

Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello.

por Rodrigo Xavier Leonardo

Advogado. Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP).

Referência bibliográfica para citação:

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao Prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo : Saraiva, 2007 (no prelo).

Para maiores informações, consultar: www.rodrigoxavierleonardo.com.br

I. Introdução

Pontes de Miranda não é um autor de fácil leitura e compreensão. O tratadista, com um conhecimento enciclopédico próprio dos grandes pensadores, parece nunca ter se preocupado em facilitar o acesso do leitor às suas idéias impressas nas dezenas e dezenas de volumes permeados por um grande paradoxo: o estilo lacônico e profundo, numa obra que é vastíssima.

Num escrito literário, talvez concebido num momento de libertação de suas preocupações científicas, Pontes de Miranda afirmou que o escritor feliz é aquele que consegue ter uns bons três leitores: “Feliz o autor que encontra três leitores sábios. – Os bons livros são aqueles em que se nos depara um pouco para todos, ao passo que o livro forte é o em que cada um se encontra a si mesmo. Espiritualmente, cinco mil leitores para nós outros nada valem. É grave o prejuízo para o escritor que cêrca de cinco mil medíocres se encontram nêle”.¹

Marcos Bernardes de Mello certamente figura entre os três sábios leitores almejados por Pontes de Miranda. Nos três volumes de sua *Teoria do*

¹ PONTES DE MIRANDA. **Obras literárias**. Rio de Janeiro : José Olympio, 1960, p.46.

*fato jurídico*², esse autor conseguiu traduzir um dos temas centrais do pensamento de Pontes de Miranda, numa linguagem altamente didática (pode-se dizer, até mesmo, bem acessível ao estudante *aplicado*), sem que, com isso, fossem feitas concessões à rigorosidade científica.

Essa dedicação à explicação e à divulgação do pensamento de Pontes de Miranda, todavia, não podem obnubilar a original contribuição teórica que o professor Marcos Bernardes de Mello apresentou à ciência do direito.

Justamente por isso, escolheu-se abordar, aqui, um tema no qual identifica-se uma evidente *impressão digital* do autor homenageado que, mediante criterioso diálogo com Pontes de Miranda e outros grandes juristas, apresenta à comunidade acadêmica suas proposições originais a respeito de um dos mais tortuosos temas da teoria geral do direito civil.

II. Pessoa, sujeito de direito e capacidade

Os termos *pessoa, sujeito de direito e capacidade* pretendem designar conceitos basilares da teoria geral do direito. Ao pesquisar alguns dos manuais de direito civil publicados recentemente no Brasil, todavia, percebe-se uma desconfortante confusão nesse assunto.

Limitando a investigação aos mais recentes compêndios de direito civil, identificou-se que alguns autores sustentam uma equivalência entre os termos *pessoa e sujeito de direito*³; outros, por sua vez, apresentam uma equivalência entre o termo *pessoa e capacidade*⁴. Por fim, há quem defenda uma

² Neste trabalho foram consultadas as seguintes edições BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13.ed. São Paulo : Saraiva, 2007; BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 6.ed. São Paulo : Saraiva, 2004; BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

³ Assim, para Renan Lotufo: “A teoria tradicional identifica sujeito de direito com pessoa. O Código Civil adota o conceito de pessoa” (LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. v.I. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p.92). Maria Helena Diniz, por sua vez, é ainda mais enfática: “(...) ‘pessoa’ é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p.113).

⁴ “No direito moderno, toda pessoa é capaz de ter direitos e contrair obrigações, tendo assim a chamada capacidade de direito ou personalidade (...) Atualmente, toda pessoa, desde o nascimento até a

identidade entre os termos *pessoa, sujeito de direito e capacidade*⁵. Registre-se que, até mesmo em Pontes de Miranda, verifica-se uma complicada tentativa de explicação dos conceitos de *sujeito de direito, capacidade e pessoa*⁶.

No meio dessa miscelânea conceitual, a teoria geral do direito contemporânea resente-se de uma explicação para a inevitável questão: qual o sentido duma equivalência entre *pessoa, sujeito de direito e capacidade*?

As origens dessa relação de equivalência remontam, mais imediatamente, ao pensamento jurídico alemão do século XIX que procurou sistematizar o direito privado ao redor da figura do *subiectum iuris* como representação do homem livre, dotado de vontade e titular de autonomia⁷.

Se fosse possível resumir esse projeto sistematizador num único nome, provavelmente esse nome seria o de Savigny. Esta é a razão da escolha desse autor como orientação introdutória para a reflexão crítica sobre o tema proposto.

Savigny, em obra intitulada “Sistema de Direito Romano Atual”, logo nas primeiras páginas estipula um marco fundante para todo o seu pensamento: “O direito (...) nos parece como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina, e reina com o consentimento de todos. A esse poder ou faculdade, nós chamamos de *direito*, e alguns chamam-no de direito em sentido subjetivo”.⁸

Quantas informações numa única assertiva! O genial autor, a um só tempo, congrega os postulados da filosofia liberal do contrato social com o

sua morte, é considerada capaz de direito” (WALD, Arnold. **Direito Civil: introdução e parte geral**. São Paulo Saraiva, 2003, p.117 e p.118, p.137).

⁵ Cite-se, nesse sentido: “Personalidade jurídica, portanto, para a teoria geral do direito civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito” (...) “adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações. Possui, portanto, capacidade de direito ou de gozo” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.I. 8.ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p.80 e 88, respectivamente).

⁶ Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho do primeiro volume do Tratado de Direito Privado: “Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t.I. 3.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970, p.155).

⁷ ORESTANO, Riccardo. **Il <problema delle persone giuridiche> in diritto romano**. Torino : Giappichelli, 1968, p.17-18.

⁸ SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p.7.

individualismo marcante no despertar da modernidade, para, por fim, uni-los no chamado “voluntarismo jurídico”⁹.

A equivalência entre pessoa, sujeito de direito e capacidade apresenta-se em Savigny como uma decorrência lógica de sua própria noção de direito. Não se trata de algo arbitrário e nem destituído de razão, portanto.

Percebe-se isso no segundo volume do mesmo tratado, na oportunidade em que esse autor sustenta que “todo o direito é decorrência da liberdade moral inerente a cada homem”. Como decorrência lógica desse postulado Savigny, logo em seguida, sentencia que “(...) a idéia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito deve coincidir com a idéia de homem, e a identidade primitiva desses dois conceitos pode-se formular nos seguintes termos: cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito”.¹⁰

A dita equivalência entre pessoa, sujeito de direito e capacidade projetava na dogmática jurídica, mediante sofisticados conceitos gerais e abstratos, o ideal de uma sociedade criada em nome e em favor do homem burguês europeu que, muitas vezes, seria referenciado por essa mesma dogmática por outras fórmulas genéricas como o “homem médio”, o “bom pai de família”.¹¹

⁹ Sobre o assunto, dentre tantas obras que se poderiam citar a respeito, referencia-se especialmente o pensamento de Michel Villey para explicação da relação entre a teoria do contrato social, o individualismo, e o voluntarismo no direito, indicando como suas raízes mais seguras o pensamento medieval de Guilherme de Occam e Duns Scott (cf, sobretudo, VILLEY, Michel. *Essor et décadence du volontarisme juridique*. In: _____. **Leçons d’histoire de la philosophie du droit**. Paris : Dalloz, 1962, p.18 *et seq.* e, versado em língua portuguesa, VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. trad. Cláudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p.225 e seguintes). No Brasil, interessante reflexão partindo de Villey e chegando a Savigny pode ser encontrada em CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea**. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediél. Curitiba, 2006.

¹⁰ SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.II. Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p.2. Para melhor compreensão do texto e tradução livre consultamos, também SAVIGNY. **Sistema del diritto romano attuale**. trad. Vittorio Scialoja. v.II. Torino : UTET, 1888, p.2

¹¹ Ainda que se referindo ao negócio jurídico, o pensamento de Francesco Galgano serve para a compreensão do surgimento e funcionalização dos conceitos gerais e abstratos de pessoa, sujeito de direito e capacidade: “Il processo di astrazione, dal quale nasce la categoria, si inquadra nel più vasto processo che attraverso l’astrazione mira all’uguagliamento formale del diritto: l’obbiettivo è di realizzare un diritto uguale per tutti i cittadini, senza distinzione di classe; un diritto pensato in funzione di una <unità del soggetto giuridico> (...) In una società come la società tedesca della prima metà dell’ottocento, che non ha ancora conosciuto la codificazione, il processo di astrazione, condotto dalla pandettistica vuole essere sostitutivo della stessa codificazione: il valore sommo, cui i pandettisti conformano la propria opera, è che la costruzione dottrinale posseda, come la norma codificata, la più estesa valenza sociale e possa, pur nel suo indifferenziato contenuto, soddisfare e coordinare tra loro gli interessi più diversi o, addirittura, contrapposti” (GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**. 2.ed. Milano : Giuffrè, 2002, p.18).

As diferenças culturais, sociais, econômicas, enfim, tudo aquilo que seria capaz de distinguir um ser humano de outro, passaria a ser limado pelos estreitos lindes do conceito de sujeito de direito, serviente para referenciar todo e qualquer ser humano (verificando-se, nisso, uma das marcas mais expressivas da modernidade).

A total adequação entre a conceituação teórica, o momento histórico do surgimento desses conceitos e a ideologia pertinente a esse contexto fizeram com que essa equivalência conceitual servisse como um norte seguro para a formatação dos códigos liberais, influenciando o direito de vários povos¹².

Passados mais de cento e cinquenta anos desde a original publicação das lições de Savigny – não obstante as inevitáveis críticas que a teoria do contrato social, que o individualismo moderno e o voluntarismo no direito vieram a sofrer –, essa equivalência ainda se encontra em livros editados no novo milênio, conforme demonstrado em notas de rodapé referenciadas ao início do texto.

Será que nada aconteceu desde então?

A resposta não poderia ser afirmativa. No Código Civil de 2002 podem-se encontrar menções ao sujeito de direito e à capacidade jurídica – ao lado de tantos outros conceitos tributáveis ao pensamento jurídico alemão do século XIX –, sem que, com isso, *se esteja a atribuir a essas expressões rigorosamente o mesmo significado ideológico do tempo em que elas foram cunhadas*.

Não há, nesse posicionamento, qualquer defesa da neutralidade dos conceitos jurídicos em razão da manutenção de sua operacionalidade ao longo do tempo. Muito pelo contrário! Os conceitos jurídicos, não obstante sua grande abstração e generalidade, somente podem ser corretamente interpretados quando contextualizados com o momento presente da sociedade e do ordenamento jurídico no qual eles se inserem¹³.

¹² Lê-se em Pontes de Miranda que “à doutrina pandectista do século XIX deve-se a elaboração da Parte Geral do direito civil a ponto de se haver imposto, no século XX, às condificações mais autorizadas, exceto, o que é lamentar-se, à codificação italiana” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado...**, p.XX).

¹³ Uma discussão muito similar a esse respeito ocorreu a propósito do debate sobre o conceito de negócio jurídico. Pode-se dizer que, se na década de 1990, o negócio jurídico chegou a ser considerado como uma mera categoria historiográfica (cite-se, nesse sentido, IRTI, Natalino. **Lecture bettiane sul negozio giuridico**. Milano : Giuffrè, 1991, p.43), no início do novo século, o mesmo conceito parece

A própria manutenção de um conceito ao longo do tempo pode servir aos mais diferentes fins. Nada mais equivocado que a metodologia que tenta escamotear esses conteúdos dos conceitos jurídicos! Não se pode esquecer que o BGB não deixou de estar em vigor durante o regime nazista e, ainda hoje, é o código civil dos alemães.

Mas, se os conceitos jurídicos podem e devem ser revisitados¹⁴, mais do que nunca a questão inicialmente feita merece uma resposta: qual o sentido duma equivalência entre *pessoa, sujeito de direito e capacidade*?

Nesta oportunidade, pelas razões que serão expostas em nossas conclusões, pretendemos investigar apenas o conceito de sujeito de direito e capacidade, demonstrando como o inovador pensamento do Professor Marcos Bernardes de Mello mostra-se especialmente importante para uma releitura da teoria geral do direito civil.

III. A teoria do fato jurídico como pressuposto para a conceituação do sujeito de direito e da capacidade jurídica.

revigorar-se, ainda que sob outros fundamentos. Conforme recentemente sustentou Giovanni B. Ferri, após mais de um século do surgimento da teoria do negócio jurídico, por mais que hoje pareça insustentável o fundamento ideológico inicial dessa teoria, o conceito manteve uma operacionalidade lógica que propiciou sua permanência no direito de vários povos (FERRI, Giovanni B. **Il negozio giuridico**. 2.ed. Padova : Cedam, 2004, p.23). Katya Kozicki, nesse sentido, argumenta que “negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico”. Noutra passagem, a mesma autora observa que: “um dos mitos que cercam a linguagem jurídica é justamente atribuir sentidos naturais aos enunciados jurídicos, como se eles, por si sós, fossem portadores de significados próprios”. Por fim, destaque-se o posicionamento da autora com o qual concordamos integralmente: “Transplantada para o universo jurídico, a linguagem na qual se manifesta o processo discursivo do direito deve ser apreendida no contexto da suas práticas sociais geradoras. Isto implica que a compreensão do direito não pode estar dissociada daquela linguagem que lhe serve de enunciado” (KOZICKI, Katya. *Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis : Boiteux, 2006, p.80, p.81 e p.80, respectivamente).

¹⁴ Note-se que a manutenção acrítica dos conceitos surgidos com a modernidade não ocorre do mesmo modo noutros campos do saber. Ricardo Marcelo Fonseca anota o distanciamento entre a crítica da modernidade e da subjetividade e a aparente resignação dos juristas, aparentemente impermeáveis a essas alterações: “A crítica da modernidade e da subjetividade moderna que se desenvolveu nesse campo não foi seguida com a mesma intensidade no âmbito do direito e do pensamento jurídico. O sujeito (no caso, o ‘sujeito de direito’) continua a circular no discurso jurídico com uma desenvoltura impressionante. No discurso do direito reina absoluta a idéia de um sujeito dotado de plena racionalidade, portanto, totalmente autônomo e com domínio de sua vontade livre” (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo : LTr, 2001, p.20).

A teoria do fato jurídico constitui um marco essencial para a compreensão da original proposição encontrada na obra de Marcos Bernardes de Mello que escolhemos desenvolver nesse texto.

O fato jurídico, sob a lente desse autor, não poderia ser considerado nem somente *fato* nem, tampouco, somente *norma* ou *efeito de norma*. O fato jurídico seria o produto decorrente da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, que o deslocaria do mundo dos fatos para o mundo do direito, que é perspectivado em três planos: os planos da existência, da validade e da eficácia¹⁵.

Sob essas premissas, pelo termo *sujeito de direito* e pelo termo *capacidade* deve-se compreender algo que represente uma particular eficácia jurídica decorrente dos respectivos fatos jurídicos.

Por qual razão essa eficácia é particular? Ao contrário da intersubjetividade que é comum ao direito (o direito de um sujeito corresponde à obrigação de outro, a pretensão corresponde ao dever, e assim por diante...), nesses casos, a eficácia diz respeito a uma única esfera jurídica e, por isso, seu conteúdo limita-se a atribuir uma qualidade ou uma qualificação ao seu titular.

Marcos Bernardes de Mello denomina essa eficácia jurídica de *situação jurídica simples ou unisubjetiva*. Nas palavras do autor, “há espécies de eficácia jurídica que dizem respeito a uma única esfera jurídica e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma *qualidade* ou uma *qualificação* no mundo jurídico. Essas espécies denominamos *situações jurídicas simples* ou *unisubjetivas*. O critério metodológico adotado para definir um efeito jurídico como situação jurídica simples, ou unisubjetiva, tem por fundamento, tão-

¹⁵ Advirta-se que a referência ao “mundo” do direito e ao “mundo” dos fatos, feita por Pontes de Miranda e adotada por Marcos Bernardes de Mello, não traz qualquer traço de idealismo platônico. Trata-se de um expediente *lógico* utilizado pelo autor para, sobretudo, justificar a incondicionalidade e a inesgotabilidade da incidência como premissas indispensáveis para a diferença entre *eficácia da norma*, *eficácia jurídica* e *eficácia do direito*. Eis, aí, uma importante contribuição de Marcos Bernardes de Mello para a compreensão da teoria do fato jurídico em Pontes de Miranda: “O mundo jurídico, como se vê, é criação humana e se refere, apenas, à conduta do homem em sua interferência intersubjetiva: não se desenvolve, assim, no campo da causalidade física, mas, sim, numa *ordem de valência*, no plano do *dever-ser*. O ser fato jurídico e o produzir efeito jurídico são situações que se passam no mundo de nossos pensamentos e não impõem transformações na *ordem do ser*” (BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p.10). Essa proposição torna-se mais compreensível mediante explicação, feita no livro desse autor a respeito do plano da eficácia, diferenciando a eficácia do direito da eficácia da norma e da eficiência jurídica (BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p.1-2).

somente, a característica de sua referibilidade, direta e imediata, a uma única esfera jurídica, não importando, assim, que à sua base exista direito oponível a todos”¹⁶.

As premissas lançadas pelo autor são fundamentais para uma atual diferenciação entre os conceitos de *pessoa*, *sujeito de direito* e *capacidade jurídica*.

Isso porque, *pessoa*, *sujeito de direito* e *capacidade* referenciam fatos jurídicos diferentes, com efeitos jurídicos igualmente diferentes.

Essa distinção, por sua vez, atende a específicas necessidades de um ordenamento jurídico e de uma ciência do direito num contexto muito distante daquele no qual Savigny escreveu, com uma complexidade técnica e uma diversidade de valores absorvidos pelo ordenamento jurídico que denunciam a insuficiência de uma acrítica reprodução do pensamento pandectista do século XIX na doutrina brasileira do século XXI¹⁷.

IV. Sujeito de direito e ordenamento jurídico: a proposição de Marcos Bernardes de Mello.

Conforme esclarecido anteriormente, o conceito de sujeito de direito tem sua certidão de nascimento no advendo da modernidade. Apenas nesse contexto é que se pode compreender a afirmação de Savigny, mencionada anteriormente, de que “a idéia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito deve coincidir com a idéia de homem, e a identidade primitiva desses dois conceitos pode-se formular nos seguintes termos: cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito”¹⁸.

Pois bem. Esse individualismo exacerbado conduziria Savigny (e tantos outros privatistas modernos) a um problema. Se cada indivíduo e, o indivíduo

¹⁶ BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico**, p.88.

¹⁷ Deve-se evitar, portanto, a ideologia historiográfica para sustentar a crítica proposta, conforme advertências metodológicas de Ricardo Marcelo Fonseca e Sérgio Said Staut (sobre o assunto, Cf. FONSECA, **Modernidade...**, p.25, *et seq.* e STAUT, Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. In: CANEZIN, Claudete. **Arte jurídica**. Curitiba : Juruá, 2004).

¹⁸ SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.II. Paris : Libraire de Firmin Didot Frères, 1855, p.2. Para melhor compreensão do texto e tradução livre consultamos, também SAVIGNY. **Sistema del diritto romano attuale**. trad. Vittorio Scialoja. v.II. Torino : UTET, 1888, p.2

apenas, detém capacidade de direito, como explicar as chamadas “pessoas jurídicas”?

Por razões muito pragmáticas esse problema não poderia ser ignorado. Os reflexos da Revolução Industrial e a consolidação do capitalismo tornaram indispensável a adoção de incentivos para a união de esforços e a conjugação de capitais destinados ao desenvolvimento de atividades econômicas.

Muito desse incentivo estava ligado ao reconhecimento de uma esfera jurídica¹⁹ circunscrita a essas organizações, diversa da esfera jurídica de seus constituidores. Isto porque, deste modo, as situações jurídicas ativas e as passivas imputadas a essas organizações (os direitos e obrigações em sentido amplíssimo, portanto) não alcançariam as esferas jurídicas daquelas pessoas que a constituíram.

Noutras palavras: essas organizações (genericamente, aqui, denominadas de pessoas jurídicas) seriam titulares de capacidade jurídica diversa das pessoas que se uniriam para criá-las.

Mas, se cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito, como explicar a capacidade de direito das pessoas jurídicas?

Para não trair o rigor lógico de seu raciocínio e, sobretudo, para responder essa questão sem perder de vista o momento político de luta pela unificação da Alemanha²⁰, Savigny propõe justificar a pessoa jurídica por meio de uma *ficção*.

Se o direito subjetivo é um poder de vontade e, por razões bio-psíquicas, apenas o ser humano tem condições de formular e expressar uma vontade autônoma, *apenas o ser humano seria capaz*, apenas o *ser humano* seria sujeito de direito, pois “o homem, pelo simples fato de sua apresentação corporal, proclama a titularidade da capacidade de direito”²¹.

¹⁹ Por esfera jurídica, segundo Marcos Bernardes de Mello, compreende-se a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações que, especificamente, dizem respeito às pessoas (BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia...**, p.74).

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 1976., p.287

²¹ SAVIGNY, **Traité de droit romain**, p.271.

As pessoas jurídicas não teriam esse suporte bio-psíquico²² e, deste modo, sua existência seria contingente e artificial para o direito que, por isso, justificaria sua qualificação como pessoa por meio duma ficção legal²³.

Dentre as principais teorias posteriores voltadas para enfrentar o mesmo problema, merecem destaque as teorias realistas da pessoa jurídica²⁴ (tanto no viés organicista de Gierke²⁵ como no viés institucionalista de Hauriou²⁶) e as teorias normativistas²⁷.

Ainda que dispensando uma resposta teórica para a questão do conceito de pessoa jurídica, não se pode deixar de perceber que a equiparação entre o conceito de sujeito de direito e o que se entende por pessoa humana estaria

²² Aqui reside uma das mais grosseiras interpretações equivocadas do pensamento de Savigny, lamentavelmente dita e repetida até hoje. Esse autor nunca negou a existência de uma realidade que subjaz a pessoa jurídica. Savigny, apenas e tão-somente, negou que essa realidade (e nisso ele está correto, diga-se de passagem) tivesse uma sustentação material bio-psíquica para formular e expressar vontade. O verdadeiro ficcionismo desenvolveu-se posteriormente, firmado numa equivocada interpretação desse autor, podendo-se sustentar que os principais teóricos alinhados à chamada teoria ficcionista utilizam-se da expressão *ficção* num sentido completamente diferente daquele propugnado por Savigny. E o pior... Até hoje Savigny responde por críticas que se fundamentam no que esses outros teóricos disseram (Cite-se, nesse sentido, as críticas de CREVANI, Hugo Gambino. **Personas jurídicas**. Montevideo: Facultad de Derecho, 1958. p.41 e, no Brasil, CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. **Conceito de pessoa jurídica**. 1962. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. Curitiba, 1962. (mimeo)). Em defesa dessa posição, convida-se o leitor que se interessar pelo debate a confrontar o texto da doutrina de Savigny – referenciada nas notas de rodapé precedentes – com o texto da doutrina de autores reconhecidos como ficcionistas, tal como Windscheid na Alemanha e Laurent na França (WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette**. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Utet, 1902. v.1. p.232; LAURENT, F. **Principii di diritto civile**. Trad. Giuseppe Torno. Roma: Leonardo Vallardi, 1882. v.1. p.324)

²³ SAVIGNY, **Traité de droit romain**, p.236.

²⁴ Sobre o assunto, pedimos permissão para remeter o leitor a um ensaio em que procuramos tratar das principais teorias a respeito do tema. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira**. Curitiba : Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

²⁵ Para aqueles que não são privilegiados com o conhecimento do idioma alemão, cf. GIERKE, Otto von. **Community in historical perspective** (a translation of selections from *Das deutsche Genossenschaftsrecht*). Trad. Mary Fischer. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; GIERKE, Otto von. **Association and law**. Trad. George Heiman. Toronto: Toronto Press, 1977; GIERKE, Otto von. **Natural law and the theory of society 1500 to 1800**. Trad. Ernest Barker. Boston: Beacon Press, 1957.

²⁶ HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social). In: _____. **Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933; HAURIOU, Maurice. **Teoria della istituzione e della fondazione**. Milano: Giuffrè, 1967.

²⁷ Registre-se, dentre os autores assim identificados, KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2006; DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 12.ed. t.I. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921. p.369 e 372; ASCARELLI, Tullio. Personalità giuridica e problemi delle società. In: _____. **Problemi Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1959. t.1. p.237 e 249; GALGANO, Francesco. Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica. **Rivista di Diritto Civile**, ano XI, n.6, p.555-556, nov-dic 1965.

terminantemente desfeita, desde que o artifício da *ficção* proposto por Savigny fosse derrotado.

E isso seria só o começo. Ao lado do que se entende (com certo consenso) o que vem a ser *pessoa jurídica*, por diversas vezes, o ordenamento jurídico atribui direitos e obrigações e, por conseqüência, reconhece *capacidade* a entes considerados despersonalizados. Cite-se, por exemplo, a massa falida, a herança jacente, a sociedade irregular e o condomínio edilício.

Um expressivo exemplo disso pode ser verificado, em direito brasileiro, no artigo 12 do Código de Processo Civil²⁸. Ora, se a massa falida tem capacidade processual (e, portanto, é titular de uma *capacidade*, ainda que especial), seria ela considerada pessoa? Seria ela considerada um sujeito de direito?²⁹

Marcos Bernardes de Mello conclui ser equivocado denominar como “pessoa” a massa falida, o condomínio edilício ou a sociedade irregular, ainda que esses entes³⁰ sejam titulares de alguns direitos e deveres e, sobretudo, investidos na capacidade para ser parte, por força do art. 12 do Código de Processo Civil.

Para tanto, o Professor da Universidade Federal de Alagoas, reconhece que “os ordenamentos jurídicos, excepcionalmente, atribuem a quem não é pessoa posições no mundo jurídico que, em geral, se consubstanciam em

²⁸ Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador; III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante; VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

²⁹ Sob essa premissa dogmática, ao lado de outros fundamentos teóricos, José Lamartine Correa de Oliveira desenvolveu a aplicação da teoria realista da pessoa jurídica, reconhecendo no condomínio edilício a personificação. Sobre o assunto, cf. CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. Um desenvolvimento e atualização do pensamento do autor segundo o Código Civil de 2002 e a jurisprudência renovada pode ser encontrado no nosso já citado trabalho, LEONARDO, Pessoa jurídica: por que reler..., 2005.

³⁰ No sentido amplíssimo encontrado no dicionário Houaiss, como “o que existe, o que é; ser, coisa, objeto” (Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, versão em CD-ROM, verbete ente).

direitos”³¹. Essa razão, por si só, justificaria logicamente uma diferenciação entre o conceito de pessoa e o conceito de sujeito de direito.

Para solucionar essa imprecisão, o autor homenageado conclui que, no ordenamento jurídico “há mais sujeitos de direito do que pessoas”³², pois, enquanto a atribuição da qualidade de pessoa ocorre em número fechado – apenas para quem assim é reconhecido pelo ordenamento jurídico³³ –, a qualificação de sujeito de direito seria aplicável a todo e qualquer *ente* titular dalguma situação jurídica ativa ou passiva, por mais elementar que seja, a despeito de não se verificar, em direito positivo, qualquer expressa qualificação desse ente como sujeito de direito.

A originalidade e precisão da construção teórica desse autor justifica a transcrição de seu pensamento: “*Sujeito de direito* é todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui *capacidade jurídica* (= *capacidade de direito*) e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. Ser sujeito de direito, portanto, é ser titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico”³⁴.

O termo sujeito de direito, portanto, restaria desligado do conceito de pessoa em direito e, assim, liberto da ideologia impregnada no pensamento pandectista que influenciou a construção do direito civil no século XIX, XX e XXI. A expressão *sujeito de direito* designaria, apenas e tão-somente, um suporte para atribuição de situações jurídicas (direitos e obrigações em sentido

³¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia..., p.127.

³² BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia..., p.118.

³³ Nas palavras do autor: “(...) as espécies de pessoas são *numerus clausus*, portanto, somente se pode considerar pessoa quem seja assim reconhecido pelo ordenamento jurídico. Não é possível, por isso, atribuir personalidade jurídica a outros entes que não aqueles a que a lei atribuiu” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia..., p.145).

³⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia..., p.125.

amplíssimo). Justamente por ser um conceito mais abstrato do que pessoa, por sujeito de direito poder-se-ia abranger um número maior de situações do que aquelas referenciadas pelo conceito de “pessoa”.

Pode-se dizer que, hoje, toda *pessoa* seria *sujeito de direito*. O inverso, todavia, seria falso. Nem todo o *sujeito de direito* seria *pessoa*.

Toda vez que se fala em direito, em obrigação, em pretensão, em ação, mencionam-se situações jurídicas que não podem ficar soltas sem um suporte. Continua correto dizer que todo direito e obrigação (em sentido amplo) necessita ser referenciado a um sujeito. O equívoco encontra-se em limitar a noção de sujeito de direito à pessoa.

Alguém poderia contestar essa tese apresentando uma objeção similar àquela formulada por Kelsen ao tratar da pessoa jurídica: se os deveres jurídicos têm por conteúdo *uma conduta prescrita* e, por sua vez, apenas os seres humanos podem se 'comportar' deste ou daquele modo, como justificar uma não identificação entre o sujeito de direito e a pessoa humana?³⁵ A resposta ofertada por Kelsen para esse questionamento merece nossa atenção.

Em primeiro lugar, Kelsen assevera que o sujeito de direito seria, em verdade, um sujeito dum *dever jurídico*, de uma conduta devida. Nesses termos, os conceitos de sujeito de direito e de direito subjetivo seriam meramente projeções de um pensamento jusnaturalista equivocado³⁶.

Sob essas bases, o autor da teoria pura do direito propõe a diferenciação de duas espécies de imputação de uma conduta devida. Quando a norma determina uma conduta à pessoa natural, haveria uma imputação simples, uma *imputação direta* da norma para o indivíduo. Nas chamadas 'pessoas jurídicas' em sentido estrito³⁷, no entanto, haveria uma dupla imputação: primeiro uma imputação direta e, posteriormente, uma imputação indireta.

³⁵ KELSEN, *General...*, p.95-97.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4.ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p.240.

³⁷ Utiliza-se do termo "pessoa jurídica em sentido estrito" exclusivamente para facilitar a exposição do pensamento de Kelsen para diferenciar esta da pessoa humana personificada. Registre-se que, para além do esforço didático, este recurso terminológico não é compatível com o pensamento de Kelsen, vez que esse autor não aceita qualquer diferença entre a pessoa natural e a pessoa jurídica na perspectiva da ciência do direito.

A imputação direta seria feita à pessoa jurídica. O conjunto de normas jurídicas que compõem a pessoa jurídica em sentido estrito (presentes no contrato social ou nos estatutos, segundo Kelsen) remeteria essa imputação (e por isso, *indiretamente*) a um ser humano indicado pelos estatutos.

Não concordamos com esse pensamento como via para a explicação do conceito de pessoa jurídica, pois entendemos que, para o termo *pessoa*, deve-se reconhecer algo diverso do que Kelsen sustentou.

A idéia de dupla imputação, no entanto, parece-nos valiosa, pois serve perfeitamente para explicar a relação entre o sujeito de direito que não é pessoa e o ordenamento jurídico. Sendo assim, tomamos a liberdade de procurar unir a concepção de Marcos Bernardes de Mello sobre o sujeito de direito com a noção de dupla imputação em Kelsen.

Quando no ordenamento jurídico impõe-se deveres ao espólio, à massa falida ou ao condomínio edilício, isso indicaria que tanto o espólio como a massa falida são sujeitos de direito. A imputação do dever de conduta, porém, nesses casos, seria incompleta. Para que essa se torne completa, mostra-se necessário averiguar, no conjunto normativo que estrutura o espólio (a lei de sucessões) ou a massa falida (a legislação falimentar), quem é o ser humano que deve fazer ou deixar de fazer aquela conduta que a lei prescreveu.

De certa maneira, François Geny já havia percebido que, para a técnica jurídica, o conceito de sujeito de direito seria funcional à indispensável necessidade de que toda a relação jurídica tivesse um termo³⁸. Faltou a Geny, no entanto, enxergar a diferença entre pessoa e sujeito de direito e verificar que, além das relações jurídicas, as situações jurídicas unisubjetivas também necessitariam de um termo.

³⁸ Por essa via é que o Geny construiu a teoria da pessoa jurídica como realidade técnica. Para esse autor, o conceito de sujeito de direito e de pessoa jurídica estaria inserido num conceito ainda mais geral: a relação jurídica. A operabilidade do direito exigiria que os poderes e as faculdades reconhecidos nas relações jurídicas fossem atribuídos a um titular. Assim, os sujeitos de direito seriam os termos da relação jurídica, assim compreendidos como um conceito da técnica jurídica. Para esse autor, "todas as vantagens jurídicas seriam acompanhadas de responsabilidades que a diminuiriam" e, justamente por isso, para todas essas vantagens e responsabilidades, seria necessário, na vida prática, um centro que os sustentasse. Neste sentido, "o conceito de sujeito de direito pareceu, por sua vez, o mais natural e o mais adequado" (GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Sirey, 1921. v.3. p.222-223 e p.223, respectivamente).

A tese do professor Marcos Bernardes de Mello, aqui sucintamente exposta, supera essas insuficiências e encontra plena operabilidade mediante a aplicação do que Kelsen propõe a respeito da dupla imputação dos deveres às pessoas jurídicas.

Marcos Bernardes de Mello, ainda acrescenta outra revisão no conceito de sujeito de direito. Mesmo que essa expressão, em princípio, vincule apenas um *sujeito* a um *direito* e, portanto, uma situação jurídica ativa ao sujeito que lhe dá suporte, “o *ter direito* implica, como corolário, o *ter dever*, donde o ser sujeito de direito importa ser, recíproca e necessariamente, sujeito de dever, isso como decorrência mesma do direito”³⁹.

Demonstra-se o acerto da advertência sob o argumento, lançado por esse autor, de que “é preciso considerar que no mundo jurídico, em decorrência do caráter retributivo inerente à juridicidade, não há sujeitos apenas de direitos, mas também e sempre correlatos sujeitos de deveres, o que estabelece entre eles uma relação irremovível de correspectividade, da qual resulta não poder haver titular de direito sem que haja titular de dever, mesmo que algum deles seja indeterminado, em certo momento”⁴⁰.

Pode-se concluir, assim, que existem mais *sujeitos de direito* do que pessoas, por que o termo *sujeito de direito* identifica todo e qualquer ente que sirva de suporte para a atribuição de situações jurídicas ativas e passivas, seja esse ente uma pessoa ou não.

No caso dos *sujeitos de direito* que não são pessoas humanas, essa atribuição de uma situação jurídica seria dupla. Em primeiro lugar, ela dirige-se ao sujeito de direito para, em seguida, buscar na estrutura jurídica desse sujeito o ser humano que deve cumprir a conduta prescrita em Lei. Caso o sujeito de direito seja uma pessoa humana, essa atribuição ocorre diretamente.

A inovação na teoria geral do direito mediante a proposta concepção de sujeito de direito, no entanto, só pode ser compreendida em toda a sua amplitude

³⁹ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia..., p.130.

⁴⁰ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia..., p.130.

pela explicação que Marcos Bernardes de Mello apresenta para a teoria das capacidades em direito.

V. Do binômio entre capacidade de fato e de direito à pluralidade de capacidades específicas: a proposição de Marcos Bernardes de Mello.

A enorme maior parte dos autores brasileiros, quando tratam da teoria das *capacidades*, procuram diferenciar a *capacidade de direito ou capacidade jurídica* da *capacidade de fato ou de exercício*. A primeira (a capacidade de direito) indicaria uma abstrata aptidão para a titularidade de direitos e obrigações em sentido amplo e, por sua vez, a segunda (a capacidade de fato ou de exercício) informaria a possibilidade do titular do direito exercê-lo autonomamente, sem representação ou assistência.

Essa singela e tradicional explicação, quando bem analisada, já permitiria uma diferenciação entre o conceito de *capacidade* e o conceito de *sujeito de direito*, pois, pela expressão *sujeito de direito* indica-se uma situação de titularidade. Ao compreender-se a capacidade como *aptidão*, comunica-se uma *potência*, uma situação *potencial* que, por isso, pode realizar-se ou não.

Nesse sentido, Francisco Amaral explica que “capacidade, de *capax* (que contém), liga-se à idéia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação”⁴¹.

A primeira original contribuição proposta por Marcos Bernardes de Mello nesse assunto, reside na crítica ao reconhecimento da capacidade apenas para quem é pessoa. Ora, se existem entes que não são pessoas e *são sujeitos de direito*, deve-se reconhecer a eles, pelo menos, alguma capacidade, vez que “os ordenamentos jurídicos, para atenderem a necessidade do tráfico social, imputam

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p.218. Outra diferenciação, com semelhanças e dessemelhanças, é encontrada em José Carlos Moreira Alves: “(...) enquanto *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo de Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não podiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético)” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p.97)

a titularidade de direitos, de deveres e de outras situações jurídicas a entes que não são pessoas. Com efeito, normas jurídicas, como as do art. 12 do Código de Processo Civil brasileiro, concedem a certos entes sem personalidade de direito, como a sociedade sem personificação, o espólio, a herança jacente, por exemplo, a *capacidade para ser parte*, que constitui situação jurídica unisubjetiva cujo conteúdo consiste em atribuir a seu titular aptidão para ser termo (sujeito) de relação jurídica processual, como autor, réu, oponente ou assistente, e que é, em si, um direito subjetivo”⁴².

A equivalência entre os conceitos de sujeito de direito, de pessoa e de capacidade é falsa. Nem todo o sujeito de direito é pessoa, conforme explicado no item precedente. Ainda que todo o sujeito de direito seja dotado de alguma capacidade, justifica-se a duplicidade de conceitos, pois, enquanto a expressão capacidade indica uma *potência*, a expressão sujeito de direito referencia uma qualificação.

O autor homenageado explica que a capacidade jurídica representa “poder ser titular de situação jurídica, por mais elementar que seja (...)”⁴³, contestando, todavia, que o assunto se resume no tradicional binômio entre a dita capacidade de direito e a capacidade de exercício.

A partir da capacidade jurídica existiriam diversas outras capacidades específicas. A capacidade de exercício (que corresponderia, grosso modo, à capacidade negocial e à capacidade para prática de atos jurídicos em sentido estrito) seria apenas uma dentre tantas outras capacidades especiais⁴⁴.

A capacidade jurídica é o pressuposto geral para a potencial titularidade de direitos e atribuição de deveres. A partir daí, reconhecem-se diversas outras capacidades específicas compatíveis com a pluralidade de *condutas idôneas* a

⁴² BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia...**, p.100.

⁴³ BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia...**, p.98.

⁴⁴ Pode-se perceber em Teixeira de Freitas uma percepção da diferença entre capacidade jurídica e capacidades específicas, ainda que sem o amplo desenvolvimento aqui tratado. Encontra-se em seu vocabulário jurídico a explicação de que “capacidade é o termo modernamente introduzido em nosso direito para significar *capacidade jurídica*, isto é, a aptidão, ou grau de aptidão, para exercer atos jurídicos. A capacidade, pois, pode ser *política, civil, comercial*, em relação a cada um desses ramos de direito” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Vocabulário jurídico**. Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo : Saraiva, 1983, p.25).

compor os mais diferentes *suportes fáticos* para a constituição dos respectivos fatos jurídicos.

Deste modo, a capacidade para a prática de um ato ou negócio jurídico não pode ser confundida com a capacidade para a prática de um ato-fato jurídico ou de um ato ilícito, até mesmo em razão da diversidade de *condutas* previstas nos suportes fáticos em sentido abstrato das normas jurídicas.

Com o poder de síntese que lhe é peculiar, Marcos Bernardes de Mello indica a existência de capacidades específicas em direito privado material, em direito público material e em direito formal⁴⁵.

Em direito material, seria possível verificar as seguintes capacidades específicas (a) capacidade de agir, de que são espécies: a.a) a capacidade negocial, a.b) a capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu*, a.c) a capacidade de praticar ato-fato jurídico, a.d) a capacidade de praticar ato ilícito relativo e ato ilícito *stricto sensu*, a.e) a capacidade para obrigar-se por fato jurídico indenizativo, a.f) a legitimação hereditária; (b) a capacidade para ser empresário.

Em direito público material, por sua vez, haveria: a) a capacidade delitual (criminal), b) a capacidade política, c) a capacidade de ser parte, d) a competência funcional. Por fim, em direito formal poder-se-ia verificar: a) a capacidade processual e b) a capacidade postulacional.

Apenas quem compreende a capacidade como eficácia de fato jurídico, diferenciando-a do conceito de “sujeito de direito”, consegue dar ao tema da capacidade a amplitude que o direito positivo contemporâneo exige.

Limitando a teoria das capacidades somente ao binômio entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, como explicar o art. 928 do Código Civil Brasileiro: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”?

⁴⁵ A partir daqui seguimos a série de capacidades específicas indicadas por BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia...**, p.98.

Como o *incapaz* pode ser *capaz* de responder por fatos ilícitos civis em sentido amplo? Como o *incapaz* pode ser *capaz* de votar? Como o *incapaz* pode ser *capaz* para ser titular de direitos autorais de suas obras?

A tradicional compreensão sobre o conceito de capacidade, por sustentar-se num pensamento que, se bem analisado, somente se pode ver pelo espelho retrovisor, mostra insuficiências evidentes sob a lente de uma reflexão crítica.

Marcos Bernardes de Mello identificou o problema e apresentou a solução. Existem diferentes capacidades específicas. Aquele que, em geral, é chamado pela doutrina de “*incapaz*” é destituído, apenas e tão-somente, das capacidades específicas para a prática de negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito ⁴⁶.

Esse entendimento, por sua vez, ajuda a compreender o sentido e os limites dos artigos 3.º e 4.º do Código Civil brasileiro. Ali, o legislador indicou sujeitos de direito que, por razões de política legislativa, não poderiam validamente praticar condutas jurídicas sustentadas em uma decisão livre, numa manifestação de vontade consciente e exteriorizada.

Uma ação praticada por quem não é sujeito de direito – pelo menos sem a referenciabilidade a um sujeito de direito –, é inexistente. Não perpassa, portanto, as portas do plano da existência. Uma ação praticada por quem é sujeito de direito, sendo, todavia, destituído de capacidade negocial, é existente, apresentando conseqüências apenas no plano da validade e no plano da eficácia ⁴⁷.

VI. Prospectivas: a importância da contribuição de Marcos Bernardes de Mello para uma renovação da teoria geral do direito civil.

A reconstrução dos conceitos de sujeito de direito e de capacidade numa perspectiva atenta às mudanças do direito positivo já seria uma satisfatória contribuição para a renovação da teoria geral do direito civil que, conforme dito

⁴⁶ Fatos jurídicos “nos quais o suporte fático tem como cerne “uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objetivo obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (BERNARDES DE MELLO, **Teoria do fato jurídico: plano da existência...**, p.143).

⁴⁷ Sobre o assunto, cf. BERNARDES DE MELLO, Marcos. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**. a.3, jul-set, 2000, p.9-34.

antes, ressentir-se de uma falta de criatividade e de uma fixação pela reprodução acrítica de conceitos.

Acreditamos que a importância das teses desenvolvidas pelo Professor Marcos Bernardes de Mello, todavia, alcançam algo bem mais amplo. Para além de explicar, esse pensamento lança perspectivas muito interessantes.

O distanciamento do conceito de *sujeito de direito* e de *capacidade* da concepção de *pessoa* pode levar o leitor desavisado a uma equivocada catalogação desse pensamento como *desumanizante*. Não se trata disso, efetivamente.

Ao diferenciar-se o conceito de sujeito de direito do conceito de capacidade e, por sua vez, ao distanciar-se ambos os conceitos daquilo que venha a compreender-se por *pessoa*, possibilita-se que uma das mais importantes discussões do direito civil contemporâneo – a *repersonalização do direito civil* ou, ainda, *a eleição da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental* –, centralize-se na discussão sobre o conceito de *pessoa* para o direito⁴⁸ como axiologicamente mais importante e diverso das realidades que, simplesmente, são consideradas como sujeitos de direito dotados de capacidade.

Ao assim proceder, a repersonalização do direito civil consegue livrar-se de alguns obstáculos mais óbvios para dirigir suas reflexões ao que verdadeiramente interessa. Qual ou quais as diferenças que se pretende destacar na pessoa que não se encontram presentes nos demais sujeitos de direito?

Por razões intuitivas, por exemplo, pode-se dizer que não se justifica qualificar a massa falida e o espólio como *pessoa*. Seguindo o pensamento de Marcos Bernardes de Mello, no entanto, mostra-se plenamente compreensível reconhecer a *massa falida* e o *espólio* como sujeitos de direitos dotados de capacidade. E, desde modo, a dogmática jurídica evolui em precisão.

Ser pessoa é algo diferente de ser sujeito de direito ou ter capacidade jurídica. O que é “pessoa” para o direito contemporâneo, no entanto, corresponde

⁴⁸ Para Luiz Edson Fachin “o pólo do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p.269. Registre-se o desenvolvimento desse tema noutra obra do mesmo autor FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p.98)

a uma outra discussão que não pode e nem deve confundir-se com a noção de sujeito de direito e de capacidade. De qualquer modo, a proposição de Marcos Bernardes de Mello possibilita que se discuta o que vem a ser “pessoa” para o direito longe das limitantes conseqüências decorrentes do conceito de sujeito de direito e capacidade.

Os estudos sobre a pessoa e o direito, deste modo, podem desenvolver-se com mais clareza uma vez estabelecido, em termos mais rigorosos, o que vem a ser sujeito de direito e o que vem a ser capacidade, até mesmo para poder melhor enfrentar as verdadeiras dificuldades que esse tema enseja, por exemplo, na tormentosa relação entre direito, bioética e a pessoa humana⁴⁹.

Marcos Bernardes de Mello não se furtou a explicar o conceito de pessoa para o direito, ainda que mediante enfoque diverso daqueles apresentados pelos autores que buscam uma repersonalização do direito civil. Em sentido diverso ao pensamento do autor homenageado, por exemplo, desenvolvem-se estudos que se esforçam em renovar o direito civil por meio de uma *constitucionalização do direito civil*.

Outros autores chegam até mesmo a propor que o conceito de pessoa para o direito seja retirado da teoria do fato jurídico, vez que a pessoa deveria ser tomada como um valor em si⁵⁰, afastando-se ainda mais do pensamento de Marcos Bernardes de Mello.

⁴⁹ Sobre o assunto, cite-se, exemplificativamente as desassossegadoras reflexões de José Antonio Peres Gediél e Elimar Szaniawski sobre o assunto GEDIÉL, José Antonio Peres. Declaração universal do genoma humano: um novo modelo jurídico pela natureza?. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, n. 18, 2000; GEDIÉL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000; GEDIÉL, José Antonio Peres. Direito e bioética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 29, n. 29, p. 255-257, 1996. SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião Excedente - O Pimado do Direito à Vida e de Nascer- Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, 2001; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela** 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁰ Segundo Guido Alpa: “(...) si potrebbe superare la concezione della persona fisica come semplice fattispecie, in ogni caso, la dottrina recente ha espresso un orientamento tendente a superare la concezione formalistica, e a considerare la ‘persona umana’ come un valore in sé, anzi, il valore fondamentale sul quale poggia l’intero ordinamento giuridico” (ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**. 3.ed. Torino : Utet, 2001, p.109-110). Noutra perspectiva, Díez-Picazo e Gullón entendem que “La personalidad no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer” (DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. v.I. 11.ed. Madrid : Tecnos, 2005, p.213). No Brasil, registre-se o entendimento de Cortiano Jr: “(...) a noção de pessoa não é construída pelo ordenamento, mas é recebida. Ao recebê-la (a noção de pessoa), o direito o faz com toda a carga valorativa de que ela é dotada, e não pode diminuir ou represar esse valor. Pode, por certo, limitar

Não tem cabimento tentar enfrentar, aqui, esse debate. Seria um abuso excessivo da paciência do leitor e um atrevimento que o autor, sinceramente, não pretende levar a cabo. Seja como for, para provocar outras reflexões, creio que uma certeza pode-se afirmar: a empreitada de se *repersonalizar* o direito civil centralizando-se na *pessoa humana* pressupõe uma melhor compreensão do que venha a ser o *sujeito de direito* e a *capacidade jurídica* e, para isso, o conhecimento e a compreensão das teses lançadas pelo Professor Marcos Bernardes de Mello parecem fundamentais.

a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico” (CORTIANO JR, Erolths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p.45).

VII. Referências bibliográficas

ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**. 3.ed. Torino : Utet, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

ASCARELLI, Tullio. Personalità giuridica e problemi delle società. In: _____. **Problemi Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1959.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. Acheegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**. a.3, jul-set, 2000.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13.ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6.ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea**. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediell. Curitiba, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 1976.

CORTIANO JR, Erolths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Conceito de pessoa jurídica**. 1962. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil. Curitiba, 1962. (mimeo).

CREVANI, Hugo Gambino. **Personas jurídicas**. Montevideo: Facultad de Derecho, 1958.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. v.I. 11.ed. Madrid : Tecnos, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 12.ed. t.I. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1921.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje?. Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira**. Curitiba : Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

FERRI, Giovanni B. **Il negozio giuridico**. 2.ed. Padova : Cedam, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo : LTr, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.I. 8.ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

GALGANO, Francesco. **Il negozio giuridico**. 2.ed. Milano : Giuffrè, 2002.

GALGANO, Francesco. Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica. **Rivista di Diritto Civile**, ano XI, n.6, p.555-556, nov-dic 1965.

GEDIEL, José Antonio Peres. Declaração universal do genoma humano: um novo modelo jurídico pela natureza?. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 34, n. 18, 2000.

_____. Direito e bioética. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 29, n. 29, p. 255-257, 1996.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. v.3. Paris: Sirey, 1921.

GIERKE, Otto von. **Association and law**. Trad. George Heiman. Toronto: Toronto Press, 1977.

_____. **Community in historical perspective** (a translation of selections from *Das deutsche Genossenschaftsrecht*). Trad. Mary Fischer. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. **Natural law and the theory of society 1500 to 1800**. Trad. Ernest Barker. Boston: Beacon Press, 1957.

HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social). In: _____. **Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933.

_____. **Teoria della istituzione e della fondazione**. Milano: Giuffrè, 1967.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2006.

_____. **Teoria pura do direito**. 4.ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p.240.

KOZICKI, Katya. Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis : Boiteux, 2006.

LAURENT, F. **Principii di diritto civile**. v.I. Trad. Giuseppe Torno. Roma: Leonardo Vallardi, 1882.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil**. v.I. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

ORESTANO, Riccardo. **Il <problema delle persone giuridiche> in diritto romano**. Torino : Giappichelli, 1968.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. t.I. 3.ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970.

SAVIGNY, M.F.C. **Traité de droit romain**. trad. M.Ch. Guenoux. t.I. e t.II. Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

SAVIGNY. **Sistema del diritto romano attuale.** trad. Vittorio Scialoja. v.I. e v.II. Torino : UTET, 1888.

STAUT, Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. In: CANEZIN, Claudete. **Arte jurídica.** Curitiba : Juruá, 2004

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela** 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O Embrião Excedente - O primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99. **Revista trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 8, 2001.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Vocabulário jurídico.** Edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo : Saraiva, 1983.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** trad. Cláudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

_____. Essor et décadance du volontarismo juridique. In:_____. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit.** Paris : Dalloz, 1962.

WALD, Arnold. **Direito Civil: introdução e parte geral.** São Paulo Saraiva, 2003.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette.** v.I. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Utet, 1902.