
O TITULAR DAS POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS

Felipe Bizinoto¹

Escola de Direito do Brasil

Artigo recebido em: 04/04/2019

Artigo aceito em: 04/06/2019

Resumo

Este artigo objetiva demonstrar a evolução dos direitos fundamentais e os paradigmas que acompanham tais marcos, demonstrando que as bases jusfundamentais superam a figura da personalidade jurídica e conferem di-

reitos essenciais às entidades despersonalizadas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; relação jurídica; sujeitos de direitos; paradigmas.

THE JUSFUNDAMENTAL POSITIONS HOLDERS

Abstract

This article aims to demonstrate the evolution of fundamental rights and the paradigms that accompany these milestones, demonstrating that the fundamental foundations surpass the figure of the legal personality and confer

essential rights to the despersonalized entities.

Keywords: *fundamental rights; legal relationship; legal subjects; paradigms.*

¹ Pós-graduando em direito constitucional e processo constitucional pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito registral e notarial pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito ambiental, processo ambiental e sustentabilidade pelo Escola de Direito do Brasil (2020). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017). e-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

Introdução

A ordem constitucional brasileira de 1988 concebe um catálogo de direitos e garantias fundamentais projetado em múltiplas dimensões: o Capítulo I, do Título II da Carta Constitucional prevê direitos e garantias individuais de caráter individual e coletivo.

Inúmeras foram e são as lutas de grupos pelo reconhecimento de viés material em relação aos direitos fundamentais, destacando-se, a partir da palestra proferida por Karel Vasak, no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, França, em 1979, a clássica tripartição dos direitos fundamentais em primeira (direitos de *liberdade*), segunda (direitos de *igualdade*) e terceira (direitos de *fraternidade*) dimensões, fundados na tríade da Revolução Francesa (RAMOS, 2012).

Os direitos de primeira dimensão são as liberdades que envolvem, em carga preponderante, um *non facere*, uma conduta na qual o Poder Público deve se abster de interferir na esfera individual e resguardar os direitos à vida, à propriedade e à liberdade. O modelo político estatal visado era o do Estado Mínimo, que era uma entidade absentista cuja função era resguardar a esfera de individualidade dos cidadãos, excepcionalmente interferindo na vida privada (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; ARAÚJO, 2018; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Ao contrário do status negativo suscitado na primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão têm caráter positivo e, portanto, consistem em um *facere* estatal. Aqui, o Estado cumpre com deveres positivos, age com o intuito de implementar políticas governamentais e proporcionar os meios para que as individualidades galguem a igualdade plena, p. ex., a prestação de saúde, educação, previdência social, segurança. O modelo instituído é o do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), entidade cujo grau de intervenção nos diversos segmentos sociais (economia, esfera privada, política) é intenso (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; BARBOSA, 2003; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Fechando a clássica tripartição, os direitos de terceira dimensão exigem que o Estado não apenas faça ou deixe de fazer, mas, também, transcenda para além do próprio território: exige-se um Estado Transfronteiriço, voltado à tutela concorrente de direitos ubíquos em todo ou boa parte do globo terrestre, p. ex., meio ambiente, consumo, patrimônio da humanidade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; BOSSELMANN, 2010; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Paulo Bonavides (2006) vai além das três clássicas gerações ou dimensões e aduz que há uma quarta dimensão, resultante da globalização e que tem como enfoque a democracia, o pluralismo e a informação.

Vê-se que o trabalho desenvolvido sobre a categoria das posições jusfundamentais está centrada no conteúdo de cada direito, isto é, conferem uma esfera conceitual da dimensão ou geração a partir da determinação do direito, bem como, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, traduz um processo evolutivo de natureza complementar que reafirma a não substituição de um plexo de direitos por outro, e, sim, a sintonia entre os direitos de *liberdade*, de *igualdade* e de *fraternidade* (SARLET, 2007; SILVA, 2013; FERREIRA FILHO, 1988).

Duas pontuações dimanam da escala evolutiva dos direitos fundamentais, sendo a primeira de caráter geral a todo setor científico, enquanto a segunda, especificamente ao setor jurídico. Ambas demonstram que a evolução em questão nasce a partir do choque entre o sistema vigente com as novas questões sociais.

O primeiro ponto diz respeito ao contributo de Thomas S. Kuhn (2003) no que diz respeito à relação entre ciência e mudança. A partir de uma análise histórica da ciência, o autor desenvolve duas categorias a partir das quais trabalha o choque resultante da alteração de um modelo científico para outro que, inclusive, contrapõe-se ao sucedido, quais sejam, *emergência* e *paradigma*.

A emergência tem como origem o fato de que a ciência se cristaliza a partir do que é ordinário, ou seja, arbitrariamente, o modelo instituído determina quais são as problemáticas a serem enfrentadas e as soluções. A partir de dado momento, certas problemáticas extraordinárias (= além da proposta contida no modelo) começam a incidir no cotidiano científico e, direta ou obliquamente, no contexto social (KUHN, 2003).

Em primeiro momento, tais circunstâncias excepcionais são ignoradas pelo sistema instalado, no entanto suas incidências tornam-se tão frequentes que a classe científica começa a desenvolver um novo modelo, eis que o então vigente não responde a todas as questões apresentadas. A tal momento de criatividade da ciência é dado o nome de *emergência* (KUHN, 2003).

Diante da *emergência*, o modelo até então consolidado tem suas defasagens contrastadas em razão (i) da carência de soluções às problemáticas excepcionais e (ii) pelo desenvolvimento de um novo padrão. Ao modelo antigo ou novo, desenvolvido ou em desenvolvimento, é conferido o nome de *paradigma*. *Paradigma*, então, é o conjunto de feitos científicos reconhecidamente universais que propõem problemáticas e soluções modelares para uma comunidade científica (KUHN, 2003).

Thomas S. Kuhn, então, suscita que o *paradigma* instituído sofre com problemáticas que não se amoldam aos modelos propostos, nascendo a situação emergencial de desenvolvimento de um novo *paradigma*, apto a responder às exigências atuais, resultando a compreensão da transição de um modelo para outro como *revolução científica* ou *mudança de paradigma* (KUHN, 2003).

Subjacente e aditivo ao escólio do citado autor, Dalmo de Abreu Dallari (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet (2007) destacam que as dimensões ou gerações jurídicas não ocorreram de forma convencionada, sob unanimidade ou maioria social ou política, e, sim, resultaram de constantes lutas: a trajetória traçada envolve conflitos inaugurados pelas *liberdades públicas*, de cunho liberal e com intento de modelar um Estado Mínimo; desenvolvem-se para conflitos em prol da *igualdade*, instituindo-se um catálogo de direitos de ordem econômica, cultural e social, sob intento de modelar um Estado Social; culminam em conflitos que exigem o reconhecimento de interesses juridicamente relevantes tanto ao âmbito estatal quanto internacional, com a intenção de modelar um Estado Transfronteiriço (SILVA, 2013; DALLARI, 2013).

A segunda pontuação encontra amparo no magistério de A. Junqueira de Azevedo (1999), pautado em Thomas S. Kuhn, acerca dos três *paradigmas* jurídicos, que não excluem, e, sim, complementam uns aos outros. Paralelamente ao panorama científico geral, a ciência jurídica tem três grandes modelos propostos e que sofreram críticas diante de problemáticas excepcionais, o que determinou a criação de um novo *paradigma*.

O primeiro modelo citado pelo autor paulista é o *paradigma da lei*, alinhado às razões históricas cumuladas até o séc. XVIII e que desembocaram na Revolução Francesa: a substituição do Estado Absolutista pelo Estado de Direito, da vontade do rei pela vontade da lei, o que, por sua vez, funda-se nas lições de J. J. Rousseau de que a lei é a expressão racional da vontade geral, um preceito universal, abstrato e claro quanto à sua hipótese de incidência (ROUSSEAU, 1944; AZEVEDO, 1999).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988) corrobora com a tese de que o *paradigma da lei* tem duas características, quais sejam, disciplinam a relação entre liberdade do indivíduo e convívio em sociedade; e, por outro lado, disciplinam a pauta de atuação dos órgãos estatais. Esta feição, volta-se, em especial, à função judicial, que é traduzida na época como *la bouche de la loi* (a boca da lei).

Ocorre que o engessamento conferido às funções estatais criaram uma dualidade a ser enfrentada pelos juristas: ao mesmo tempo que há previsibilidade das condutas do Estado, principal destinatário das normas, anseios por justiça exigem maior adequação de preceitos normativos à atualidade, bem como maior atuação estatal em promover a igualdade (FERREIRA FILHO, 1988; AZEVEDO, 1999).

Acentuadas as exigências acima, com destaque ao pós-1ª Guerra Mundial, espíritos insatisfeitos com a inflexibilidade e rigidez da lei voltam-se ao juiz, figura representante do Estado e que concilia, ao mesmo tempo, a possibilidade

de atuação política e conhecimento técnico jurídico. Por isso, introduziram-se nos textos normativos conceitos jurídicos indeterminados e princípios, cláusulas gerais, que, conforme Karl Engisch (2014), afrouxaram o vínculo que prende à lei os tribunais e as entidades e órgãos administrativos. Por meio de tais cláusulas gerais é que nasce, então, o *paradigma do juiz*.

O fenômeno da judicialização das políticas públicas conduz à constatação do paradigma do juiz, eis que ao magistrado incumbe, diante dos direitos fundamentais sociais, forçar as demais funções estatais em implementar meios materiais que permitam aos indivíduos perseguir e, minimamente, concretizar suas aspirações materiais, psíquicas e espirituais (BARROSO, 2015; FERREIRA FILHO, 1988; DALLARI, 2013; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

A dependência de concretização de textos dotados de extrema vagueza se somam à existência de situações fáticas que, essencialmente, prescindem de um Judiciário no papel de julgador, p. ex., divórcio, inventário e usucapião nos quais há consenso entre os envolvidos, geram maiores críticas ao *paradigma* jurídico vigente. Conforme enuncia A. Junqueira de Azevedo (1999), a pós-modernidade tende a fugir do juiz e buscar a melhor solução para o caso concreto.

O contexto gerado pela amplitude do juiz na vida social também é um dos fatores para o desenvolvimento crítico de um novo *paradigma*: o congestionamento do Judiciário com casos para que resolva geraram o influxo da morosidade judicial, o que, mais uma vez, gera a busca para meios alternativos e aptos a concretizar o direito no caso (PÁDUA, 2016).

Diante da emergência gerada, juristas tomam como centro a figura do caso, o eixo em torno do qual gravita o *paradigma* da pós-modernidade. Nasce, assim, o *paradigma do caso*, que deixa ao juiz os casos extremos e confere instrumentos alternativos para composição de questões, p. ex., os cartórios extrajudiciais, a Justiça Desportiva, a Bolsa de Valores (AZEVEDO, 1999).

Os paradigmas traçados por A. Junqueira de Azevedo se alinham com a evolução dos direitos fundamentais, que foram, em resumo, o motivo central para que os juristas se debruçassem sobre o modelo vigente e, assim, construísem um novo paradigma, a fim de, justamente, conferir maior concretude às posições jusfundamentais.

A doutrina dos direitos e garantias fundamentais, portanto, acompanhou vários paradigmas, mas sempre manteve uma base em comum, pautando-se, direta ou indiretamente, na dignidade humana, princípio expresso no art. 1º, III da Constituição do Brasil. O ponto nevrálgico das posições jusfundamentais é a pessoa, figura que, segundo a doutrina, é o centro sobre o qual gravitam todos os poderes e deveres que a ordem jurídica confere e, portanto, indissociável da

categoria dos direitos fundamentais (SILVA, 2013; CANOTILHO et al., 2015; DALLARI, 2013; CHEVALLIER, 2013; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018).

Ana Paula de Barcellos (2011) leciona que os direitos fundamentais nascem para suprir as necessidades basilares do que considera como o maior valor da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, enfatizando que os sistemas jurídicos hodiernos são consensuais em colocar o valor essencial do ser humano como cerne.

Em suma, todos os *paradigmas* dos direitos fundamentais envolvem um cerne comum: a pessoa, o que, segundo as novas necessidades contemporâneas, merece novas considerações, eis que, conforme apontado por Thomas S. Kuhn, problemáticas excepcionais surgem ao ponto de o modelo proposto ignorar ou não resguardar o que pleiteado.

Tais problemáticas surgem a partir da análise dos titulares das posições jurídicas subjetivas fundamentais, porque, a partir do escólio de M. Bernardes de Mello (2014), duas categorias de sujeitos de direitos atuam no plano jurídico: aquelas dotadas de personalidade, as pessoas, e aquelas não dotadas de personalidade, os entes despersonalizados ou despersonalizados.

Este artigo espraia-se a partir de duas abordagens:

(i) a primeira diz respeito ao trajeto que parte da exposição da teoria geral da relação jurídica, identificando, a partir de uma visão estruturalista, seus elementos, e, por conseguinte, aplicando o marco teórico em questão aos direitos fundamentais, identificando-se, então, uma teoria geral jusfundamental, em primeiro momento expondo ao que K. Larenz (1978) denomina como *relação jurídica fundamental*; e

(ii) a partir do reconhecimento dos elementos da relação jurídica e da *relação jurídica fundamental*, desenvolver-se-á uma perspectiva mais ampla do que a esposada por K. Larenz, demonstrando que o personalismo ético, de bases kantianas, restringe sua visão às pessoas, sendo necessária uma correção da atualidade quanto a tal ponto, assim resultando numa nova perspectiva acerca do sujeito que titulariza as posições jusfundamentais.

1 Elementos da relação jusfundamental

As relações jurídicas traduzem a questão a partir da qual se identificam não apenas os envolvidos, mas, também, e em última análise, a disciplina jurídica incidente sobre a questão. É dizer: a partir da constatação dos elementos da relação jurídica é que o aplicador do direito poderá determinar (i) o regime jurídico aplicável e (ii) os efeitos que irradiarão.

O arquétipo desenvolvido a partir das lições de G. Lumia (2003), F. C. Pontes de Miranda (1970; 2012b) e Marcel Edvar Simões (2016) reconhece que a teoria geral da relação jurídica se inclina sobre os seguintes pressupostos ou elementos de existência: (i) sujeitos; (ii) objeto; (iii) fato jurídico constitutivo; e (iv) garantia.

Toda relação jurídica tem seus termos compostos por polos, aqui denominados como sujeitos ou sujeitos de direito, entidades que o ordenamento constitucional defere a titularidade sobre poderes e deveres, as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas (LUMIA, 1981).

Do magistério de F. C. Pontes de Miranda (2012a) e M. Bernardes de Mello (2014), entende-se que o sujeito constitui um gênero dentro do qual há duas espécies, que são tanto as entidades que o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica, as pessoas, quanto entidades desprovidas de personalidade jurídica, os entes despersonalizados.

Segundo Enneccerus, Kipp e Wolff (1971), são os sujeitos que titularizam direitos ↔ deveres, pretensões ↔ deveres jurídicos, faculdades ↔ ausência de pretensões, poderes formativos ↔ sujeições, imunidades ↔ ausência de poderes formativos.

Acerca do *objeto* da relação jurídica, este consiste no centro sobre o qual todos os poderes e deveres são atraídos e, por isso, entende-se que é, necessária e imediatamente, um comportamento do sujeito e, desnecessária e mediatamente, bens de ordem material ou imaterial (SIMÕES, 2011; RÃO, 2005).

O *fato jurídico constitutivo* é o dado extraído de circunstâncias do mundo fenomenológico considerado no suporte fático da norma jurídica e cuja ocorrência conduz à incidência da norma, que gerará direitos e deveres, pretensões e deveres jurídicos, faculdades e ausência de pretensões, poderes formativos e sujeições, imunidades e ausência de poderes formativos. Nos dizeres de F. C. Pontes de Miranda (2012a), o fato jurídico constitutivo é o substrato do qual dimana eficácia jurídica.

Como último elemento, a *garantia* é uma constelação de meios conferidos ao titular de uma posição jurídica subjetiva ativa para que torne efetivos tais poderes. Coextensível tal categoria ao que F. C. Pontes de Miranda (1970; 2012b) denomina *ação em sentido material* e o que M. Bernardes de Mello (2014) denomina como fase de impositividade do direito, consistente no conjunto de mecanismos voltados à realização do direito, conjunto este denominado *ação em sentido material*.

Esboçado o panorama estrutural da relação jurídica, a partir das lições de K. Larenz (1978) pode-se conceber a relação jurídica de direito fundamental²:

² No mesmo sentido, cf. Simões (2011).

estruturalmente, tem-se (i) no polo ativo está o sujeito ativo universal, a universalidade das pessoas humanas; (ii) no polo passivo constam, igualmente, a universalidade de pessoas, que coincidem com o sujeito passivo universal; (iii) no *objeto* está todo e qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que respeite à dignidade da pessoa humana; (iv) no fato jurídico constitutivo está o nascimento com vida do ser humano, ponto a partir do qual todos os direitos e deveres têm sua gênese; e (v) a *garantia*, segundo Marcel Edvar Simões (2011), é o próprio sistema jurídico em sua totalidade.

O ponto central da teoria geral da relação jusfundamental suscitada é, como apontado, a pessoa, o ente que, dentro do gênero *sujeito de direito*, é provido de personalidade jurídica. Em suma, o marco basilar teórico dos direitos fundamentais é quem tem personalidade jurídica, o que, conforme segue, é passível de críticas diante do atual tráfico jurídico-social.

2 Do personalismo ético à contemporaneidade

A partir da constatação de que toda relação jurídica contém como um dos seus elementos de existência os polos, que são compostos por sujeitos, entidades que a ordenança jurídica atribui aptidão para contrair poderes e deveres, indaga-se: quem é titular de direitos fundamentais?

O prenúncio relacionado às fundações das posições jusfundamentais foi feito: trata-se do núcleo (nem tão) duro que se pauta no personalismo ético, baseado, por sua vez, nas lições kantianas acerca da *dignidade* e *valor* humanos, redundando na concepção jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana (KANT, 2013).

A influência do marco teórico em questão é tamanha que J. J. G. Canotilho e Vital Moreira (1993) consideram o princípio acima como o referencial central da ordem constitucional atual e unificador dos direitos e garantias fundamentais, assim como, no mesmo sentido, J. Afonso da Silva afirma que a dignidade humana é o valor supremo constitucional sobre o qual gravitam todos os direitos fundamentais do ser humano, desde o direito à vida.

O *personalismo ético* desenvolve-se a partir do pós-2ª Guerra Mundial, pela civilista alemã (LARENZ, 1978), que se inspirou no iluminismo do séc. XVIII e no pensamento kantiano de que os seres humanos são fins, e não meio, bem como as pessoas são dotadas de *dignidade*, enquanto as coisas têm *preço* (KANT, 2013).

Consoante o fundamento kantiano, a pessoa é central no ordenamento jurídico, em especial no ordenamento estatal (FERREIRA FILHO, 1988; DALLARI, 2010; MORAES, 2018), e culmina no princípio da dignidade

humana, cuja esfera conceitual alinha-se à dignidade (pessoa como um fim em si) de E. Kant.

J. J. Gomes Canotilho (2000) expressa o princípio da universalidade – que aduz que direitos fundamentais são direitos de todos, cf. art. 12º/2 da Carta de Portugal – para amparar que o regime de direitos fundamentais tem seu âmbito de titularidade adstrito às pessoas naturais e, dentro da compatibilidade com sua natureza, às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Conforme A. Junqueira de Azevedo (2008), o fundamento do *personalismo ético* tem sua raiz na pessoa, tanto o é que seu prefixo etimológico é *persona*, o que mostra a essencial ligação às pessoas, com destaque aos seres humanos, corolário que considere os não-humano (ou a vida não-humana) algo sem dignidade, uma coisa, dotadas de preço, o que se desliga da vida em geral. Extrai-se da teoria até então em voga que direitos e garantias fundamentais são conferidos a quem tem personalidade, que ostenta dignidade. É dizer: as posições jusfundamentais deferidas ao sujeito da relação de direito fundamental é atribuída a alguém pelo simples fato de ter dignidade (LARENZ, 1978).

Diante da problemática de que o *paradigma do personalismo ético* não abrange todos os sujeitos a cuja realidade exige que sejam conferidas constelações de posições jurídicas subjetivas, a própria realidade determina que aos sujeitos de direito, e não apenas às pessoas, é reconhecido um plexo de direitos fundamentais. Exige-se que as entidades despersonalizadas ostentem posições jurídicas tuteladas diretamente pelo texto constitucional, como, p. ex., propriedade, imagem, honra.

Em elucubrações anteriores, desenvolveu-se a concepção de sujeitos de direitos a partir da esfera jurídica, figura em cuja centralidade está o sujeito de direitos e em sua periferia gravitam todas as posições jurídicas subjetivas, ativa e passivas, elementares e complexas, patrimoniais e extrapatrimoniais sob uma única titularidade (PÁDUA, 2018). Dentro das espécies abstratas de posições titularizadas por um mesmo sujeito de direitos estão as resguardadas pelo texto constitucional, consideradas como fundamentais.

Destaque merecem, então, as entidades despersonalizadas, as quais titularizam posições jurídicas localizadas tanto no setor patrimonial quanto extrapatrimonial da esfera jurídica. Ver-se-á que tanto a jurisprudência quanto doutrina reconhecem, mesmo que pela via oblíqua, que direitos fundamentais podem estar sob titularidade de não-pessoas.

Primeiramente, o ordenamento legal defere diversas posições que se enlaçam com o texto constitucional, p. ex., o direito de propriedade do condomínio sobre unidade autônoma (art. 63, § 3º da Lei n. 4.591/1964), o direito de toda e qualquer entidade despersonificada fornecer serviços e produtos ao mercado (art. 3º, caput

da Lei n. 8.078/1990), à massa falida ostentar e cobrar créditos de seus devedores (art. 22, III, "I", da Lei n. 11.101/2005) e ser parte nas relações processuais (art. 75, V do CPC/2015), posição processual que é conferida ao espólio e à herança jacente (art. 75, VI e VII, do CPC/2015).

Por outro lado, o mesmo ordenamento legal reconhece direitos exclusivos das entidades providas de personalidade, p. ex., a autoria de obras de cunho literário, artístico e científico (art. 11 da Lei n. 9.610/1998), requerer o registro de marca (art. 128 da Lei n. 9.279/1996), beneficiar-se da recuperação judicial (art. 1º da Lei n. 11.101/2005), figurar como sócio dentro de uma sociedade empresária (art. 981 do CCB/2002), na mesma seara empresarial, segregação patrimonial em relação aos investidores (art. 1.022 do CCB/2002 e art. 795 do CPC/2015).

Quanto ao setor extrapatrimonial, atinente às posições jurídicas destituídas de imediata valoração econômica e conseqüente expressão pecuniária (MELLO, 2014), o texto constitucional reconhece que honra e a imagem são bens jurídicos invioláveis e cuja transgressão enseja em indenização por danos material e moral (art. 5º, X). Apesar de a Carta Fundamental identificar a pessoa como titular das posições sobre os bens em comento, a jurisprudência reconhece, p. ex., dano moral por violação à honra objetiva e à imagem de condomínio (AgRg no AREsp n. 189.780/SP), bem como violação à honra objetiva, e a conseqüente indenização, em prol de nascituro (REsp n. 1.487.089/SP). No mesmo sentido, mas agora com expressa positivação, a Constituição do Brasil determina que a família é base social e tem especial proteção estatal (art. 226).

Por sua vez, sobre as pessoas jurídicas há bens extrapatrimoniais comuns, p. ex., a honra objetiva, o nome, a imagem, enquanto que as entidades despersonalizadas carecem de tal uniformidade, porquanto o nascituro, juridicamente dizendo, não tem nome, imagem nem sexualidade, mas podem figurar como herdeiros testamentários (art. 1.798 do CCB/2002), enquanto que a sociedade não personificada e o condomínio não têm vocação hereditária (art. 5º, XXX da CRFB e art. 1.799 do CCB/2002).

Apesar das divergências quanto a quais direitos estão no setor extrapatrimonial dos entes sem personalidade jurídica, se o Pacto Basilar reconhece certos bens jurídicos dotados de fundamentalidade e a jurisprudência, cada vez mais, reconhece e tutela tais posições jusfundamentais em prol das entidades em comento, inevitável inferir da conclusão de M. Bernardes de Mello (2014) de que todo sujeito de direito tem poderes e deveres, inclusive os de caráter fundamental.

Concatena-se à relação entre *emergência* e *mudança de paradigma*, desenvolvida por Thomas S. Kuhn, no ambiente da ciência jurídica frente aos direitos fundamentais, as problemáticas ordinárias diziam respeito à tutela de tais

posições jurídicas em relação às pessoas que as titularizam; por outro lado, os fatos excepcionais dizem respeito à mesma categoria jusfundamental, mas, desta vez, quanto aos organismos não personificados.

A partir da incidência corrente de excepcionalidades no plano fenomênico, o *paradigma da pessoa*, fundada no *personalismo ético*, começa a sofrer críticas por sua incompletude, eis que isolam do mundo jurídico, e, conseqüentemente, da tutela respectiva, as não-pessoas, que existem no plano do direito por duas razões.

A primeira está na transitoriedade de tais entidades, isto é, a ordem jurídica não lhes confere personalidade por não terem estabilidade na sua duração temporal, eis que estão sujeitas à extinção ou regularização das situações nas quais colocadas, p. ex., o nascituro pode nascer com vida, a sociedade despersonificada pode ter seu ato constitutivo levado a registro, o espólio pode ser extinto por meio da partilha; já a segunda razão está no fato de que o mundo fenomênico estabelece relações com tais entidades e, por isso, exige-se do mundo jurídico que assegure aos envolvidos, em especial os terceiros, com poderes e deveres (MELLO, 2014).

Considerando que tanto os entes personificados quanto despersonificados são titulares de poderes e deveres de cunho fundamental, o ponto cerne não está mais no *quem*, e sim em *quais* direitos e deveres constam na esfera jurídica da segunda categoria de sujeito de direitos.

Os direitos fundamentais que, por sua natureza, podem ser exercidos não apenas por pessoas jurídicas, mas, também, por entidades despersonificadas podem tê-las como titulares, ou seja, não há sentido em negar o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, inviolabilidade domiciliar, as garantias do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, a liberdade de imprensa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Às entidades despersonalizadas calha o critério utilizado pela Constituição de Portugal, que determina, em seu art. 12º/2, que as pessoas jurídicas titularizam posições jurídicas fundamentais, ativas e passivas, desde que compatíveis com sua natureza. Tal parece ser uma via inicial que baliza o reconhecimento das entidades despersonificadas como sujeitos de direitos fundamentais. Havendo compatibilidade fática e inexistência de óbice de ordem normativa, o direito deve ser reconhecido e, conseqüentemente, deferida a dispensada pertinente.

J. J. Gomes Canotilho (2000) ampara a tese acima ao afirmar que o princípio da universalidade das posições jusfundamentais compatibiliza-se com a natureza das *pessoas coletivas*, gênero do qual fazem parte as pessoas coletivas dotadas de personalidade jurídica, no Brasil, e as pessoas jurídicas, as pessoas coletivas sem personalidade jurídica, no Brasil, as entidades despersonificadas³.

³ F. C. Pontes de Miranda (1996) compara o nascituro, única célula individual no rol mais conhecido de entidades despersonificadas, à sociedade sem personalidade.

Novamente, o autor português aponta que o panorama científico atual superou o personalismo ético e, assim, atribuiu direitos fundamentais a quem não é pessoa, mas resta controvérsia quanto ao âmbito normativo do que inscrito no texto constitucional de Portugal, o conceito de *compatíveis com a sua natureza*, compatibilidade esta que envolve a negação de direitos fundamentais que se conectem às características intrínsecas ou naturais ao ser humano, ao corpo ou aos bens espirituais (CANOTILHO, 2000).

A descrição desenvolvida demonstra que, valendo-se do jargão português, as pessoas coletivas titularizam direitos fundamentais, indagando-se um último questionamento: há alguma diferença entre o que titularizado pelas pessoas jurídicas e entidades despersonalizadas?

Como prenunciado, depreende-se das lições de M. Bernardes de Mello (2014) que o diferencial entre as espécies de sujeitos de direito, pessoas e não-pessoas, está no grau: aqueles dotados de personalidade jurídica têm uma gama maior de posições jurídicas subjetivas, não restritas às limitações do texto constitucional ou legal. Já os sujeitos de direitos que não são pessoas têm um grau restrito de poderes e deveres ou por determinação legal, p. ex., o direito de registrar marca apenas às pessoas, ou por incompatibilidade lógica factual, p. ex., a imagem a quem está no útero materno.

À exigência de compatibilidade com a natureza da entidade soma-se outro marco limitador do grau de direitos de uma espécie para outra de *sujeitos de direitos*, o ordenamento legal, que, como parte integrante da ordem jurídica (SIMÕES, 2019), determina tanto de maneira positiva, p. ex., o direito de ser herdeiro testamentário ao nascituro e de o condomínio ser titular da propriedade sobre unidade autônoma, quanto negativa, nesta hipótese, por meio da destinação de certas posições jurídicas às pessoas, p. ex., a registrabilidade de marca e o direito autoral.

Em suma, aos sujeitos não-pessoas compatibilizam-se os direitos fundamentais que não considerem características intrínsecas do ser humano, da pessoa natural, cuja lei pressuponha a personalidade jurídica ou expressamente defira a titularidade, e, conforme amparo jurisprudencial acima, que se consiga extrair a partir da interpretação constitucional principiológica.

Conclusão

A sistemática que rege os direitos essenciais, tem-se a clássica compreensão das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, que carregam em si um *paradigma* no sentido científico. Inicialmente há a superação do modelo monárquico e a

instituição do *paradigma da lei* como diretiva governamental e como meio de conferir igualdade a todos, inaugurando-se a primeira geração como *direitos de liberdade*, cujo Estado ostentava um dever de não intervir na esfera individual, salvo imperiosa necessidade, criando-se a figura do Estado Mínimo.

O segundo paradigma instituído é o *paradigma do juiz*, fundado em exigências de justiça material por alguns bons espíritos e que resulta na manutenção da lei, mas na sua mutação por meio da inclusão de cláusulas gerais, a fim de que o intérprete final, o magistrado, tenha maior campo de atuação. Paralelamente, a segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais, os *direitos de igualdade*, começa a contrastar no seio social, exigindo-se do Estado não mais abstenção, e sim condutas comissivas aptas a criar um patamar material a partir do qual toda individualidade consiga perseguir seus projetos racionais e legítimos, inaugurando a figura do Estado Social.

O terceiro paradigma desenvolvido é o *paradigma do caso*, fundado na exigência social do melhor meio para solução da questão e na crítica de que o Judiciário não, necessariamente, precisa atuar sobre as diversas relações jurídicas. Paralelamente à exigência interna de fuga do juiz, o plano externo contrasta que a atuação das sociedades políticas não se dá apenas dentro do seu território, eis que há direitos que transcendem o espaço estatal, os *direitos de fraternidade*, e, por conseguinte, resultam na criação da figura do Estado Transfronteiriço.

A partir do pós-guerra, a doutrina alemã, com base no pensamento kantiano sobre *dignidade* e *valor*, teoriza as bases do que seria a relação jurídica fundamental, fundada no respeito à esfera jurídica da pessoa que titulariza posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas, elementares e complexas, *paradigma* este que, com o desenvolvimento social, não atende a todas as relações jurídicas, porquanto muitas delas envolvem em um dos polos do trato uma entidade desprovida de personalidade jurídica, uma não-pessoa.

Tais entidades despersonalizadas levaram ao desenvolvimento científico jurídico do gênero denominado *sujeitos de direitos*, que comporta todos aqueles, com ou sem personalidade jurídica, que a ordem jurídica reconhece direitos ↔ deveres, pretensões ↔ deveres jurídicos, faculdades ↔ ausência de pretensões, poderes formativos ↔ sujeições, imunidades ↔ ausência de poderes formativos.

As entidades despersonalizadas têm poderes e deveres em razão da sua transitoriedade, o que confere razão para não haver personalidade jurídica, que exige estável duração temporal, e da contraparte e terceiros com os quais instituem, modificam e extinguem posições jurídicas subjetivas, exigindo-se, então, maior segurança jurídica para todos da relação.

Partindo dos *sujeitos de direitos*, critérios distintivos nascem para afunilar quais posições jusfundamentais (não apenas) são titularizadas pela espécie que não é pessoa, primeiramente havendo uma distinção a partir daquelas posições ostendadas pelas pessoas naturais, a saber, que não sejam inerentes à condição humana, ao corpo ou ao espírito humano.

O segundo marco afunilador está no ordenamento legal, que, por sua vez, exerce tanto uma função positiva, ao reconhecer posições que tanto as pessoas quanto não pessoas podem titularizar, quanto negativa, no sentido de reconhecer poderes tão somente às pessoas.

Um terceiro marco distintivo está na interpretação do texto constitucional em relação a certos bens jurídicos que são reconhecidos às entidades despersonalizadas, como o caso da imagem e da honra objetiva, bens sobre os quais não há óbice legal e que o tráfego social exige reconhecimento, o que ocorre, principalmente, por meio da jurisprudência.

Em síntese conclusiva, os *sujeitos de direitos* ostentam direitos e deveres fundamentais, variando, em primeiro grau, quanto àqueles intrínsecos aos seres humanos, num segundo grau, quanto àqueles que a ordem jurídica defere ou indefere e, num terceiro grau, quanto àquelas posições jurídicas sobre os quais a lei é omissa, mas cuja interpretação constitucional, somada às relações travadas e nas quais há entes não-pessoas, permitem o reconhecimento e a consequente tutela jurisdicional.

Referências

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

ARAÚJO, N. R. N. *Liberdade de expressão e o discurso de ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.

AZEVEDO, A. J. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

AZEVEDO, A. J. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 115-126, 2008.

BARBOSA, N. F. *A eficácia e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Maceió: Edufal, 2003.

- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOSELTMANN, K. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, I. W. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-109.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. et al. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHEVALLIER, J. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DALLARI, D. A. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil – tomo I – vol. 1º*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- KANT, E. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Debate, 2003.
- LARENZ, K. *Derecho civil – parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.
- LUMIA, G. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- LUMIA, G. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. E^a ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.
- MELLO, M. B. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, A. et al. *Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PÁDUA, F. B. S. Mas por que o árbitro? *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <<https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/417310215/mas-por-que-o-arbitro>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- PÁDUA, F. B. S. O tempo e o direito – o tempo como bem jurídico. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <<https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/653091934/o-tempo-e-o-direito-o-tempo-como-bem-juridico>>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao código de processo civil – tomo I*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – tomo V*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROUSSEAU, J. J. *Contrato social ou princípios de direitos políticos*. São Paulo: Cultura, 1944.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, I. W. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÕES, M. E. Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema jurídico? (parte 1). *Consultor Jurídico*, 16 maio 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-parte>>. Acesso em 24 mar. 2019.

SIMÕES, M. E. *Transmissão em Direito das Obrigações – Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-rogação Pessoal*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SIMÕES, M. E. Sistema jurídico e “fontes do Direito”. Lacuna e integração. In: CUNHA FILHO, A. J. C.; ISSA, R. H.; SCHWIND, R. W. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada*. v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 203-204.