigação de lutar pelos seus direitos.

A luta pelo Direito é um dever de todos, incessante e diária, e deve jamais ser deixada de lado, olvidada, sob possível pena de permitir mais e mais que a tirania estatal, uma vez combatida e extinta, volte a se manifestar, a cada dia menos latente e mais desimpedida.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO (BIBLIOGRAFIA)

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2010.

ADORNO, Luís. **Entre as polícias de SP, 84% das denúncias sobre abuso de poder incluem PMs**. UOL. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/02/19/entre-as-policias-84-das-denuncias-sobre-abuso-de-autoridade-envolvem-pms.htm>>. Acesso em 17 mar. 2021.

AMAZONAS ATUAL. **Denúncias de abuso de autoridade são maioria contra policiais no Amazonas, diz MP**. 2020. Disponível em: <<https://amazonasatual.com.br/denuncias-de-abuso-de-autoridade-sao-maioria-contra-policiais-no-amazonas-diz-mp/>>. Acesso em 18 mar. 2021.

ARISTÓTELES. **A Política I**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BAKUNIN, Mikhail Aleksandrovich. **Deus e o Estado**. Disponível em: <<https://we.riseup.net/anarkialibraro/deusestado>>. Acesso em 06 out. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.869**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crime de abuso de autoridade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª turma). **Acórdão sobre Habeas Corpus HC 0192326-03.2018.3.00.0000 RS 2018/0192326-9**. Relator (a) Laurita Vaz, julgamento em 13/08/2019, publicação em 27/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). **Decisão sobre recurso em Habeas Corpus RHC 4009327 – 62.2017.8.24.0000 SC 2017/0170493-7**. Relator (a) Nefi Cordeiro, publicação em 27/03/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo TJ-ES (4ª câmara cível). **Acórdão sobre processo AC 14060032498 ES 014060032498**. Relator (a) Catharina Maria Novaes Barcellos, julgamento em 26/05/2009, publicação em 03/07/2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Disponível em: <[https://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/#tab-additional\\_information](https://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/#tab-additional_information)>. Acesso em: 05 out. 2020.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KANT, Immanuel. **Kant's Principles of Politics, including his essay on Perpetual Peace. A Contribution to Political Science**. Edinburgh: Clark, 1891. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/title/hastie-kant-s-principles-of-politics-including-his-essay-on-perpetual-peace>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MICHAELIS ONLINE, Uol. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em 10 out. 2020, acesso em 15 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal (2ª Seção). **Acórdão sobre processo nº 39/88**. Relator Conselheiro Bravo Serra. Data do julgamento 29/03/1990.

RAMOS, Cristina de Mello. **O Direito Fundamental À Intimidade e À Vida Privada**. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/8479786-Revista-de-direito-da-unigranrio-http-publicacoes-unigranrio-edu-br-index-php-rdugr-o-direito-fundamental-a-intimidade-e-a-vida-privada.html>>. Acesso em: 1 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 2001. Disponível em: <[https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod\\_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale)>. Acesso em 08 mar. 2021.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

WEBER, Max. **Conceitos Básicos de Sociologia**. 5ª ed. São Paulo: Centauro, 2008.

WOODCOCK, George. **Os Grandes Escritos Anarquistas**. 1ª ed. São Paulo: L&PM Editores, 1998.