

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Argemiro Cardoso Moreira Martins, Grasiela Augusta Ferreira Nascimento, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-213-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado "CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II" do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília nos dias 06 a 09 de julho de 2016.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, apresentaram reflexões sobre a democracia, a concretização de direitos, os direitos fundamentais, o papel dos dos Tribunais Superiores, a relação entre poderes e o Estado Democrático de Direito.

Foram apresentados, ao todo, 26 (vinte e seis) artigos, de excelente conteúdo, conforme relação abaixo:

PODER DE AGENDA E ESTRATÉGIA NO STF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO LIMINAR NOS MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 34.070 E Nº 34.071

A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

A CIDADANIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL SEM FACE: O EXEMPLO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS

A LUTA POR RECONHECIMENTO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRÓ-HAITI: REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA HAITIANOS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS

AS VICISSITUDES NA PRÁXIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO IMPEDITIVO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A TEORIA DE JUSTIÇA DE AMARTYA SEN E A DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A LIBERDADE

PUNIÇÃO E LIBERDADE: SOBRE FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA DE KANT E SANTIAGO NINO

RELAÇÃO ENTRE PODERES: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO LEGISLATIVO NO ÂMBITO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE/MG

REPENSAR O PODER JUDICIÁRIO E O SEU LIMITE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO HARMÔNICA.

RESGATE DO "RADICAL" NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: (RE) PENSANDO O EXERCÍCIO DO PODER

SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA DAS URNAS

A JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: EXEMPLO DE EVOLUÇÃO RACIONAL OU INVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL?

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO AMBIENTAL

A CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DE NORMAS PENAS NÃO INCRIMINADORAS NA ESFERA JURISDICIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA

LIMITES DO ESTADO LAICO: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS EM FAVOR DE ENTIDADES RELIGIOSAS

O PAPEL DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA DE TOCQUEVILLE.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA, DO JOVEM E DO ADOLESCENTE: INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

LEI ANTITERRORISMO NO BRASIL E SEUS REFLEXOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A CONFLUÊNCIA DOS MODELOS DISPOSITIVOS E INQUISITIVO DO PROCESSO
CIVIL OPERADA PELO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A (IN)EFETIVIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À SAÚDE

UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
ALGUMAS DE SUAS INFLUÊNCIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

UMA ANÁLISE DA CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO BRASILEIRO FRENTE
À PERSPECTIVA DO CONFLITO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM
CONSTITUCIONAL VIGENTE

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E PARTICIPAÇÃO: UM MODELO MUNICIPAL DE
DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Desejamos uma excelente leitura!

Brasília, julho/2016

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento - Centro Universitário Salesiano de São Paulo
(UNISAL)

Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Argemiro Cardoso Moreira Martins -Universidade de Brasília

**A PROPRIEDADE É UM DIREITO FUNDAMENTAL?
¿LA PROPIEDAD ES UN DERECHO FUNDAMENTAL?**

**Marcos Leite Garcia ¹
Sérgio Ricardo Fernandes De Aquino ²**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre a propriedade como um Direito Fundamental. Para tal faz-se necessário a análise do contexto das revoluções liberais burguesas a partir de autores como John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Para analisar e refletir sobre o atual contexto do direito à propriedade serão utilizadas as obras de dois autores expoentes do neopositivismo jurídico do século XXI, importantes pensadores que excluem a propriedade de seu conceito de direitos fundamentais. É o caso dos dois jusfilósofos analisados no presente trabalho: Gregorio Peces-Barba e Luigi Ferrajoli.

Palavras-chave: Direito à propriedade, Direitos fundamentais, Reflexões

Abstract/Resumen/Résumé

El presente artículo tiene como objetivo hacer una reflexión sobre la propiedad como un derecho fundamental. Para tal es necesario el análisis del contexto de las revoluciones liberales burguesas a partir de autores como John Locke y Jean-Jacques Rousseau. Para analizar y reflexionar sobre el actual contexto del derecho a la propiedad serán utilizadas las obras de dos exponentes de la corriente neopositivista del siglo XXI, importantes pensadores que excluyen la propiedad de sus respectivos concepto de derechos fundamentales. Es esa la situación de los dos jusfilósofos analizados en presente trabajo: Gregorio Peces-Barba y Luigi Ferrajoli.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho a la propiedad, Derechos fundamentales, Reflexiones

¹ Doutor em Direitos Fundamentais; Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI-SC. Da mesma maneira, desde 2015 professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF-RS.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da IMED - Passo Fundo.

1. Introdução

Quando se observa que a Democracia se torna globalmente consolidada pelas Constituições e seus Direitos Fundamentais, torna-se necessário investigar se esses mencionados direitos cumprem com o seu objetivo de preservar, universalmente, todos os seres humanos e viabilizar a sua Função Social¹, especialmente dentro dos territórios nacionais. Dentre os Direitos Fundamentais expressos nos textos constitucionais, um demanda maior atenção (e preocupação): O Direito à Propriedade.

A indagação formulada no título deste artigo não é algo que possa ser desprezado, pois em que medida o citado Direito se institui como fonte de permanente organização social e proteção às pessoas? Sob idêntico argumento: o Direito de Propriedade têm semelhante natureza jurídica aos demais Direitos Fundamentais? Essas perguntas se tornam - razoavelmente - mais claras quando se observa os seus fundamentos históricos e jurídicos apresentado por autores, entre outros, como John Locke, Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba.

O Direito à Propriedade, especialmente no pensamento do filósofo inglês John Locke (1632-1704), surge como manifestação de uma racionalidade *jusnatural*. A ideia de Propriedade, descrita, especialmente, no Antigo Testamento, aparece, mais tarde, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. Percebe-se, pela leitura do 17º artigo deste documento, que a Propriedade têm significado sagrado na medida em que Deus entrega o mundo ao Homem e este o administra e o modifica². Não se justifica a sua perda exceto por necessidade pública,

¹ "[...] a função do Estado é algo que se dá e se propõe à vontade humana. A função do Estado é-nos necessariamente dada por uma situação cultural e natural. Nunca é uma simples situação natural aquela que reclama a função estatal. Torna-se esta uma necessidade que domina o nosso atuar no momento em que se produz uma determinada situação cultural, a saber, quando os povos se tornam sedentários. [...] Não é possível o Estado sem a atividade, conscientemente dirigida a um fim, de certos homens dentro dele. Os fins estabelecidos por êsses homens atuam casualmente sobre outros homens como elementos motivadores das suas vontades. A realidade do Estado, que se deve supor aqui como uma unidade, consiste em sua ação ou função, a qual, assim como ela, não precisa que seja querida como fim, nem por todos os membros nem mesmo por um só. O Estado existe unicamente nos seus efeitos. [...] Enquanto ação objetiva, a função imanente do Estado distingue-se claramente tanto dos fins subjetivos e missões que lhe atribuem as ideologias de uma parte de seus membros, como quaisquer atribuições de sentido de caráter transcendente que se refiram ao seu fundamento jurídico". HELLER, 1968. p. 243-244.

² "Artigo 17º- Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização". Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf. Acesso em 15 de mar. de 2015.

desde que se ofereça justa e prévia indenização. A *arché*³ do Direito à Propriedade surge como manifestação da vontade de um comando divino aos homens que habitam a Terra, mas que se modificará devido às ações humanas para sua alteração e divisão.

O filósofo John Locke (2006, p. 97) insiste que, embora o mundo tenha sido entregue a Adão, Noé e seus filhos por Deus, não é possível que haja a distribuição igual de porções de terras para todos, não obstante o acordo expresso realizado entre os co-proprietários. A medida que oportuniza o surgimento da propriedade privada⁴, segundo Locke, é o trabalho. Somente por meio desta ação, o ser humano aperfeiçoa a terra da qual lhe fora concedida e a melhora para seu usufruto. O uso racional do espaço físico evita os desperdícios criados pela própria Natureza. O esforço contínuo e árduo para que se viabilize essas mudanças benéficas por meio do trabalho permite ao ser humano reivindicar essa terra como sua propriedade⁵.

A lógica sobre a natureza - divina e inviolável - do Direito à Propriedade conseguiu atravessar as tormentosas águas da História e persiste, ainda, nos diferentes textos constitucionais⁶. Locke, no entanto, não conseguiu visualizar que o trabalho, na medida em que se aperfeiçoa - sob o ângulo tecnológico - demanda mais esforços: individuais e coletivos e, também, cria situações de acentuada desigualdade.

Entretanto, sabe-se que a divisão do trabalho e os frutos provenientes desta ação humana não serão repartidos de modo igual⁷. As diferenças econômicas

³ A categoria por ser traduzida como Princípio, o qual, sob o ângulo da Filosofia, denota "[...] Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados, 'ponto de partido' e 'fundamento' ou 'causa' estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro [...]". ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 792.

⁴ "[...] A mesma lei da natureza que nos concede dessa maneira a propriedade, também lhe impõe limites. 'Deus nos deu tudo em abundância' (1 TM 6, 17), e a inspiração confirma a voz da razão. Mas até que ponto ele nos fez a doação? Para usufruirmos dela".

⁵ "[...] Quando Deus deu o mundo em comum a toda humanidade, também ordenou que o homem trabalhasse, e a penúria de sua condição exigia isso dele. Deus e sua razão ordenaram-lhe que submetesse a terra, isto é, que a melhorasse para beneficiar a sua vida, e, assim fazendo, ele estava investindo uma coisa que lhe pertencia: seu trabalho. Aquele que, em obediência a este comando divino, se tornava senhor de alguma parcela de terra, a cultivava e a semeava, acrescentava-lhe algo que era sua propriedade, que ninguém podia reivindicar nem tomar dele sem injustiça". LOCKE, 2006, p. 101.

⁶ Rememora Ferrajoli (2009, p. 24): *De este modo, incluso con posteridad a 1789, sólo sujetos masculinos, blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos optimo iure.*

⁷ "Representemo-nos, portanto, a economia política uma imensa planície, juncada de materiais preparados para um edifício. Os operários aguardam o sinal, cheios de ardor, loucos para se porem a obra; mas o arquiteto desapareceu sem deixar os planos. Os economistas as guardaram na memória

originárias do trabalho, a agressividade surgida pela demarcação territorial da propriedade, a criação de diferentes estratos (ou classes) sociais, a persistência da postura egoísta como critério de (sobrevivência da) socialidade, entre outros exemplos, demonstram como a ideia de Locke se desvirtuou, de modo intenso, daquela visão romântica *jusnatural*.

Por esse motivo, o filósofo anarquista francês Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), de modo acertado, descreveu esse significado moderno da Propriedade como um "formigueiro de abusos" (Proudhon, 2003, p. 111). Sob semelhante ideia e com anterioridade, o filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) adverte que a igualdade entre os homens não se justifica pelo poder ou riquezas excessivas⁸. O uso do poder, insiste, somente se justifica a partir dos limites estabelecidos pela lei. Nenhum cidadão pode ser capaz de "comprar" outro ser humano (quando seu patrimônio for excessivo), nem se "vender" (quando não tiver nenhum bem ou crédito para suprir suas necessidades fisiológicas ou culturais). Rousseau (2013, p. 60), ao final, indica a tônica do debate: quem possuir significativo patrimônio, recomenda-se o seu uso moderado. Quem não possuir nada, recomenda-se moderação de avareza e ambição.

Essas palavras podem ser, de certo modo, exageradas, mas exprimem uma preocupação a qual deve ser esclarecida pelo Direito. O des-velo sobre a dimensão jurídica da propriedade privada necessita de dupla reflexão: a) uma acerca de seu conteúdo que o classifica como "Direito Fundamental"; b) sobre os argumentos positivos e negativos que, historicamente, justificariam a sua permanência.

muitas coisas: infelizmente não possuem sequer a sombra de um esboço. Conhecem a origem e o histórico de cada peça e o quanto custou para ser moldada, sabem qual é a melhor madeira para os pontalotes e qual argila dá os melhores tijolos; sabem o quanto se gastou em ferramentas e carros e qual é o salário dos talhadores de pedra e dos carpinteiros, mas não conhecem o destino e o posto de nada. Os economistas não podem dissimular que têm sob os olhos os fragmentos aleatoriamente lançados de uma obra-prima, *disjecti membra poetac*; mas lhes foi impossível até o momento achar o seu desenho geral e todas as vezes que tentaram algumas aproximações encontraram apenas incoerências. Desesperando por fim das combinações sem resultado, acabaram por erigir em dogma a incoerência arquitetônica da ciência ou, como eles dizem, os inconvenientes de seus princípios, ou seja em uma palavra: eles negaram a ciência". PROUDHON, 2003, p. 111.

⁸ Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha (2005, p 58-59): "Ao colocar-se a tônica na compra e venda do que, por altíssimo e valioso, por ser valioso, por ser valor, a dignidade da própria pessoa [...], não pode ter preço, muda-se o centro da questão da pura e simples titularidade de bens, para capacidade efectiva de, através deles, exercer poder, e até poder excessivo, injusto, inumano. [...] Rousseau e os soviéticos nos recordam, assim, e fazem corrigir a nossa mira: o problema não é ser-se muito possidente, em termos sociais. Pode-se nada possuir no rigor dos títulos jurídicos e todavia ter-se muito poder... Tanto poder que podemos até comprar os demais. E esse é o grande problema!".

2. O Direito à Propriedade no pensamento de Luigi Ferrajoli

Para se iniciar esse estudo, é necessário, antes, definir o que é a categoria Direitos Fundamentais. Para o *jusfilósofo* italiano Luigi Ferrajoli (2009, p. 19), trata-se dos direitos subjetivos os quais correspondam a todos os seres humanos dotados do *status* de pessoa, de cidadãos ou de pessoas com capacidade agir. Na mesma linha de pensamento, continua Ferrajoli, entende-se por "direitos subjetivos" qualquer expectativa positiva (no sentido de realizar algo, de prestações) ou negativa (de não sofrer qualquer lesão) direcionada para um sujeito por uma norma jurídica. Por fim, a expressão *status* designa a condição de um sujeito titular de direitos e deveres descritos por lei, bem como o seu exercício por meio de atitudes observadas nessa situação.

Ferrajoli apresenta, sob essa definição, quatro argumentos os quais se desconstrói o significado proposto aos Direitos Patrimoniais inscritos como Direitos Fundamentais. O mencionado autor rememora que o Direito à Propriedade, apresentado como espécie de Direito Patrimonial, possui um equívoco devido ao seu caráter polissêmico, oriundo dos conflitos desse direito a ter e ser proprietário e o Direito à Liberdade. Essa justaposição é fruto das doutrinas jusnaturalistas, romanas e civilistas. Ser proprietário e dispor dos meios para adquirir uma propriedade refere-se à capacidade de agir e ao *status* desta pessoa ser titular de direitos⁹.

Adquirir um bem material para si, se tornar seu proprietário e reivindicá-lo sempre que for ameaçado é uma descrição própria dos Direitos Civis (Ferrajoli, 2009, p. 29). Estabelecer a diferença entre Direitos Fundamentais e Patrimoniais se torna necessário para que esses não se confundam com aqueles direitos e serem tutelados, de modo equivocado, pela expressão "universalidade".

A primeira diferença proposta por Ferrajoli entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais é a de que os primeiros se manifestam pela sua universalidade

⁹ Cidadania, numa acepção de aquisição patrimonial, não se refere à igualdade, pois, segundo Ferrajoli, "[...] a cidadania, se internamente representa a base de igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não-cidadãos. A 'universalidade' dos direitos humanos resolve-se, conseqüentemente, numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados". FERRAJOLI, 2007, p. 35/36.

(*omnium*), ou seja, pela quantidade de sujeitos aos quais são titulares de Direitos Fundamentais. Todos os seres humanos são os destinatários da proteção conferida desses direitos já mencionados. Os Direitos Patrimoniais, no entanto, não se destinam para todos, mas tão somente sujeitos específicos (*singuli*).

Percebe-se como a leitura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 apresenta condições de igualdade e desigualdade jurídica exatamente no sentido proposto pela diferença entre Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais, ou seja, o seu artigo primeiro demanda *igualdade* entre todos os homens (**situação inclusiva**). O artigo 17º apresenta a necessidade de proteção à propriedade privada, a qual é inviolável, exceto nos casos de necessidade pública (**situação exclusiva**). Observa-se que o Direito à Propriedade somente se manifesta como Direito à Liberdade quando se tem capacidade de agir e destinado a alguém como titular deste direito. **Novamente (I):** Não se trata de um Direito Fundamental, pois o destinatário do Direito à Propriedade é específico e não universal¹⁰.

A segunda diferença entre Direitos Fundamentais e Patrimoniais, como é o caso do Direito à Propriedade, se torna ainda mais esclarecedora. Os primeiros são direitos indisponíveis, inalienáveis, personalíssimos, em outras palavras, os seus titulares não podem vendê-los, trocá-los ou abdicá-los. Os Direitos Patrimoniais, no entanto, são disponíveis, negociáveis, alienáveis, pois o seu objeto refere-se a "coisas" e não pessoas.

A noção formal dos Direitos Fundamentais¹¹, como se depreende da compreensão da Liberdade, Vida, Direito ao Voto, entre outros, não se refere a valores ou interesses vitais, nas palavras de Ferrajoli (2009, p. 32), mas a condições universais, indispensáveis e indisponíveis para a consolidação do Direito e Democracia. Por esse

¹⁰ [...] Cuando se habla del 'derecho de propiedad como un 'derecho de ciudadanía' o 'civil' semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo [...] a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo [...] a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones. FERRAJOLI, 2009, p. 31.

¹¹ [...] La nuestra es una definición formal o estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se base únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo 'universal' en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de os sujetos que son titulares de los mismos. FERRAJOLI, 2009 p. 20.

motivo, esses direitos representam, ao mesmo tempo, conquistas e limites, inclusive de autonomia, aos poderes públicos e seus titulares. **Novamente (II):** O Direito à Propriedade, como espécie do Direito Patrimonial, não é Direito Fundamental porque o seu objeto se refere a bens, móveis ou imóveis, aos quais seus detentores são **livres**, segundo os limites legais, a transacioná-los conforme as suas necessidades. O caráter alienável de bens ou "coisas" revela natureza antitética ao conteúdo dos Direitos Fundamentais.

A terceira diferença é consequência lógica do argumento anterior. Se o Direito à Propriedade é disponível e alienável, observa-se que esses podem ser modificados, criados ou extintos por atos jurídicos. Contratos, doações, sentenças, atos administrativos, testamentos são exemplos de situações negociais cujos destinatários são específicos e não universais. Os Direitos Fundamentais, no pensamento de Ferrajoli (2009, p. 33), não dispostos por *normas* enquanto que o Direito à Propriedade é *predisposto por norma*.

O primeiro caso ocorre, imediatamente, *ex lege*, ou seja, a previsão destes Direitos Fundamentais descreverá, por lei - geralmente constitucional -, o que são, como, por exemplo, a Liberdade de Crença Religiosa no Brasil (artigo 5º, VI da Constituição Federal). Não é preciso outro instrumento jurídico para complementar o seu significado. O segundo caso, ao contrário, representa ações singulares de situações enunciadas como singulares. Para que haja a sua ação é necessário, antes, uma previsão legal sobre os efeitos desses atos, por exemplo, o ato de ter posse de uma roupa e poder vendê-la não é disposta pelo Código Civil, mas predisposta pela compra e venda disciplinada pela referida lei (2009, p. 34).

Segundo Ferrajoli, as normas de Direito Fundamental são consideradas como *téticas*, enquanto que aquelas as quais dispõem os Direitos Patrimoniais são *hipotéticas*. As primeiras não apenas dispõem imediatamente os Direitos Fundamentais, mas, também, impõem obrigações ou proibições, como aquelas observadas pelo Direito Penal ou Direito Tributário. As normas *hipotéticas*, contudo, não impõem nem prescrevem direitos, mas tão somente os efeitos de situações jurídicas predispostas por

seus artigos. Nessa modalidade, observam-se as predisposições de direitos patrimoniais ou obrigações civis que indicam os efeitos de atos negociais ou contratuais¹².

A última diferença entre os Direitos Fundamentais e Direitos Patrimoniais se refere ao significado proposto pelo Estado Constitucional de Direito¹³ num duplo sentido: a) Os primeiros direitos aqui enunciados são *verticais*, ou seja, originam-se de relações intersubjetivas entre cidadão e o Estado, no qual a sua natureza é pública. Os Direitos Patrimoniais referem-se a situações *horizontais*, as quais são criadas por relações intersubjetivas entre os próprios cidadãos. A realização atos contratuais ou obrigacionais de compras, de vendas, de permutas, de trocas, de depósitos, entre outros, sugerem *estado de igualdade* entre os sujeitos, o que não ocorre na primeira relação mencionada; b) Tanto os Direitos Fundamentais quanto os Direitos Patrimoniais indicam a existência de limites os quais devem ser observados, por exemplo, a cargo do Estado quando sinaliza as proibições e obrigações do Poder Legislativo como condições de legitimidade dos poderes públicos. No caso dos Direitos Patrimoniais, observa-se a proibição genérica de não lesar naquelas situações sobre o Direito Real, bem como de obrigações debitórias quando se mencionam os Direitos Pessoais ou Direitos de Crédito (Ferrajoli, 2009, p. 34-35).

Esse esclarecimento entre as esferas pública e privada¹⁴ demonstram a importância de se solucionar essas confusões históricas, doutrinárias e terminológicas

¹² [...] *Las primeras expresan la dimensión nomostática del ordenamiento; las segundas pertenecen a su dimensión normodinámica. Tanto es así que mientras los derechos patrimoniales son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en a esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares), el ejercicio de los derechos de libertad consiste siempre en meros comportamientos, como tales privados de efectos jurídicos en la esfera de los demás sujetos.* FERRAJOLI, 2009, p. 34.

¹³ Sobre a importância do Constitucionalismo para a viabilidade do Estado, Ferrajoli afirma: *El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro. En un doble sentido. En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de ganratía idôneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embionario, que puede y debe ser extendido un una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo frente a os poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo em derecho estatal sino también en el derecho internacional.* FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 72-73.

¹⁴ [...] *El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está por el contrario confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto ao liberal;*

sobre o Direito à Propriedade, apresentado como espécie aos Direitos Patrimoniais, ser classificado como Direito Fundamental. As coisas clamam por um dono, individual¹⁵ ou coletivo¹⁶, mas essa pretensão não significa que se adote uma postura (jurídica¹⁷) egoísta para fundamentar a eliminação do *estrangeiro* - seja pelas fronteiras territoriais, seja pela sua situação econômica. As desigualdades originárias das relações patrimoniais não oportunizam o desenvolvimento do Direito ou Democracia quando não existe esse constrangimento de nossos desejos de tudo possuir.

O Direito à Propriedade é um critério para delimitar a diferença do "meu", do "teu" e do "nosso". Não obstante o seu sentido pertença ao Direito Privado, a sua atuação somente se manifesta devido à sua Função Social¹⁸. Por esse motivo, precisa-se elencar os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Direito à Propriedade para se concluir, talvez, se, conforme Ferrajoli, o citado direito pode ser classificado como Direito Fundamental. Dentre os pontos positivos, o português Paulo Ferreira da Cunha (2005, p. 69-70) destaca:

1) A propriedade é uma forma de organizar o mundo e de estar no mundo. Um mundo sem propriedade (falamos agora de qualquer tipo de propriedade, e não só da privada) seria uma utopia muito interessante, com um Homem totalmente diferente. Mesmo um mundo sem propriedade privada ou com ela muito limitada já provou ser um universo concentracionário, claustrofóbico, irrespirável. 2) A propriedade estabelece relação entre o Homem e as coisas, e mesmo entre o Homem e os outros seres. 3) A propriedade permite melhor matematização social, calculabilidade, e, implicitamente, previsibilidade e planificação, logo, melhor organização social. 4) A propriedade implica mais

hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. p. 73.

¹⁵ "A propriedade privada é uma instituição de direito positivo porque os homens ainda não são suficientemente altruístas para tratarem do que é comum como tratam do que é seu. Sê-lo-ão algum dia?". CUNHA, 200., p. 64.

¹⁶ "As coisas clamam por dono: e na propriedade colectiva, sendo tudo de todos, ou acaba por não ser de ninguém, deixando as coisas ao Deus dará - o que é mau para todos e cada um, ou se termina por estabelecer uma outra propriedade, de facto, de uns tantos, que em nome dos outros, usufruem, nem sempre porque das coisas curem, mas porque delas, burocraticamente, se apossam". CUNHA, 2005, p. 65.

¹⁷ "Seja como for, a nossa propriedade obrigacional gira em torno do paradigma do direito subjectivo, em que a obrigação passiva universal acaba por satisfazer as pretensões de não turbção dos proprietários. Mas o que dizer da propriedade fundiária, imobiliária até em geral? Os especialistas são Vossas Excelências, mas atrever-me-ei a suspeitar que, por detrás do fundo da relação jurídica geral, e portanto do direito subjectivo, e da moda de um direito mais social (que pode, em casos perigosos, ser uma espécie de anti-direito) pulsa ainda uma realidade objectiva. Os direitos reais são telúricos. Os obrigacionais não. E os pessoais menos ainda. Mas os direitos das coisas têm ainda a pulsar dentro de si o velho fundo romano, que é muito mais tangível". CUNHA, 2005, p. 66.

¹⁸ "A propriedade tem uma função social e é uma função social. A função social da propriedade pode colher-se em várias teorias, mesmo antagónicas, porque, na verdade, a propriedade faz mesmo socialmente várias coisas, que não remam todas para a mesma maré". CUNHA, 2005, p. 69.

produtiva divisão do trabalho e assim melhor aproveitamento de recursos humanos, e, portanto, mais riqueza e mais prosperidade. 5) A propriedade interessa os respectivos proprietários nos seus bens, que são assim mais cuidados e mais rentáveis. 6) Em suma, a inexistência da propriedade privada implicaria perda de liberdade e de prosperidade, não só de todos, como de cada um.

Percebe-se como a propriedade favorece a todos, seja no sentido privado ou coletivo. No primeiro, observa-se o cuidado necessário ao bem ou patrimônio. Privilegia-se a criatividade para se aperfeiçoar a sua preservação em benefício da vida. No sentido coletivo, estimula os modos de encontrar aquilo que se torna indispensável à manutenção do bem conviver, ou seja, insiste-se na (árdua) atividade de se identificar quais bens possibilitam a organização social.

No entanto, nem sempre a preservação da propriedade, especialmente sob o ângulo do Direito, sinaliza perspectivas de melhoria na nossa humanização¹⁹. A partir de Cunha (2005, p. 70), é possível verificar quais argumentos se revelam como obstáculos à descrição do Direito à Propriedade como algo fundamental ao ser humano:

1) A propriedade não é explicável naturalmente, mas juridicamente. Ou, corrigindo, é defendida juridicamente, mas pode não ter causa legítima. 2) A propriedade é fonte de opressão - pois os grandes exploram os pequenos, os possidentes humilham os desprovidos. 3) A propriedade é a própria medida da desigualdade, e portanto da desumanidade. 4) Donde muitas vezes se conclui, de forma extrema, que só a propriedade colectiva, ou seja, o fim da propriedade privada, poderia instituir a justiça.

Ambos os argumentos, positivos ou negativos, não justificam a supressão da propriedade, seja na dimensão privada ou coletiva. Sob idêntica linha de pensamento, é impossível que o Direito não assuma sua função protetiva contra as atitudes excessivas humanas, especialmente contra aquele que, com o domínio de suas riquezas, acredita ser possível "comprar" tudo e todos (a vida como mercadoria, no seu sentido mais amplo) ou aquele no qual, desprovido de recursos e/ou dignidade, é capaz de

¹⁹ "O Direito sem Esperança não se torna um espaço de proteção e diálogo para se ampliar cenários pacíficos, razoáveis à integração humana – seja local, regional, nacional, continental, supranacional ou transnacional. Precisa-se identificar o que é fundamental para promover, no sentido mais amplo da expressão, vida e Dignidade para todos, indistintamente. A tarefa parece difícil, exaustiva, mas é a exigência histórica de nos transfigurarmos para se manter significativa as Relações Humanas. Se todos forem classificados como “objeto”, percebe-se que entidades como Estado, Democracia, Direito, Cultura, Política, entre outros, são vazias de propósito, pois nada existiria além da interação sujeito-objeto. A Esperança é a força regeneradora do Direito no século XXI. Percebe-se que as regras sociais são forjadas pelos valores mercantis. Exige-se que a cada Ser humano transfigure-se, continuamente, para sobreviver às demandas do consumo solipsista. Sob a influência desse cenário, ninguém consegue, sozinho, lidar com tais posturas. A Liberdade Líquida Camaleônica des-figura o sentimento de Humanidade porque não é possível lidar com o 'lado feio da Liberdade'". AQUINO, 2014, p. 130.

"vender" a si, aos demais, bem como ambicionar, por meio do Poder, a utilização de todos como "coisas" para satisfação de seus desejos pessoais.

É diante desse cenário que a pergunta persiste: o Direito à Propriedade, como espécie do Direito Patrimonial, ainda se justifica como um Direito Fundamental, o qual consegue se apresentar como universal para todos os seus titulares? A resposta, aos poucos, deixa de ser nebulosa para se efetivar o conteúdo desses direitos no intuito de melhorar a organização social e preservar as pessoas.

3. O Direito à Propriedade no pensamento de Gregorio Peces-Barba

Gregorio Peces-Barba e Luigi Ferrajoli têm em comum que ambos são seguidores de Norberto Bobbio e de uma nova forma de positivismo a partir do Estado Constitucional de Direito nascido no pós Segunda Guerra Mundial. Será então no entorno do desenvolvimento do novo ideário do Estado Constitucional ou democrático e social de Direito que o positivismo-constitucionalismo garantista de Ferrajoli ou o chamado positivismo ético ou corrigido de Peces-Barba irão se desenvolver. Em suma, são teorias que podem ser classificadas como pertencentes ao contexto do *neopositivismo jurídico*. Peces-Barba a partir de sua teoria *dualista* que segundo seu discípulo Rafael de Asís Roig (2008, p. 393) em uma segunda e mais importante etapa de sua obra passará a ser *tridimensional*; uma vez que o professor de Madrid a partir dos anos de 1990 passa a lecionar que os mesmos devem ser tratados a partir de uma concepção *tridimensional* ou tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas, normativas e fática. Para Liborio Hierro (2008, p. 649-650) a obra de Peces-Barba é sobretudo uma teoria constitucional dos Direitos Fundamentais.

Não resta dúvida que a partir do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito os direitos fundamentais passam a legitimar todo o sistema de normas. Ademais que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na estrutura da sociedade e na mentalidade do ser humano.. Por isso mesmo faz parte do novo paradigma aludido fazem a chamada por Ferrajoli esfera do indecível, ou do núcleo duro que chama-se no Brasil de cláusulas pétreas, território proibido, coto vedado ou seja Direitos Fundamentais constitucionalizados e que não podem ser abolidos ou revogados.

Gregorio Peces-Barba (1995, p. 103) analisa que os direitos fundamentais reportam-se a uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da idéia de dignidade humana que tão-somente a partir da sua recepção no Direito positivo efetivasse-a a sua finalidade. Devida a essa característica alcança-se a *compreensão* dos direitos fundamentais de uma visão integral do *fundamento* e do *conceito*. Sua inseparável conexão se produz porque o direito tem uma raiz moral que se indaga por intermédio da *fundamentação*, mas não são tais sem pertencer ao ordenamento e poder, assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Neste sentido, a moralidade e juridicidade formam o âmbito de estudo necessário para a *compreensão* dos direitos fundamentais.

Para o professor Peces-Barba (1995, p. 104) não teria sentido falar da *fundamentação* de um direito que não seja logo suscetível em nenhum caso de integrar-se no Direito positivo, e tão pouco terá sentido falar do *conceito* de um direito ao que não se lhe possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana. Nos direitos fundamentais a moral e o direito estão entrelaçados e a separação os faz incompreensíveis. A *compreensão* dos direitos fundamentais, da moral e do direito, aparecerem conectados pelo Poder. Os direitos fundamentais que se originam e se fundam na moralidade lançam-se no direito pela intervenção do Estado. Esta é a sua concepção *dualista* inicial.

Sem o apoio do Estado esses valores morais não se convertem em Direito positivo, e, por conseguinte, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. No entanto, quando a moralidade incorporar-se ao Direito positivo está frente a uma *pretensão moral justificada* que constituem a Filosofia do direito fundamental. E, a partir da pressão dada pelos cidadãos o Estado assume seu papel para formar parte do Direito positivo. Dessa maneira, antes do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do século XVIII, necessário tratar de um anterior processo de evolução que seria o qual chamamos de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Esse processo de evolução estaria diretamente relacionado com perguntas fundamentais entabuladas por Gregório Peces-Barba (1995, p. 104). Primeiramente questiona o autor *o por que dos direitos fundamentais? Por que devem ser respeitados os direitos fundamentais?* Como segundo questionamento, *para quê dos direitos fundamentais?* E como terceira pergunta fundamental *qual deve ser seu conteúdo (?)*, visto que os direitos fundamentais não são um conceito estático por tratar-se de um conceito que acompanha a Sociedade.

A consideração do direito de propriedade como um direito do homem é um dos pilares das revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII. Como os direitos fundamentais não são um conceito estático, e sim um conceito dinâmico - uma vez que o processo de formação do ideal dos direitos fundamentais é constante-, novas demandas e reivindicações de direitos fundamentais estão presentes em cada momento histórico da sociedade humana. Luigi Ferrajoli indica que os Direitos Fundamentais são reivindicações (do grupo humano) dos mais débeis. A história nos indica que os direitos fundamentais nascem de reivindicações dos mais débeis. Isso se dá sempre a partir de grupos dos mais fracos e débeis perante o grupo dos mais fortes e poderosos. Então o burguês reivindicará direitos ante as classes privilegiadas, nobreza e alto clero, e o monarca. Posteriormente os sans culotte, proletariado ou trabalhador, desesperadamente reivindicará direitos ante uma forte burguesia dona do poder. E assim sucessivamente, os grupos mais fracos da sociedade, a mulher, o idoso, a criança, o consumidor, o cidadão vítima das graves contaminações do meio ambiente, etc., estes e outros irão reivindicar direitos ante os poderosos, seja homem, adulto, rico, produtor de bens de consumo, e o poluidor por interesses econômicos de todo o planeta. Um direito que nunca pensava-se que poderia existir surge como uma nova demanda, um novo direito; e em contrapartida: um direito consagrado em um determinado momento histórico pode deixar de ser um direito fundamental. Este último caso seria o da propriedade. Consagrado como um dos pilares do processo de positivação dos direitos do homem e do cidadão a partir das revoluções liberais, hoje em dia pode-se afirmar que há deixado de ser um direito fundamental.

Para poder falar da negação do direito de propriedade como um dos direitos fundamentais em Gregorio Peces-Barba, faz-se necessário averiguar sua concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais. Como foi explicitado, dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais do professor Gregorio Peces foi assim batizada por um dos seus principais discípulos, o professor Rafael de Asís Roig. Na construção e delimitação do conceito de Direitos Fundamentais na obra do professor Peces-Barba, em uma primeira fase de seu pensamento era notadamente dualista, entre as dimensões ética e jurídica. Rafal de Asís disserta que nos anos de 1990 a teoria do direito do professor madrilenho passa a ser *trialista*, ou seja uma concepção tridimensional (Peces-Barba, 1993).

Segundo a teoria dos Direitos Fundamentais do professor Peces-Barba, os mesmos devem ser tratados a partir de uma concepção *trialista* ou tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas: validade-legitimidade; normativas: vigência-legalidade; e fática: eficácia-efetividade. Ou as dimensões éticas, jurídicas e sociais que formam a concepção tridimensional de Gregorio Peces-Barba. Dita concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais terá como um das teses centrais a

visão integral do fenômeno dos direitos e será de fundamental importância para a delimitação de seu conceito de direitos fundamentais. Trarão os elementos constitutivos para o enquadramento de um direito no rol dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais visando sua efetiva realização teriam seu conceito calcado em três características principais, uma relacionada com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia ou efetividade). Estas seriam as três dimensões dos direitos fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra social.

3.1. A dimensão ética: Direitos fundamentais como uma pretensão moral justificada.

Em primeiro lugar devemos ver a dimensão ética do fenômeno, uma vez que os direitos fundamentais são uma **pretensão moral justificada**. Os direitos fundamentais devem ser, ou devem partir de uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana – seu pilar principal –, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana – seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras: os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade. Nos dizeres de Peces-Barba (1995, p. 109):

Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas idéias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Essa explicação da pretensão moral justificada é exatamente a fundamentação teórica do *por que* dos direitos fundamentais. Algo que seja contrário a dignidade da pessoa humana, ou a liberdade e a igualdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental. Um direito fundamental somente como pretensão moral justificada, sem ser norma positivada seria ainda um direito natural (Peces-Barba, 1995, p. 109). Essa pretensão moral justificada deve ser, portanto, positivada para ser um direito fundamental; uma vez que os direitos fundamentais devem de ter a possibilidade ou estar previstos em um texto legal. Assim estamos considerando duas das dimensões de seu conceito integral: o conceito ou visão integral dos direitos fundamentais pode ser compreendido, em primeiro lugar, sob dois pontos de vista ou dimensões: uma dimensão ética, que se traduz no caminho para fazer possível a dignidade humana e a consideração de cada ser humano como pessoa moral, e por outro lado a dimensão jurídica, que reconhece e explica a incorporação dos direitos ao direito positivo (1995, p. 39). No mesmo sentido, diz o professor Peces-Barba (1995, p. 109) que:

Para falar de pretensão moral justificada é necessário que desde o ponto de vista de seus conteúdos seja generalizável, suscetível de ser elevada a Lei geral, é dizer, que tenha um conteúdo igualitário, atribuível a todos os destinatários possíveis, sejam os genéricos *homem* ou *cidadão* ou os situados *trabalhador*, *mulher*, *administrado*, *usuário* ou *consumidor*, *criança*, etc.

Não resta dúvida que os direitos fundamentais têm essa exigência de serem positivados, pois se ficassem somente no plano teórico de pretensão moral justificada não seriam direitos e sim somente uma idéia ou um direito natural. Sem dúvida que o consenso acerca do direito natural racionalista – construído pelos livres pensadores do transito à modernidade – é a base do consenso acerca dos direitos fundamentais atuais. Do contrário, sem o consenso em torno aos direitos, cairíamos na critica de Jeremy Bentham no sentido de que é impossível raciocinar com fanáticos armados de um direito natural e que a variedade de direitos naturais de diversas estirpes levaria a uma horrível guerra²⁰. Os direitos fundamentais são ideológicos e sua edificação intelectual se dá a partir de *pretensões morais justificadas* construídas com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista (Peces-Barba, 1995, p. 138-144; e p. 199-204).

2.2. A dimensão jurídica: Direitos fundamentais como possibilidade de ser uma norma jurídica exigível.

Em segundo lugar e de acordo com sua dimensão jurídica, os direitos fundamentais devem **ter a possibilidade de ser uma norma positiva**, é dizer devem ter a possibilidade de técnica jurídica de ser positivado, de ser incluído como norma jurídica. Da mesma forma não devem ser somente uma norma positiva e ponto final como se de uma declaração ou carta de intenções se tratara, uma vez que devem ser uma norma positiva que deve vir **acompanhada de sua respectiva garantia**. Dito de outra forma: não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão momentos que será colocado em discussão, desobedecido e até sistematicamente violado. Isto é, além de positivado os direitos devem ter a possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes. Diz o professor Peces-Barba (1995, p. 112) que deve ser

Um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos.

²⁰ BENTHAM, 1981, p. 94-95.

Então os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos devem ser uma norma positiva acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos de técnica jurídica que a doutrina chama de garantias. Ditas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Dito de forma mais completa: deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia. Partindo dessa proposta de definição podemos averiguar que o que hoje consideramos direitos fundamentais, e que efetivamente se encontram em nosso texto constitucional como tal: uma vez que, por exemplo, todos os direitos fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias. Estudando as origens de todos os direitos fundamentais incluídos em nosso texto constitucional estaríamos fundamentando e justificando moralmente aquelas pretensões que se transformaram em direito positivo. A justificativa moral dos direitos fundamentais é o estudo da principal pergunta da chamada, pelos professores Gregorio Peces-Barba e Nicolás Lopéz Calera, filosofia dos direitos fundamentais: o por quê dos direitos? Interessante também chamar a atenção no sentido de que algumas questões que podemos considerar como pretensão moral justificada e que, mesmo assim, o legislador preferiu não positivizar como direitos fundamentais por serem subjetivas demais, uma vez que sua positivação pareceria pura demagogia²¹.

3.3. A dimensão social: Direitos fundamentais como realidade social e condições essenciais para sua efetividade.

Em terceiro lugar e de acordo com sua dimensão social, **os direitos fundamentais são uma realidade social**, é dizer, atuante na vida social, e por tanto condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade (1995, p. 112). Certamente impossível separar os direitos fundamentais da realidade social. A realidade social, o meio no qual será aplicado será fundamental para sua eficácia ou não. Dependerá de uma serie de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos fundamentais e às suas prerrogativas como cidadão; da vontade política da sociedade e de suas autoridades; das políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos e aos direitos fundamentais de todos, a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, é dizer que leve em consideração os direitos fundamentais como direitos inclusivos, de todos. Muitos outros fatores relacionados com a realidade social poderiam ser aludidos.

²¹ Ex.: amor ou a felicidade sem nenhuma dúvida trata-se de uma pretensões morais justificadíssimas.

Um dos graves problemas da época atual para a efetividade dos direitos fundamentais é exatamente a não consideração de sua realidade social. A denominada, por Peces-Barba (1995, p. 61-62), principal negação parcial da atualidade, a teoria neoliberal, não considera os direitos sociais como direitos fundamentais. A falácia neoliberal leva a não efetividade dos direitos fundamentais uma vez prescinde não somente de sua segunda geração – os direitos sociais –, mas também de uma das dimensões do conceito ou visão integral dos direitos fundamentais. A visão integral do conceito dos direitos fundamentais exige uma reflexão sobre a dimensão ética e jurídica e também com relação a sua dimensão social. A dimensão social da visão integral dos direitos é a que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais (1995, p. 40). Todos fatores importantíssimos para uma verdadeira efetividade dos direitos fundamentais. Sobre os Direitos como direitos de todos e de acordo com seu conceito integral, diz o professor Peces-Barba (1995, p. 112):

Assim o analfabetismo, dimensão cultural, condiciona a liberdade de imprensa; e os progressos da técnica em um determinado momento da cultura científica, por exemplo, com os progressos das comunicações, condicionam a idéia de inviolabilidade de correspondência; ou a escassez de bens pode condicionar ou impedir, tanto para a existência de uma pretensão moral à propriedade pelo seu impossível conteúdo igualitário, quanto de uma norma jurídica pela impossível garantia judicial.

A efetividade é um conceito ambivalente na teoria do Direito para sinalizar a influência do Direito sobre a realidade social ou, ao contrario, da realidade social sobre o Direito (ibidem). Em latitudes como a nossa, o segundo suposto é o mais importante. No primeiro suposto se trata do impacto do Direito sobre a sociedade, de seus níveis de seguimento ou de obediência, e no segundo do condicionamento da justiça ou moralidade das normas ou de sua validade ou legalidade, por fatores sociais. Este é o suposto ao que fazemos alusão como terceiro e mais importante componente para a compreensão da efetividade ou não dos direitos fundamentais, uma vez que não dependem somente de serem valor moral e norma.

A história dos direitos fundamentais, que é também a história da luta pela dignidade humana, faz parte do patrimônio da humanidade. E esse patrimônio da humanidade deve ser ensinado através de uma educação igualitária que dê oportunidade para todos. Não resta dúvida que os direitos fundamentais são conquistas históricas da humanidade, e estas conquistas históricas devem ser valorizadas e divulgadas a partir de uma educação para os direitos humanos e a cidadania. O filósofo Voltaire (2007, p. 14-15) já argumentava no sentido de que um povo tem que aprender com sua história e com a história da humanidade. Não cabe dúvida que falta de conhecimento histórico, a ignorância leva ao fanatismo e a barbárie. Devemos sempre recordar para as futuras gerações as lições da história, assim carece ser lembrada sempre, por exemplo, a idéia de *banalização do mal* de Hannah Arendt (1999), e seu sentimento humano de impotência e indignação diante da burocratização do mal em sua histórica análise

sobre o julgamento de Eichmann. Somente através de uma cultura que parte de uma educação calcada nos valores da cidadania e dos direitos fundamentais é que poderemos reivindicar a utopia dos direitos humanos para a construção de um mundo melhor.

É certamente o início do século XXI o momento (infelizmente tardio) em que nosso país e toda a humanidade devem entender e estudar o fenômeno dos direitos fundamentais e fazer deles em cada canto do mundo parte da cultura e da educação local e assim poder entender e enfrentar o global. Não olvidando a lição do professor Nicolás López Calera (1998, p. 134) no sentido de que “não devemos esquecer que todos os direitos humanos, em maior ou menor medida, são independentes, pelo que sua efetiva realização exigirá uma luta global que não descuide nenhum aspecto fundamental da complexa realidade do ser humano”, e para tal faz-se necessário promover uma civilização e uma cultura facilitadoras da educação na solidariedade, na tolerância e em diversos outros valores fundamentais para chegar a uma educação dos direitos humanos. As palavras de Lopéz Calera (1997, p. 134) são emblemáticas para a questão da propriedade: “Es necesario promover una civilización y una cultura que faciliten la educación en la *solidariedad*. Es necesario fomentar la virtud de la *solidariedad* en un mundo en el que unos pocos tiene derechos y muchos tienen pocos derechos o casi ninguno”.

De nada adianta termos uma pretensão moral justificada positivada e seguida de sua respectiva garantia, quando a realidade social é contrária aos direitos fundamentais, da mesma forma que contrária a igualdade e da implementação de uma sociedade mais justa e solidária²².

Somente através da cultura pode-se chegar à inclusão dos direitos fundamentais na mentalidade comportamental de um país ou de um povo. Os direitos fundamentais têm essa fundamental característica de serem inclusivos, isto é, como diz o professor Sergio Cademartori (2007, p. 29), “(...) não pode cada um gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruem deles”. A mudança de mentalidade da sociedade é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados. Desta maneira, então algumas características dos direitos fundamentais devem ser amplamente debatidas visando construir uma realidade social mais favorável aos mesmos.

A questão da escassez, tratada por Gregorio Peces-Barba em muito pontos de sua obra²³ é de suma importância para entender a impossibilidade de enquadramento da propriedade como

²² No mesmo sentido deve ser considerada a tese da *constitucionalização simbólica* do professor Marcelo Neves (veja-se: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Martins Fontes, 2007. 288 p.); assim como a noção de democracia substancial e outras questões discutidas na obra de Luigi Ferrajoli (veja-se: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. 4.ed. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001. Especificamente: parte V, p. 849-957); e mais recentemente a também relevantíssima obra de Gerardo Pisarello (veja-se: PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007. 144 p.).

um direito humano fundamental. Uma vez que a propriedade não é generalizável, igualitária, não se pode garantir a todos, exatamente por ser um bem escasso. Assim sendo pelo aludido problema da escassez, segundo o professor espanhol, não podemos incluir o direito à propriedade no rol dos Direitos Fundamentais.

Considerações Finais

O Direito pode ser utilizado para promover tanto o progresso do ser humano como o estancamento da Sociedade. Em particular a relação do Direito com a Sociedade revela que o primeiro se mostra - em muitas vezes e em algumas latitudes - como reacionário e relutante às modificações, enquanto que a dinâmica interna da Sociedade procura transformações mais rápidas. O caráter transformador e revolucionário dos Direitos Fundamentais é certamente a luz do final do túnel dos povos, a saída de seus problemas sociais mais graves, sobretudo dos mais oprimidos e dos mais débeis.

Em muitas oportunidades mesmos as teorias mais avançadas -no sentido de transformadoras, revolucionárias e progressistas -quando que visam um real desenvolvimento humano-, com uma matriz bem intencionada, acabam por levar ao engodo de práticas e interpretações mal-intencionadas e retrógradas. Dito de outra maneira, os próprios Direitos Fundamentais podem ser utilizados contra os seus ideais libertadores e transformadores da Sociedade e de suas mazelas endêmicas. Nesse sentido chama-se a atenção sobre de como teorias sofisticadas de aplicação de princípios constitucionais oriundas de autores de outras latitudes, a partir de outras realidades sociais, são aplicadas e mal-intencionadamente deturpadas em nosso país.

Certamente é mais ou menos nesse ponto que entra no debate a questão da terra, da propriedade - do direito à propriedade- em nosso país. O direito à propriedade deveria ser limitado e submetido à legislação infraconstitucional como propõe Gregorio Peces-Barba e ter tratamento de direito patrimonial como propõe Luigi Ferrajoli. Limitado também por sua elementar condição de ser submetido à utilidade pública, pilar da modernidade, e/ou da contemporânea função social. Dar a terra a quem nela vive e trabalha é um dos pilares das revoluções liberais burguesas do século XVIII. Como está bem exemplificado na distribuição de terras aos trabalhadores na França revolucionária na última década do século XVIII. Algo que ainda não ocorreu no país da *modernidade tardia* - para citar a expressão de Florestan

²³ Veja-se por exemplo: PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y Derechos Humanos. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 108-109; e entre outros o texto: PECES-BARBA, Gregorio. In: SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.

Fernandes-, ou da modernidade inexistente dos *donos do poder* para citar a expressão de Raimundo Faoro. Os *conservadores* tomaram para si o *liberalismo* e tudo não passa de uma grande de farsa, para citar a ideia de Sergio Buarque de Holanda. A lógica do senhor feudal e o feudalismo ainda estão arraigados em nossa Sociedade quando se trata da democracia e da igualdade que são autoritariamente trocadas pelo preconceito e os privilégios. A questão da propriedade urbana ou rural e da reforma agrária é ainda um tema tabu, e o totem é o deus mercado dos neoliberais de plantão. Estes em nosso país não passam de conservadores travestidos de liberais. Essa é ainda uma matéria pendente em nosso currículo como povo, nossa civilização, nação que se pretende civilizada.

Ainda assistimos a pantomima que em nome do Direito alguns intérpretes de nosso ordenamento fazem em nome de pretensas colisões de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais sopesando direitos hierarquicamente superiores em colisão: claramente se trata de uma forma intolerante de aplicar um pretense princípio da proporcionalidade no conflito diário da *casa grande* contra a *senzala*. O direito à propriedade de um senhor, já milionário, na defesa de seus interesses meramente econômico-especulativo contra o direito à moradia de milhares de pessoas, de famílias, mulheres e crianças, como no emblemático e conhecido como Caso Pinheirinho. Caso no qual foi aludido uma pretense conflito de normas de direitos fundamentais entre o Direito Fundamental à moradia (art. 6º, *caput*, Constituição Federal) *versus* a propriedade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal). Claro que após o uso equivocado de um absurdo e inexistente princípio da proporcionalidade, ao menos para esse caso concreto, saiu vencedor o representante da *casa grande*.

Seguem as perguntas: alguém ainda tem dúvida da relevância e do por quê deve-se discutir o tema. Devemos seguir fazendo vista grossa diante da pergunta: é a propriedade um direito humano fundamental? Concluímos que não. Pelo exposto, segundo Luigi Ferrajoli e Gregorio Peces-Barba, a propriedade não poderia ser considerada como um direito fundamental. Ainda que como lecionava Gregorio Peces-Barba, trata-se um direito importantíssimo em uma economia de mercado, é um direito que deve vir positivado na legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ASÍS ROIG, Rafael de. La concepción dualista de los Derechos Fundamentales en la teoría de Gregorio Peces-Barba. In: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 391-406.

- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O direito em busca de sua humanidade**: diálogos errantes. Curitiba: CRV, 2014.
- BENTHAM, Jeremy. **Tratados de legislación civil y penal**. Tradução de Ramón Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Anti-leviatã**: direito, política e sagrado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HIERRO, Liborio. En busca del arca perdida: diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico. In: VV.AA. **Entre la Ética, la Política y el Derecho**. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 639-661.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2006.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PECES-BARBA, Gregorio. In: SAUCA, José María (org.). **Problemas actuales de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 193-213.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Sistema das contradições econômicas ou filosofia da miséria**. Tradução de J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2003, Tomo I.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: e outros escritos. Tradução de Rolando Roque da Silva. 22.ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- VOLTAIRE. **A filosofia da história**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.