

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**Claudio Henrique Ribeiro da Silva**

**TEORIA SIMPLIFICADA DO SUJEITO DE DIREITO**

**Belo Horizonte**  
**2012**

**CLAUDIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA**

**TEORIA SIMPLIFICADA DO SUJEITO DE DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: César Fiuza

**Belo Horizonte  
2012**

### FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586t Silva, Cláudio Henrique Ribeiro da  
Teoria simplificada do sujeito de direito / Cláudio Henrique Ribeiro da  
Silva. Belo Horizonte, 2012.  
117f.

Orientador: Fiuza, César  
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Personalidade (Direito). 2. Capacidade jurídica. 3. Subjetividade. 4.  
Pessoas (Direito). 5. Direitos dos animais. 6. Dogmática jurídica. I. Fiuza, César.  
II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-  
Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.19

**CLAUDIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA**

*Teoria Simplificada do Sujeito de Direito*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

---

**CÉSAR FIÚZA (ORIENTADOR) – PUC MINAS**

---

**LEONARDO MACEDO POLI – PUC MINAS**

---

**TAÍSA MACENA – PUC MINAS**

---

**CHRISTIAN SAHB BATISTA LOPES - UFMG**

---

**DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS - FUMEC**

**Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2013.**

À minha mãe, sempre e como nunca,  
dedico esse trabalho...

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido possível sem o apoio e a orientação do Prof. Dr. César Fiúza, a quem agradeço pela paciência e boa vontade durante esta “longa jornada” que tem sido a minha busca pelo título de doutor.

Também agradeço ao Professor Dr. Leonardo Poli, pelo apoio em todos os imbróglis burocráticos com que me deparei nos últimos meses, e pela presteza em solucionar pendências deixadas por colegas de outrora.

Registo meus agradecimentos também à Profa. Dra. Taísa, em cujas aulas tive a oportunidade de reforçar minha convicção de que o melhor caminho para as questões jurídicas passa pelo domínio da dogmática.

Agradeço à Profa. Dr. Fernanda Diniz, tanto pela troca de idéias durante o tempo em que fomos colegas no programa de pós graduação, como pela disposição com que sempre contribuiu em meus momentos de dúvida e incerteza quanto aos procedimentos.

Por fim, três colegas de graduação que acabaram envolvidos neste esforço merecem ter seus nomes registrados. São eles o Prof. Dr. Christian Sahb Lopes, que não apenas se colocou à disposição para tomar parte nesta banca, como também esteve presente e assistiu minha má sucedida defesa de tese na UFMG. À época, foi dos poucos a presentear-me com apoio não apenas no campo moral, mas também técnico.

O Prof. Daniel Vilas Boas, que convidado quase “no susto”, sem maiores detalhamentos e explicações, não tergiversou em aceitar a participação nesta banca o faz não pela primeira vez. E por isto apresento meus agradecimentos não apenas no que tange a este trabalho, mas pelo “conjunto da obra”.

E como não poderia deixar de ser, deixo meus agradecimentos finais ao bom e velho Prof. Dr. Rafael, Frattari, sem cujo apoio desde eu não teria chegado até aqui.

Obrigado, amigos.

*“Todos esses que aí estão  
Atravancando meu caminho,  
Eles passarão...  
Eu passarinho!”*

*Poeminha do Contra, Mario Quintana,*

## **RESUMO**

A tese que se apresenta tem o objetivo de superar a noção tradicional segundo a qual apenas as pessoas possam ser sujeitos de direito, isto é, terem capacidade de direito. Ao demonstrar as perplexidades e incongruências que para a ciência jurídica decorrem da equiparação entre as noções (pessoa e sujeito de direitos), este trabalho apresenta uma solução para grande parte das questões que enumera. A alternativa que se propõe, sob todos os aspectos condizente com o direito positivo vigente, é a de se reconhecer a existência de sujeitos de direito não dotados de personalidade. A atribuição de capacidade jurídica a entes despersonalizados, mais do que uma alternativa teórica, é tida aqui como uma imposição do sistema jurídico brasileiro. Nestes termos, consiste a presente tese em uma tentativa de depuração conceitual de uma das categorias centrais da relação jurídica, e por conseqüência, de todo o Direito Privado, qual seja: o sujeito de direitos.

Palavras chave: Personalidade. Capacidade. Subjetividade. Pessoa. Ente não personificado. Direitos dos animais. Dogmática jurídica.

## **ABSTRACT**

The thesis here presented has the objective of overcoming the traditional understanding by which only “persons” (pessoas) could be subject of rights, that is to have legal capacity. This work offers a solution for many problems involving the perplexities and incongruences that the equalization of the notions of person and subject of rights bring to Legal Theory. The alternative proposed – which is absolutely consonant with the legislation in force – consists in recognizing the existence of subject of rights who do not have legal personality. More than a theoretical alternative, the attribution of legal capacity to impersonalized entities is perceived here as an imposition of the Brazilian legal system. Accordingly, the present thesis consists of an attempt to conduct a conceptual purification of one of the main categories of judicial relations, and, consequently, of all private law : subject of rights.

Keywords: Personality. Legal relation. Subject of rights. Person. Animal rights.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	21
1.1 Parte Geral do Direito Privado .....	23
1.1.1 A Parte Geral no Direito Civil brasileiro .....	26
1.1.1.1 <u>Do primeiro Código ao segundo</u> .....	300
1.1.2 <i>Categorias fundamentais da Parte Geral</i> .....	322
1.1.2.1 <u>O que se estuda na Parte Geral?</u> .....	35
1.1.3 <i>Críticas a uma Parte Geral</i> .....	37
1.1.3.1 <u>Positivação da Parte geral</u> .....	37
1.1.3.2 <u>Metodologia da Parte Geral</u> .....	38
1.1.3.3 <u>Adequação das abstrações</u> .....	40
1.1.4 <i>Parte Geral e a Ciência do Direito</i> .....	40
2 O SUJEITO DE DIREITO .....	43
2.1 O Conceito tradicional. A pessoa como único sujeito de direitos.....	44
2.1.1 “Teoria da Equiparação” .....	47
2.2 As perplexidades da Doutrina .....	49
2.2.1 <i>A questão do nascituro</i> .....	49
2.2.1.1 <u>Personalidade Condicional</u> .....	51
2.2.1.2 <u>Teoria concepcionista</u> .....	54
2.2.1.3 <u>Teoria natalista</u> .....	57
2.2.1.4 <u>Titularidade de direitos</u> .....	58
2.2.1.5 <u>Direitos sem sujeito</u> .....	62
2.2.1.6 <u>Indeterminação do sujeito e plano da eficácia</u> .....	64
2.2.1.7 <u>Nascituro: as teorias e a equiparação</u> .....	65
2.2.2 <i>Sociedade em comum (de fato)</i> .....	67
2.2.2.1 <u>Primórdios da sociedade em comum (de fato)</u> .....	67
2.2.2.2 <u>O Código Civil de 1916</u> .....	70
2.2.2.3 <u>O Código Civil de 2002</u> .....	74
2.2.3 <i>Os “direitos” dos animais</i> .....	77
2.2.3.1 <u>O sujeito-objeto</u> .....	80
2.2.4 <i>Câmaras Municipais e os órgãos públicos despersonalizados</i> .....	82
2.2.5 <i>Condomínio, espólio, massa falida e demais “entes atípicos”</i> .....	85
2.2.5.1 <u>A enumeração legal das pessoas jurídicas</u> .....	85
2.2.5.2 <u>A “natureza” dos entes atípicos</u> .....	87
3 CAPACIDADE JURÍDICA E PERSONALIDADE .....	91
3.1 Capacidade jurídica .....	91
4 ENTES NÃO PERSONALIZADOS E SUA DEFINIÇÃO (GÊNERO PRÓXIMO E DIFERENÇA ESPECÍFICA) .....	95
4.1 A capacidade de ser parte e as questões do processo .....	98

<b>5</b>	<b>TEORIA DA EQUIPARAÇÃO NO PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS</b>	
	<b>GERAIS .....</b>	<b>103</b>
<b>5.1</b>	<b>Biodireito: novos problemas mesmo paradigma .....</b>	<b>104</b>
<b>5.1.2</b>	<b><i>A Equiparação como Norte</i> .....</b>	<b>104</b>
<b>5.2</b>	<b>Biodireito e a natureza do nascituro .....</b>	<b>105</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>107</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre as categorias técnicas e dogmáticas que compõem o sistema jurídico, reconhecidamente, o “sujeito de direito” tem ocupado uma posição central e basilar. Consideradas suas relações com outras categorias de grande importância, como a relação jurídica<sup>1</sup> e o próprio direito subjetivo, ainda mais se acentuam o interesse e a necessidade de se estabelecer o conceito, a “natureza”, e outros elementos úteis para a aplicação e articulação do instituto no sistema. Tanto assim que, em praticamente todas as obras didáticas acerca da Parte Geral do Direito Privado e da teoria geral do Direito, um dos primeiros assuntos tratados se refere justamente às questões fundamentais concernentes a estes sujeitos.

Todavia, o que se tem é que, como objeto desta “teoria dos sujeitos de direito”, costumam os autores, com honrosas e raríssimas exceções, apontar apenas duas espécies de sujeitos de direito, quais sejam as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Em regra, o que se lê é que “sujeito de direito” é sinônimo de “não personalizado”. E é assim que a maioria esmagadora dos manuais e tratados enfrenta a questão, o que se reproduz em grande número de salas de aula, e perpetua certas concepções que, absolutamente, não têm mais lugar na teoria do Direito.

É neste ponto que se pode ressentir da falta de um maior desenvolvimento da *teoria dos entes não personalizados* (que também seriam sujeitos de direito), figuras de que podem ser encontrados diversos exemplos em nosso Direito positivo, mas em relação às quais nossa doutrina tem-se negado a formular uma teoria verdadeiramente sistemática.

Da falta de tal construção teórico-dogmática resulta a utilização inadequada de conceitos em desconformidade com o texto legal vigente, o que tem levado a perplexidades doutrinárias que, em grande parte, podem e devem ser sanadas por meio das correções conceituais que a teoria acerca dos entes não personalizados impõe.

Tal teoria se insere no contexto de uma teoria mais ampla, a dos sujeitos de direito, com a explicação de aspectos como a representação (ou “presentação”, como possa preferir Pontes de Miranda) dos sujeitos de direito não dotados de personalidade,

---

<sup>1</sup> À margem das discussões sobre o conceito e natureza da relação jurídica, tendem os juristas a concordar quanto ao fato de que ela se estabelece entre sujeitos de direito, motivo pelo qual, sendo um vínculo intersubjetivo, não pode prescindir da categoria “sujeito de direitos”.

a legitimação, a diferença específica em relação aos entes personalizados, a distinção entre os entes personalizados em geral e o ente despersonalizado humano etc.

A proposta deste trabalho é a de erigir alguns pontos básicos sobre os quais se possa construir uma “teoria dos entes não personalizados”, ou, antes disso, trata-se de uma tentativa de reorganização de conceitos tradicionalmente adotados em nossa dogmática de forma acrítica e em contradição com o texto legal vigente.

O texto inicia com o tratamento da Parte Geral do Direito Privado, expondo as condições do surgimento desta forma expositiva (Parte Geral x Parte Especial) do Direito Codificado, e as implicações metodológicas da opção por este modelo. Estabelece, a partir disso, a relação entre a Parte Geral e as categorias que possibilitam o enquadramento jurídico dos fenômenos e eventos, e que são aquelas relativas à relação jurídica e às situações jurídicas subjetivas, a saber: o sujeito, o objeto, o direito e o fato.

Uma vez determinada a posição do sujeito no sistema da Parte Geral, o que se tem é a demonstração de como a equiparação entre as noções de sujeito de direito e pessoa, além de contrária ao texto do Direito vigente, tem sido a causa de inúmeros problemas doutrinários. E se é assim, a solução (ou elemento conceitual para a solução) da generalidade dos problemas arrolados pressupõe o rompimento com a “teoria da equiparação”, e o reconhecimento da titularidade de direitos (capacidade jurídica) a sujeitos não dotados de personalidade.

Reconhecida a existência de capacidade a quem falte personalidade, cogita-se da adequação de tais figuras (entes despersonalizados) ao sistema, e questiona-se acerca da necessidade de adequações e adaptações no sistema para o seu enquadramento.

Ao fim, o que se quer demonstrar é que não apenas o sistema se encontra apto ao tratamento dos sujeitos sem personalidade, mas que impõe o reconhecimento e o enquadramento destas figuras. Por este caminho, acreditamos ser possível a erradicação de certas perplexidades jurídicas, baseadas tão-somente em entendimentos decorrentes do argumento da autoridade e em nossa própria inércia.

## 1.1 Parte Geral do Direito Privado

Desde o primeiro Código Civil<sup>2</sup> que o Direito Privado brasileiro tem-se valido da técnica de classificar as matérias em função de sua generalidade ou especialidade. Ambos os códigos, de 1916 e de 2002, estão organizados de acordo com tal critério, o que impõe ao estudioso do Direito Privado a compreensão da utilidade e vicissitudes de um tal modo de organização das matérias a serem reguladas. São questões a serem tratadas adiante. Desde já, contudo, é razoável expor a relevância de se compreender o contexto oferecido pela Parte Geral e como o reconhecimento dos entes não personalizados pode influir neste contexto.

O que se dá é que a presença de uma Parte Geral aponta para a adoção de uma compreensão subjacente acerca dos fenômenos e de como podem ser enquadrados e qualificados pela Ciência do Direito. Trata-se de um entendimento segundo o qual seria possível qualificar a realidade a partir de conceitos mais ou menos genéricos e, assim, regê-la. E apesar das insuficiências<sup>3</sup> que incidem sobre este método, é inegável a sua influência.

Na Parte Geral é que se encontra a exposição das categorias básicas envolvidas na generalidade das situações juridicizadas. Por conseqüência, os dogmas ali presentes apresentam relevância que pode ser sentida por todo o ordenamento. Tanto mais na medida em que as categorias da Parte Geral extrapolam os limites do Direito Privado para servirem de fundamento para a elaboração dogmática da generalidade dos ramos do saber jurídico<sup>4</sup>. Insuficiências dogmáticas que aflijam a Parte Geral podem apresentar, portanto, conseqüências em variados e imprevistos ramos do direito.

---

<sup>2</sup> O Código Comercial, que pode ser tido como o primeiro código do Direito Privado brasileiro, ainda que estivesse dividido em três partes (parte primeira, segunda e terceira), ainda não adotava a concepção informadora de uma Parte Geral. A parte primeira, denominada “Do Comércio em Geral”, dispunha sobre aspectos gerais (qualificação do comerciante, suas prerrogativas e deveres), mas também tratava do direito obrigacional. As partes segunda e terceira tratavam respectivamente “Do Comércio Marítimo” e “Das Quebras”. Como se pode perceber, longe está a referida divisão dos critérios de generalidade e especificidade.

<sup>3</sup> Dentre as quais poderíamos destacar a impossibilidade de se prever e enquadrar o real através de categorias desenvolvidas pela Ciência do Direito.

<sup>4</sup> Isto é o que se pode demonstrar por meio do estudo, por exemplo, de algumas das categorias básicas do Direito Público. O Estado é entendido, apesar de suas especificidades, como uma “pessoa jurídica”, e possui titularidade de direitos sobre “bens”. O Direito Administrativo, por sua vez, muito se dedica ao estudo dos “atos” administrativos, inclusive tratando de aspectos referentes à “validade” e “eficácia”. As

As categorias da Parte Geral são aquelas a partir das quais se organiza a realidade sob o ponto de vista do Direito. Na medida em que as situações jurídicas se referem à realidade (sujeitos, objetos e eventos), não podem prescindir da Parte Geral.

Por isso é que certos problemas conceituais tendem a serem resolvidos a partir da correta compreensão das categorias gerais aplicáveis ao caso. E assim também, impropriedades que decorram de questões com a dogmática da Parte Geral não podem receber solução meramente especial. Os dogmas da Parte Geral, portanto, devem ser entendidos com relação à relevância e abrangência desta.

A tese que ora se apresenta, e que defende a necessidade de adequação da teoria dos sujeitos de direito à categoria dos entes sem personalidade, deve ser entendida como uma proposta de evolução dogmática em relação à Parte Geral; não quer questionar o método que justifica a sua utilização, mas tão somente propor melhorias teóricas que aperfeiçoem a aplicação razoável deste mesmo método. Com este objetivo é que, antes mesmo das questões que envolvam diretamente a teoria dos sujeitos e os entes despersonalizados, trataremos do “sentido” da Parte Geral, e de como se deu a sua adoção no Direito Privado brasileiro.

O Código Civil não consiste em um rol de disposições aglomeradas de maneira aleatória. Longe disso, tem sua sistemática elaborada de forma pensada, tendo em vista um conjunto de preceitos a serem considerados uns em relação aos outros. Sua organização formal, representativa da sociedade e do pensamento jurídico de sua época, reflete os objetivos então buscados pelo legislador.

O Código Civil brasileiro vigente, assim como o seu antecessor, do ponto de vista da organização formal, sofreu a mesma influência da aplicação de um método de caráter abstrato e generalizante (LARENZ, 1978, p. 30)<sup>5</sup>, baseado na operacionalização de conceitos definidos e perfilados, dentro dos quais o interprete posiciona os fatos concretos e, em decorrência de tal posicionamento, determina as regra correspondentes. Trata-se de uma metodologia que, por apresentar soluções para a questão da segurança jurídica e da previsibilidade do Direito aplicável, foi de encontro ao “ideal

---

categorias da Parte Geral, portanto, extravasam os limites do Direito Privado, oferecendo o instrumental conceitual para o enquadramento dos fenômenos às categorias jurídicas do direito como um todo.

<sup>5</sup> Larenz apresenta uma tipologia com três categorias distintas: a) o estilo legal—casuístico, que busca a previsão detalhada e pormenorizada de cada situação passível de regramento, método este que pode ser encontrado nas Ordenações Filipinas, por exemplo; b) o abstrato-generalizante; c) e o de linhas de orientação, que consiste na utilização das chamadas “cláusulas gerais”.

codificatório”, e por isso esteve e se mantém na base da elaboração dos códigos desde os oitocentistas.

Assim é que em nossos códigos encontram-se categorias mais ou menos amplas, com características conceituais abstratas, aptas a englobar um grande número de fenômenos. E a despeito das imprecisões a que pode levar o agrupamento de fenômenos diversos em função de certas características comuns, com algumas correções e temperamentos, este tem sido o método básico a informar a elaboração e a aplicação dos preceitos contidos no Código.

Este modo de pensar o saber jurídico e a técnica legislativa é, em grande parte, resultado da profunda influência do pandectismo alemão. Os pandectistas, como sabido, debruçaram-se sobre a elaboração de um saber jurídico fundado na formulação de conceitos organizados de maneira sistemática. E como resultado, este trabalho de elaboração e organização sistemática de conceitos jurídicos ofereceu as bases para o BGB, assim como para uma infinidade de códigos de outros países, cujos juristas estivessem informados dos avanços do Direito germânico de então<sup>6</sup>.

A busca por tal estrutura conceitual e sistemática levou à idéia de Parte Geral, baseada na distinção entre conceitos gerais e especiais, e na possibilidade de agrupamento daqueles em um ponto específico do sistema.

*A decisão de adotar uma parte geral, portanto, demonstra a influência da pandectística no processo codificatório, bem como a sua tentativa obstinada de alcançar a organização perfeita e exaustiva. Seu principal objetivo consiste, justamente, em distinguir, de forma nítida, as regras gerais das específicas, sendo aquelas colocadas à frente destas. Tão importante se torna essa distinção do ponto de vista doutrinário, que se passa, inclusive, a distinguir entre os códigos que possuem ou não parte geral. A parte geral representa, portanto, um emblema da pandectística e de sua forma de pensar. (ANDRADE, 1997, p. 88)*

A presença de uma Parte Geral explicita o pressuposto de que no sistema, a determinação das regras aplicáveis em face de um determinado caso, assim como a compreensão teórica de um determinado instituto, estaria sempre na dependência da correta relação entre conceitos gerais e especiais aplicáveis à espécie. Não se quer dizer com isso que os institutos normalmente encontrados nas partes gerais sejam criações do período das codificações. Pelo contrário, é sabido que os romanos já trabalhavam

---

<sup>6</sup> Sobre a influência do pandectismo sobre a ciência jurídica mundial vide (WIEACKER, 1993).

algumas destas categorias. Em Gaius já se encontrava afirmado que todo o Direito que usamos diz respeito ou às pessoas ou às coisas ou às ações (Gaius 1.8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*) (CORREIA, 1951, p. 20). E o mesmo preceito se repetiu no Digesto (D.1.5.1.), nas Institutas do Imperador Justiniano (Inst. 1.2.12) (GIORDANI, 1999, p. 01), assim como em diversas obras mais ou menos sistemáticas do período medieval.

A grande inovação dos pandectistas, e que resultou na idéia de uma Parte Geral, foi a articulação entre os institutos e conceitos gerais e especiais dentro do sistema.

### ***1.1.1 A Parte Geral no Direito Civil brasileiro***

A codificação civil é fenômeno relativamente novo, notadamente no Brasil.

Com a proclamação da independência em 7 de setembro de 1822, a Constituição Política de 23 de março de 1824 determinou a elaboração de um Código Civil e um Criminal. Este foi promulgado em 1830. O civil só viria a sê-lo em 1916, depois de sucessivas tentativas.

Augusto Teixeira de Freitas desenvolveu as primeiras tentativas e projetos de codificação, além de ter consolidado a legislação civil vigente à época. Em 1855, foi contratado para: a) classificar a legislação existente, portuguesa e brasileira, revogada ou vigente, por ordem cronológica e observada a divisão em pública e privada e; b) consolidar a legislação civil brasileira. O trabalho, como reconhecido internacionalmente, foi um marco para a história do Direito Privado. Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis.

E a Consolidação foi um verdadeiro Código de fato do Direito Civil brasileiro por mais de meio século (1858-1917). Isto, aliás, foi reconhecido pelo próprio Clóvis Bevilacqua, que chegou a se referir à Consolidação como “o nosso primeiro Código Civil” (AGUIAR JÚNIOR, 2003. v. 1, p. XIII).

A idéia de Parte Geral existe entre nós desde Teixeira de Freitas, em grande parte em função da influência do pensamento de Savigny e de Leibniz, que se destacam dentre outros autores lidos e citados pelo consolidador civil. Foi por meio do trabalho de Freitas que a escola de Savigny, proponente da utilização da idéia de sistema como instrumento de construção formal e organização da dogmática (o conjunto dos dogmas,

conceitos obtidos por meio da generalização e abstração da ciência jurídica), imprimiu sua marca em nosso Direito.

Em conseqüência, como noticia Moreira Alves:

*Pela primeira vez, em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã, utilizada na obra dos pandectistas, da divisão em parte geral, onde se reuniam os elementos constitutivos do direito subjetivo, e em parte especial, onde se colocavam as regras referentes aos direitos subjetivos em espécie.* (ALVES, 1988, p. 21).

A exposição das matérias com base em sua classificação em especiais ou gerais não é a única possível. Nem tampouco é a única que já tenha sido utilizada. A existência de partes gerais não é nem mesmo comum em textos que antecedem a modernidade. Comum sempre foi a organização das regras em torno de matérias, sem maiores preocupações quanto à generalidade ou especificidade destas. É o caso da Lei das XII Tábuas, conforme as reconstruções possíveis<sup>7</sup>, assim como das Ordenações Filipinas (texto jurídico com maior tempo de vigência na história do Brasil)<sup>8</sup>. E estes são apenas dois textos historicamente relevantes dentre os inúmeros similares sob o aspecto da disposição de matérias.

No início da modernidade a doutrina passou a cogitar principalmente duas formas de organização expositiva; sendo uma a ordem dos *Commentarii Gaii* (Direito das pessoas, das coisas e das ações), e outra a classificação usual nos juristas alemães (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito de Sucessão) (MIRANDA, 1981, p. 97). Dentre nós, Teixeira de Freitas foi o primeiro a desenvolver a opção pelo segundo sistema, opção esta que ficaria mantida até os dias atuais.

E não se pode deixar de reconhecer em Freitas, apesar da influência alienígena, certo pioneirismo na elaboração expositiva. Afinal, se por um lado Teixeira de Freitas se valeu das concepções teóricas iniciais dos pandectistas, é sabido que não teve acesso

---

<sup>7</sup> A Lei Decemviral não chegou aos dias de hoje. Temos acesso apenas a reconstruções operadas com base em citações colhidas em variados autores latinos e gregos. As tentativas de reconstrução remontam à idade média, e desde então é aceito que cada tábua tenha versado sobre assunto específico. Para mais informações acerca da reconstrução da Lei das XII Tabuas vide (MEIRA, 1961, p. 131).

<sup>8</sup> De acordo com a tradição as Ordenações Filipinas estariam terminadas em 1595 (ano em que foram aprovadas por lei de Filipe I). Todavia, foi só em 1603, por força de uma nova lei, já no reinado de Filipe II, que as Filipinas lograram vigorar em Portugal e Colônias. No Brasil, em especial, as Ordenações Filipinas tiveram vigência ao menos até a Consolidação das Leis Civis (1859), de Mário Augusto Teixeira de Freitas.

às construções posteriores, tendo sido forçado a sistematizar o Direito pátrio sem maior auxílio de modelos ou construções estrangeiras.

*Teixeira de Freitas não teve, porém, acesso ao processo de construção jurídica tão bem desenvolvido por Ihering, Puchta, Windscheid, Binding. Sendo a Consolidação das Leis Civis contratada em 1855 e entregue em 1858, somente de Savigny pode ter tido o grande jurista brasileiro algum conhecimento, pelo que se depreende das citações que faz na Introdução à Consolidação, juntamente com Bentham, Ortolan, Maynez, Correia Telles, Blondeau, Ahrens, Marezoll, Zachariae, Marton, Molitor, Toullier, Troplong, Mackeldey, ao referir-se ao tratado de direito romano, tradução de Gueneux, de 1850. Se qualquer influência se manifestasse em Freitas, quanto à idéia do direito como sistema, seria apenas Savigny, pois os demais sistematizadores alemães apareceram mais tarde e quanto aos franceses, eram da escola da exegese. (AMARAL NETO, 1988, p. 158)*

A construção proposta por Teixeira de Freitas na Consolidação, divergindo da orientação germânica, referia-se unicamente às pessoas e às coisas, e não aos fatos jurídicos. Para o consolidador, a matéria dos fatos não seria geral, pois ainda que houvesse direitos sem os referidos atos, sem pessoas e coisas não haveria Direito algum. Assim é que a Consolidação apresentava uma Parte Geral com dois títulos: das pessoas e das coisas.

Posteriormente, já encarregado de elaborar um projeto de Código Civil brasileiro, Teixeira de Freitas revisou seu entendimento. Em seu Esboço de Código Civil, o próprio Freitas (1983) adicionou à Parte Geral, ladeando as seções referentes às pessoas e às coisas, uma destinada à matéria dos fatos. Para além de tratar das “relações como engendradas”, passou a tratar também dos fatos que lhes davam origem.

O Esboço, como se sabe, não resultou no Código Civil Brasileiro. Mas a técnica legislativa segundo a qual o Código devesse comportar uma parte geral já estava bem enraizada em nossa doutrina no momento em que Teixeira de Freitas deixou inacabado, embora adiantado, o trabalho de elaboração do Esboço.

A história traz registro de outras tentativas de codificação. Sabe-se que o Visconde de Seabra, Jurisconsulto Português, ofereceu ao Imperador, por volta de 1871, os primeiros trabalhos de um projeto de código, em um manuscrito com aproximadamente 392 artigos, mas sem sucesso. Em 1872 foi encarregado José Thomaz Nabuco de Araújo, que redigiu não mais que uns duzentos artigos.

Em 1881, Felício dos Santos apresentou proposta que foi rejeitada pela comissão de estudos nomeada para dar-lhe parecer, mas voltou a apresentar projeto em 1882.

Mais uma vez não teve andamento a proposta, que com a sobrevivência da República acabou abandonada. (MIRANDA, 1981, p. 81 e 82).

Em 1890 o Governo da República atribuiu a Coelho Rodrigues, membro da última comissão, a responsabilidade pela feitura do projeto, que terminado em 1893, também não logrou sucesso.

Em 1899 Clóvis Beviláqua foi incumbido da tarefa de elaboração de um projeto de código civil. O trabalho foi iniciado em abril e terminado em novembro. O projeto do código civil brasileiro, com a sistemática expositiva que viria a ser aprovada, foi concluído antes mesmo do século vinte, após lenta e produtiva tramitação no Congresso Nacional, com destaque para a intervenção do Senado. Mas é Pontes de Miranda quem avisa, que apesar da aprovação de 186 emendas de conteúdo, fora as de redação, pelo Senado em 1912, o Código não contemplou a evolução da Ciência do Direito do início do século XX.

*Cumprido, porém, notar que já a este tempo se haviam publicado o Código Civil Suíço (1907), e a Lei sobre o Direito das Obrigações (1911). A nenhuma dessas leis recorreu o Senado, indiferente como a Câmara e as Comissões, aos ensinamentos técnicos do século XX. A data mental do Código (como do B.G.B. e do suíço) é bem 1899. (MIRANDA, 1981, p. 85)*

Talvez tenha mesmo razão Pontes de Miranda quanto a este ponto, mas o certo é que qualquer inovação que pudesse ter surgido no decorrer do tempo em que o projeto de código esteve em tramitação não chegaria a alterar o mais importante para nossas cogitações, que é elaboração dos textos legais e a interpretação de seus dispositivos com base em uma elaboração sistemática que relaciona noções mais ou menos gerais e a elas subsume os eventos aos quais deva ser aplicado o Direito.

E como que a sublinhar a presença da técnica legislativa “abstrata e formalizante”, manteve-se a Parte Geral, apesar das alterações no conteúdo de suas categorias internas e sua exposição durante a tramitação.

### **1.1.1.1 Do primeiro Código ao segundo.**

Da entrada em vigor, em 1917, de nosso primeiro Código Civil, até os dias que antecederam o Código Civil de 2002, contam-se três tentativas de revisão e elaboração de um novo Código. A terceira tendo resultado no atual Código Civil.

As tentativas antecedentes trouxeram a proposta de desmembramento do Código, com a criação de um Código das Obrigações em separado. Também se cogitou, com a segunda comissão, a extinção da Parte Geral, para que vigesse um Código Civil simplificado ao lado de um Código das Obrigações. Parecem ser idéias exóticas, mas contaram com o respaldo e trabalho de juristas do peso de Orlando Gomes e Caio Mário.

A terceira tentativa, consubstanciada nos trabalhos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil presidida por Miguel Reale, não acatou as propostas de desmembramento ou abandono da Parte Geral do Código Civil. Pelo contrário, o objetivo dos autores do Código Civil de 2002 foi o de reproduzir a estrutura do Código de 1916, com algumas retificações determinadas pelo decurso dos tempos e pelas circunstâncias históricas.

Assim é que do ponto de vista da exposição das matérias, ao tratar dos direitos da personalidade (inovação de 2002), nada mais faz o vigente Código Civil do que especificar questões referentes à figura do sujeito de direito. Mantém a Parte Geral estruturada em torno do tratamento do sujeito, dos objetos e dos eventos (fatos), mas aperfeiçoa o tratamento de matérias referentes a esse mesmo sujeito.

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a referência à pretensão como elemento da prescrição, a previsão de novas hipóteses de interrupção de prescrição, são alguns exemplos de inovações tópicas que não alteram a estrutura da Parte Geral. Ainda que o novo Código tenha sido elaborado à luz de paradigmas de ordem ética e política que se diferenciam daqueles da nação predominantemente agrícola de então; e ainda que se confronte com os problemas diferenciados da sociedade contemporânea, continua organizando a realidade através de categorias como o sujeito, o objeto e os fatos.

Além da manutenção da estrutura do Código antigo e de seu método fundamental, o Código atual também se caracteriza pela utilização de cláusulas abertas gerais, como forma de temperamento do método meramente “abstrato-formalizante”.

*Ora, foi conservada, por conseguinte, a Parte Geral. (...)*

*Nesse contexto, a Parte Geral adquire uma importância ainda maior do que aquela que tinha no código que chamaremos o Código Bevilácqua. É que, como sabem, Clóvis Bevilácqua foi altamente influenciado, ao elaborar o seu trabalho inicial, na última década do século XIX, (...), foi altamente influenciado não apenas pela tradição do direito luso-brasileiro, mas também pela escola da exegese e, em maior grau, pela escola dos pandectistas.*

*O pandectismo, que era uma espécie de idolatria do direito romano, tal como se expressavam as pandectas de Justiniano, (...) se caracterizava pela preocupação de dar aos problemas jurídicos uma estrutura rigorosamente jurídica, ou seja, solucionar os problemas jurídicos com categorias do direito. Era, de certa maneira, uma sistematização cerrada, fechada, na compreensão do direito. Ao contrário, nós, ao concebermos esta nova estrutura jurídica básica como matriz do Direito Privado, pensamos em um sistema aberto. O Código atual, a começar pela Parte Geral, caracteriza-se pelas suas cláusulas abertas, pelas normas que não são estrita e rigorosamente jurídicas no sentido de dar uma solução plena e completa aos problemas observados, mas que deixa sempre de forma tal que fique sendo uma parte para a doutrina e para os juízes. (REALE, 2006)*

Recorrendo novamente à classificação proposta por Larenz, vemos que o Código Civil de 2002 se vale tanto do método “abstrato-generalizante”, quanto da utilização de “linhas de orientação” ou “cláusulas gerais”. Em outras palavras, tanto se trabalha com categorias mais ou menos gerais e interrelacionadas, quanto se aplicam valores e noções abertas ao trabalho do aplicador e do intérprete da norma.

As categorias fundamentais, contudo, permanecem as mesmas. O sujeito é, como sempre, o tradicional titular dos direitos e das situações jurídicas. Estes mesmos direitos continuam incidindo sobre objetos, e as situações e direitos continuam evoluindo em função dos eventos (fatos) jurídicos. Como se vê, o que continua estruturando as eventuais inovações do Código Civil são as categorias tradicionais que informam o nosso modo de entender e organizar juridicamente a realidade.

### ***1.1.2 Categorias fundamentais da Parte Geral***

Assim como a sua própria existência, o conteúdo da Parte Geral está relacionado a uma forma de ver o mundo, tanto quanto de pensar o Direito. Fazer uso da elaboração de conceitos por si só não significa que tais conceitos devam ser necessariamente aqueles com os quais opera a Ciência Jurídica contemporânea. O fato de hoje encontrarmos categorias como a dos bens, o sujeito, e os fatos, é decorrência de contingências históricas, assim como da influência da, com o perdão da palavra, “ideologia” informadora do pensamento jurídico. Afinal, o Direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade estudada e organizada de forma sistemática (DINIZ, 1993, p. 184).

Ao que parece, dois fatores se destacaram na determinação dos conceitos fundamentais presentes na Parte Geral: a influência do Direito Romano, e a “visão de mundo” dos juristas de então, fundada em um certo liberalismo jurídico.

Primeiramente a questão do Direito Romano.

Uma razão determinante para tanta influência terem exercido os pandectistas para além de suas fronteiras políticas foi, justamente, o fato de terem elaborado suas categorias sobre os institutos contidos no Direito Romano, então um Direito comum e “universal”.

O chamado *Ius Commune* foi o resultado da formação jurídica comum de seguidas gerações de juristas europeus com base no estudo dos textos romanos, de modo que por toda Europa se repetissem os institutos e as questões relevantes para o Direito. Esse Direito comum, lastreado no Direito Romano, acabaria por se tornar, na prática, um Direito comum ocidental, por força do movimento das colonizações. Situação mantida, frise-se, no momento em que vários países discutiam e elaboravam os seus próprios códigos.

No Brasil, por exemplo, até a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, aplicou-se o Direito Romano como subsidiário das leis do Império, nos termos, ainda, estabelecidos pela Lei da Boa Razão. Nada mais razoável, portanto, que o fato de os juristas nacionais se valerem do trabalho dos pandectistas que, afinal, discorreram sobre alguns dos mesmos textos jurídicos aplicados no Brasil.

Como o próprio nome demonstra, pandectísta é aquele que trabalha com as *pandectas*, e *pandectas* nada mais é do que o nome grego do Digesto, ou seja, a compilação de fragmentos das obras de autores romanos realizada no período de Justiniano. Foi partindo do Digesto, portanto, que os pandectistas elaboraram seus conceitos e seu sistema.

Quanto à designação, Digesto (*Digesta iuris enucleati ex omni vetere iure collecta*) é expressão originada do latim, do verbo *digero*, que tem o significado de dividir, ordenar, dispor (SOUZA, 1928, p. 218). *Digestus* é o que está disposto, ordenado, distribuído. *Digestum*, portanto, a forma neutra, cujo plural será *Digesta*. Já *Pandectas* é uma palavra com origem Grega, podendo adquirir o significado de “livros que contêm tudo” (GIORDANI, 2001, p. 233).

O Digesto é reconhecidamente a obra mais importante da compilação de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*). E foi o resultado do trabalho de uma comissão que se incumbiu da codificação do direito desenvolvido na obra dos jurisconsultos romanos<sup>9</sup> (*Ius Antiquum*). Consiste, portanto, em um conjunto de fragmentos de obras de autores romanos, organizado de forma a servir como direito vigente no período de Justiniano<sup>10</sup>.

E foi principalmente a obra destes autores romanos, tal como compilada pelos juristas de Justiniano, que esteve na base das cogitações da pandectística. Por isso mesmo, não pôde essa escola abandonar as categorias tradicionais do Direito Romano, como as pessoas e os bens, por exemplo. Herdou algumas categorias, criou novas, aprimorou outras tantas.

Na medida em que os pandectistas se detiveram na construção de uma Parte Geral que envolvia institutos já conhecidos no Direito comum (Direito Romano), apresentaram construção teórica que pôde ser facilmente adaptada ao direito de diversos países existentes, assim como servir ao direito de nações em surgimento.

Do ponto de vista da técnica jurídica, a proposta da Parte Geral consistia em dispor nela sobre os elementos gerais componentes dos direitos e, na Parte Especial,

---

<sup>9</sup> Entre estes jurisconsultos podem ser encontrados alguns antigos (veteres), da época final da República (Q. Mucius Scaevola, Alfenus Varus, Aelius Gallus), mas os mais utilizados foram os clássicos, sobretudo Gaio, Papiniano, Paulo e, Ulpiano. (GIORDANI, 2001, p. 234)

<sup>10</sup> De dois mil livros contendo três milhões de linhas, extraiu-se o Digesto com cento e cinquenta mil linhas. Uma sensível redução do conteúdo dos textos originais, que também imprimiu-lhes algumas alterações. Um como resultado de erros de cópia (*loci corrupti*), outras (*glosemas*) em que se copiou, junto ao texto original, uma eventual glosa contida nas margens ou entrelinhas do texto dos possuidores; e as mais relevantes, que são aquelas alterações voluntárias (interpolações), que ora acrescentaram novidades ao texto, ora suprimiram partes deste

aprofundar o tratamento destes mesmos direitos. Tanto assim que no Esboço de Teixeira de Freitas, o Livro Primeiro, ou Parte Geral, recebeu o título “Dos elementos dos Direitos”. Assim, pessoas, coisas e fatos eram tidos como elementos do direito subjetivo.

O saber jurídico, em constante evolução, logo passou a tratar da Parte Geral não mais como referente aos elementos dos direitos subjetivos, mas aos elementos da relação jurídica. Todavia, muito mais do que o resultado de uma operação técnica de isolamento e regramento dos elementos da relação jurídica, a Parte Geral e suas categorias refletem uma maneira de ver um mundo, ou, se preferir, um outro mundo, que não necessariamente o nosso. Não se trata apenas de uma escolha técnica, a despeito da consciência que disso se possa ter.

Como bem insiste Fachin, “*a relação jurídica exprime menos um meio técnico para desenhar uma exposição e mais uma ordenação conceitual para dar conta de um modo de ver a vida e sua circunstância.*” (FACHIN, 2003, p. 30).

Não é o caso ainda de se enfrontar em um debate quanto à inadequação dos institutos da Parte Geral em decorrência de sua gênese ideológica, como quer Fachin, mas meramente de demonstrar a existência da referida relação entre o liberalismo do século XIX e os institutos dos códigos de hoje. O Direito Privado dos países da linhagem jurídica romano-germânica, para o bem ou para o mal, está estruturado sobre uma visão de mundo em que valores liberais se apresentam sob o manto da autonomia da vontade.

Na medida em que a Parte Geral e seus institutos refletem uma forma de ver o mundo, tem-se um mundo composto por sujeitos de direito, bens sobre os quais pode recair ampla gama destes direitos, e eventos dotados de relevância jurídica. É isso o que nos diz a Parte Geral do Código Civil em vigor, assim como já dizia a do Código de 16 e também do Esboço.

Em decorrência, não só a Parte Geral apresenta elementos acerca destas figuras, como toda a exposição didática que vise apresentar o sistema para o estudante do Direito tenderá a explicar as referidas figuras e seu delineamento jurídico básico.

### **1.1.2.1 O que se estuda na Parte Geral?**

Uma Parte Geral coerentemente constituída deve conter os sujeitos de direito, os objetos sobre os quais há de recair tais direitos, os negócios jurídicos e o exercício dos direitos subjetivos (WIEACKER, 1993, p. 560). Com algumas variações, tratará aproximadamente de tais categorias, o que é natural, eis que elas são a base de nosso modo de entender o mundo.

Em nossa Parte Geral estuda-se o sujeito de direito, seu domicílio, a personalidade, sua aquisição, sua extinção, as espécies de pessoas. Também trata-se dos bens (mais do ponto de vista de sua conceituação e sua classificação, e menos das consequências das classificações, o que se costuma verificar na parte especial) e dos fatos. Os fatos são classificados, ensina-se a grande relevância da vontade na teoria do negócio jurídico, além de toda uma teoria dos “planos do mundo jurídico” que explicam tecnicamente a relevância da forma, da vontade e do objeto dos negócios jurídicos. No caso de nosso Código, temos também o tratamento dos efeitos do tempo sobre os direitos e da prova no negócio jurídico.

Vistas e estudadas estas categorias, delas munido e através delas é que o estudante e os juristas em geral compreendem o fenômeno jurídico. A própria tarefa de se estabelecer a natureza jurídica de um dado instituto ou fenômeno, algo que costuma ser encontrado em cada livro jurídico que se possa ler, nada mais é do que uma tentativa de enquadrar um dado fenômeno em uma das categorias através das quais, por nossa técnica, entendemos um evento do ponto de vista do Direito. São as categorias da Parte Geral que atribuem sentido ao sistema e significado jurídico aos fenômenos juridicizados. Como logo se percebe, a utilização de uma categoria que extrapole a Parte Geral, inevitavelmente pressupõe os seus conceitos <sup>11</sup>.

Mas tudo isto tem seus limites. Não é possível submeter o mundo às categorias abstratas do direito. A começar pela dificuldade de enquadramento de diversos

---

<sup>11</sup> É o que explica Fachin em relação aos contratos: “Para a noção de contrato é necessário primeiro ter um conjunto de princípios e regras que compõem, à luz do conceito de relação jurídica, a teoria desse sistema, codificada sob o nome de parte geral. Esta visa exatamente tratar princípios e regras, como, por exemplo, sobre a interpretação dos negócios jurídicos, e também diretivas articuladas para fazer com que o contrato válido funcione. Nelas, a noção de sujeito vem adequadamente explicitada para ingressar como uma estrutura que impulsiona a dinâmica do contrato.” (FACHIN, 2003, p. 145)

fenômenos acerca dos quais a Ciência Jurídica é chamada a opinar, mas que, presa às categorias tradicionais, não logra desincumbir-se da tarefa.

Foi o caso, já superado, da tentativa de qualificar como sociedade de fato a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, ou de sexos distintos nos casos não englobados pelas categorias do Direito de Família, como o casamento ou a união estável. A jurisprudência pretérita é rica em casos de reconhecimento de sociedades de fato decorrentes de convivência amorosa sob o argumento da presença de “finalidade comum de natureza patrimonial” e “conjugação de esforços ou recursos”<sup>12</sup> A alternativa do julgador, ao se deparar com situações às quais não conseguiu relacionar categorias que possibilitassem uma solução razoável, foi e tem sido a aplicação de outras categorias, ainda que ao custo de sua deformação. Uma distorção de conceitos com o objetivo de preencher lacunas.

As situações limítrofes também ficam sem explicação, por não se ajustarem às categorias através das quais organizamos a realidade jurídica. Eis, por exemplo, o do direito à honra “do falecido”. Apesar das consequências práticas, muito se discute acerca da titularidade do referido direito. A muitos parece estranha a idéia de se atribuírem direitos a um “não sujeito”, que é o morto. E com razão, pois não é assim que nossa Parte Geral “explica” o mundo.

Em outros casos, a inadequação das categorias tradicionais se apresenta de tal forma insuperável, que a doutrina lança mão do desenvolvimento de novas construções teóricas aptas à explicação dos fenômenos. É o caso da relativamente recente construção teórica dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que operou uma adequação da relação entre o direito e o seu sujeito, esclarecendo situações não passíveis de explicação no marco da teoria tradicional do direito subjetivo individual.

Talvez por isso exista quem defenda a inadequação de se inserir, no corpo legal, uma Parte Geral.

---

<sup>12</sup> Exemplos: (MINAS GERAIS, 2005) e (MINAS GERAIS, 2002).

### ***1.1.3 Críticas a uma Parte Geral***

O método de se estabelecer, no Código, uma Parte Geral, embora já tradicional nos códigos brasileiros, não passou sem críticas. Todavia, é preciso distinguir as críticas que possam se referir à positivação da parte geral daquelas que se oponham ao próprio método que possibilita a existência de uma Parte Geral, qual seja a abstração e sistematização dos conceitos jurídicos.

#### **1.1.3.1 Positivação da Parte geral**

As críticas à existência de uma Parte Geral positivada, via de regra, dirigem-se ao engessamento que para o Direito pode decorrer de sua existência. Em outras palavras, a positivação das categorias, pelas quais se deva entender e processar juridicamente a realidade dada, seria um elemento a impedir a adequação destas categorias gerais vigentes à realidade à qual o referido Direito deva ser aplicado.

Neste marco, a construção de uma Parte Geral não deixa de ser tida como necessária, eis que representa a coerência intelectual e metodológica que caracteriza a ordem jurídica cientificamente concebida. A Parte Geral, ainda quando não positivada, é reconhecidamente uma das “tarefas irrenunciáveis” da Ciência do Direito, desde que se entenda como sistemática (WIEACKER, 2003, p. 506).

É certo que o Direito positivado tende a dificultar a ocorrência de eventuais alterações no sistema; Contudo, não é certo que o expurgo da Parte Geral resulte em uma simplificação do trabalho de adequação do Direito vigente às condições sociais. Deixar a cargo da Ciência do Direito a elaboração e o encadeamento sistemático das noções gerais não é garantia, como haveremos de demonstrar, de flexibilização ou abertura do sistema.

Ademais, como se sabe, o legislador não se move por anseios científicos ou metodológicos, e por isso mesmo nem sempre respeita a “mundividência” transmitida pelas categorias da Parte Geral. Cada nova lei pode ou não submeter-se ao esquema pré-estabelecido, o que expõe as categorias da Parte Geral a um processo de constante

revisão e equacionamento. Positivada ou não a Parte Geral, à doutrina continua reservada a tarefa de apurar, ajustar, elaborar e re-elaborar suas categorias.

É preciso também que se reconheça à Parte Geral positivada um caráter eminentemente didático. A experiência em salas de aula mostra que a presença de um Código Civil organizado em torno das noções da Parte Geral, com seus tantos dispositivos, sedimenta na consciência do estudante um instrumental técnico e teórico através do qual possa entender os eventos jurídicos. Ainda quando insuficiente, esse instrumental é um ponto de partida, conforme nos foi legado por uma milenar tradição, e acerca do qual a crítica e a superação só são possíveis através de seu entendimento e contextualização.

### **1.1.3.2 Metodologia da Parte Geral**

Contrários a uma Parte Geral há os argumentos que se dirigem mais ao método do que à sua positivação, questionando mesmo a possibilidade do equacionamento dos problemas a partir de soluções abstratamente consideradas com base em generalizações.

A idéia de uma Parte Geral está ligada a uma atividade de elaboração e relacionamento entre os conceitos abstratos do sistema. São chamados abstratos porque formados por notas distintivas desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, em geral, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de um modo determinado (LARENZ, 1997, p. 624).

Das notas isoladas elaboram-se as categorias, que permitem a subsunção dos variados objetos que apresentam as notas recolhidas na definição do conceito. Conceitos de mais elevado grau de abstração, aos quais se subsumem os que lhe são subordinados, resultam da eliminação de notas particulares.

É o que ocorre, por exemplo, com os conceitos de capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de fato, mais específica, pressupõe tanto a qualidade de sujeito de direito quanto a possibilidade de manifestação válida de sua vontade. Todavia, se excluirmos do conceito o traço da validade da manifestação, temos a capacidade de direito, que consiste na mera aptidão para situações subjetivas.

Nesta linha, argumenta-se que o próprio método de sistematização e abstração de categorias seria insuficiente para dar cabo dos problemas decorrentes das relações sociais. Um sistema sem previsão para questões às quais devesse ser aplicado. Nas

palavras de Fachin (2003, p. 177), “*O sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas. Todavia, aquilo que está efetivamente contido não é tudo o que poderia sê-lo.*”

Se o que se pretende é um sistema pleno e dotado de unidade lógica, que possibilite a subsunção de todos os casos jurídicos possíveis, é de se reconhecer que trata-se de um ideal inatingível. Não se tem notícia de que tenha havido sistema jurídico conceitual perfeito ou encerrado em si mesmo. Como bem demonstrado por Larenz (1997, p. 624), a dificuldade de encontrar no sistema o lugar de certos fenômenos já era atestada nas denominações usuais no século XIX de “quase-contratos” e “quase-delitos”. Ou mesmo em outras denominações como a de “ato-fato”, ou nas constantes situações em que os autores, na qualificação dos fenômenos jurídicos, atribuem-lhes natureza “mista” ou *sui generis*.

Mas a crítica ao método de abstração da Parte geral não tem sido suficiente para substituir-lhe. Mesmo que nas últimas décadas se tenha iniciado o uso, ao lado ou em substituição aos conceitos abstratos, de outras formas de pensamento, (como a idéia diretiva, o princípio que precisa ser concretizado e o conceito determinado pela função), até aqui não há, senão apenas em tese, a formação de um sistema que não utilize o conceito abstrato e o procedimento lógico a ele relacionado.

Quanto a isso, pode-se dizer que a Ciência do Direito, em seu estágio atual, reconhece as insuficiências das categorias centrais de nosso direito privado em face da realidade contemporânea. Talvez não seja essa uma cogitação da generalidade dos bacharéis e curiosos, mas trata-se de algo, em geral, reconhecido. O problema não reside mais na denúncia acerca da insuficiência do método, mas na construção de alternativas viáveis voltadas à sua superação.

É de fácil demonstração a insuficiência da mera abstração conceitual para a tarefa de qualificação dos fenômenos. A título de exemplo, a compreensão de uma categoria como a capacidade de fato demanda o conhecimento de princípios como o da autonomia relacionada à vontade. A capacidade, enquanto requisito de validade do negócio jurídico (que é meio para o desenvolvimento do sujeito no plano da conformação das relações jurídicas dos indivíduos entre si), encontra fundamento na natureza da pessoa humana como pessoa em sentido ético, o que transborda o campo do sistema conceitual-abstrato.

Não é, contudo, a impossibilidade de realização de um ideal, argumento suficiente contra o objetivo de nos aproximarmos dele, tanto quanto possível.

### **1.1.3.3 Adequação das abstrações**

É comum aos homens a produção de idéias através das quais tentam apropriar-se intelectualmente dos fenômenos que os rodeiam, e dominá-los de forma a podê-los pensar. Sem a abstração, portanto, não seria possível o conhecimento organizado como o temos hoje.

Nem todas as abstrações se equiparam, contudo. Há abstrações cujo objeto consiste numa representação das coisas, e há abstrações cujo objeto consiste numa explicação. As primeiras criam uma abstração ideológica, enquanto as segundas uma abstração científica (MIAILLE, 1994, p. 49).

Sob essa perspectiva podem ser submetidos à análise crítica tanto os institutos da Parte Geral como os da parte especial. Note-se, contudo, que o problema deixa de ser o método de abstração sistemática em si, e passa a ser a sua elaboração com base em noções que não explicam, senão representam a realidade.

Esta distinção das abstrações em representativas e explicativas, entretanto, não é sustentável. Em se tratando de Ciência do Direito não é razoável supor que qualquer abstração, por mais “neutra” que possa ser, seja despida de conteúdo ideológico. A mera escolha dos traços distintivos a serem empregados na determinação de um conceito pode estar eivada de influência “ideológica”.

Em regra, os autores que fazem desta distinção o fundamento das críticas às categorias da Parte Geral, mais pretendem substituir as concepções “ideológicas” subjacentes por outras de mesmo caráter. do que efetivamente apresentar abstrações do tipo a que denominam “científicas”.

### ***1.1.4 Parte Geral e a Ciência do Direito***

As categorias e o método da Ciência do Direito, assim como os problemas que enfrenta, resultam também de seu estado de cultura e desenvolvimento. Como se sabe, o estado da Ciência Jurídica ocidental, notadamente aquela de cunho romano-germânico,

decorre de uma evolução milenar dos saberes relacionados a um conjunto de fontes que remontam desde o período romano.

O caminho para a construção de uma Ciência Jurídica com saberes e métodos organizados em torno de um sistema também não foi curto. Pelo contrário, diferiu muito no decorrer dos séculos a organização dos saberes jurídicos que resultou no que hoje é a cultura jurídica que tomamos como nossa.

O Direito Privado europeu continental, que muita influencia exerceu sobre nosso Direito Privado, resultou de três recepções sucessivas do Direito Romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tônica em França, no século XVI e a recepção pandectista, na Alemanha do século XIX (CORDEIRO apud ROCHA, 1989). Em cada uma destas recepções, os textos romanos foram submetidos a novas concepções sistemáticas e metodológicas.

A nossa codificação situa-se no contexto da última “recepção”, ou, se preferir-se, sistematização acerca dos textos do *Corpus*. É, do ponto de vista metodológico, o resultado da ciência jurídica do século XIX, e, portanto, uma obra caracterizada por ser sintética, científica e sistemática (ASCENSÃO, 1994, p. 288).

Muito se diz, assim, que o grande problema do Direito Privado estaria em sua estruturação fundada em um sistema ultrapassado, ou seja, conceitos adequados a uma sociedade diferente da nossa. Todavia, não é correto afirmar que o Código se mantém, do ponto de vista técnico, submetido às concepções metodológicas do século passado ou retrasado. Em verdade, encontra-se de acordo com a Ciência Jurídica dos dias de hoje, que ciente de seus problemas, nem sempre está apta a solucioná-los. Nosso objetivo, por sorte, é muito menos ambicioso do que o de oferecer solução para a “crise” metodológica do Direito Privado.

Em verdade, grande parte dos problemas de enquadramento da realidade às categorias jurídicas decorre da inabilidade da Ciência do Direito em aprofundar o estudo crítico das categorias e conceitos básicos do sistema. O método não é perfeito, como sabemos. Mas a falta de discussão que viabilize a atualização dos conceitos aprofunda as insuficiências naturais.

À Ciência “pós-moderna” do Direito, caracterizada pelo apontamento, mas não pela solução dos problemas dos marcos da modernidade, cabe uma constante atualização de seus conceitos. Caso contrário, as categorias gerais com as quais se tenta

explicar juridicamente a realidade serão dela tão desvinculados, que o Direito positivo já não fará nenhum sentido em uma série indeterminada de casos concretos.

A existência e a manutenção de uma Parte Geral (positivada ou não) dependem, portanto, do trabalho constante de uma Ciência do Direito que tenha consciência de suas responsabilidades, e esteja comprometida com a revisão das construções teóricas referentes aos institutos jurídicos. Afinal, não basta apontar as insuficiências do método e do sistema, e propor o seu conseqüente abandono. É preciso, antes disso, manter “algo que bem ou mal funcione” até que uma solução melhor possa ser posta em prática.

Nesse contexto, é de se esperar que em face de situações “inadequadas” às construções tradicionais, a Ciência do Direito possa elaborar as construções necessárias à adaptação do sistema à realidade que pretende reger.

## 2 O SUJEITO DE DIREITO

É sob a perspectiva de um constante questionamento quanto à adequação contemporânea das categorias jurídicas que vimos tratar de uma das mais básicas e fundamentais: a do *sujeito de direitos*.

A categoria do sujeito de direito está no centro da construção teórica do direito privado contemporâneo. Nada que tenha acontecido de um dia para o outro, pois desde a época de Teixeira de Freitas e dos primórdios da elaboração de uma Parte Geral essa relevância do sujeito já pode ser percebida.

Ocorre que a idéia de uma Parte Geral é concebida em função das categorias que compõem a relação jurídica. Ou seja, na medida em que o direito privado seria destinado à regência das relações jurídicas, nada mais razoável do que proceder ao tratamento e regramento, na Parte Geral, das categorias componentes de tal relação. Ainda que hoje se proponha a substituição da noção de relação jurídica pela idéia de situação jurídica, o sujeito de direito se insere de modo fundamental em ambas as figuras.

Ditas relações jurídicas, tal como previsto na elaboração tradicional, estabelecem-se inevitavelmente entre sujeitos de direitos. De modo que o sujeito de direito surge como uma das categorias fundamentais de todo o Direito Privado, quando não de todo o sistema jurídico.

Não se questiona com credibilidade a relevância da noção de sujeito para o sistema. Pelo contrário, e no dizer de Lorenzetti, “*No Direito Privado, os instrumentos jurídicos são concebidos como elaboração do sujeito*” (LORENZETTI, 1998, p. 83).

Justamente por isso deveria tal categoria ser objeto de especial atenção dos juristas, não apenas sob perspectivas específicas acerca desta ou daquela espécie de sujeito (pessoa humana, sociedades, etc.), mas sob o ponto de vista da elaboração e conferência constante da adequação dos conceitos pertinentes. Diversamente, contudo, o que se tem percebido, como se pretende demonstrar, é que acerca de certos temas muitos juristas têm preferido a aceitação acrítica de explicações oitocentistas a uma verdadeira comprovação dos conceitos repetidamente transmitidos a seguidas gerações de juristas e bacharéis. Não sem prejuízo ao saber jurídico.

## 2.1 O Conceito tradicional. A pessoa como único sujeito de direitos.

Consolidada no início do século XX a teoria da personalidade jurídica, assentou-se na doutrina pátria um conceito de pessoa que, apesar das perplexidades em que resultaria, foi (e vem) sendo reproduzido por nossos autores quase que, digamos assim, a partir da autoridade de juristas brasileiros e alienígenas. Referimo-nos, aqui, ao entendimento segundo o qual *pessoa* é sinônimo de *sujeito de direitos*. Ou ainda, de forma mais sutil, um entendimento que, ainda que diferencie sujeito de pessoa, atribua apenas a esta a aptidão para a subjetividade na ordem jurídica.

As origens dessa equiparação remontam, entre nós, ao período Imperial, conforme consta do texto do Esboço de Teixeira de Freitas.

*Livro Primeiro – Dos elementos dos direitos*  
*Seção I – Das Pessoas*  
*Título I – Das pessoas em Geral*  
*Art. 16 – Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas.*  
(FREITAS, 1983, 2 V)

Mas a equiparação entre sujeito e pessoa, prevista no art. 16 do Esboço, inseria-se em um sistema que não trazia regra como a que se encontra no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e que expressamente prevê que a personalidade da pessoa natural tem início do nascimento com vida. O esboço não trazia regra que determinasse o momento do surgimento da personalidade da pessoa natural.

Este entendimento de Freitas, contemplado no dispositivo do Esboço, representava o tratamento que se vinha dando ao tema na doutrina estrangeira com a qual o consolidador brasileiro teve contato. Tanto o pandectismo alemão, quanto o exegetismo, francês tratavam as pessoas como o único sujeito possível. Ainda que as legislações não trouxessem expressamente tal “máxima”, permitiam-na subentender.

Eis que os Códigos Cívicos Alemão (BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*) e Francês (*Code Civil des français*), à parte em que trataram dos sujeitos de direito, deram o título de Pessoas. Esse é o nome da Seção I da Parte Geral do Código Alemão, que se divide em dois títulos: pessoas naturais e jurídicas (DINIZ, 1960). E é também o nome do Livro Primeiro do Código Francês (FRANÇA, 1804). O fato de um código, ao tratar dos sujeitos, apresentar referência exclusiva às pessoas, é um demonstrativo do pensamento subjacente, de acordo com o qual pessoa e sujeito seriam uma mesma categoria.

Todavia, dizer-se que a equiparação tem raízes na doutrina jurídica do período das codificações não significa afirmar que tal entendimento esteja fundado no direito pátrio. Como se vê, a equiparação gozava de razoável aceitação, ao ponto de Teixeira de Freitas propor a sua transformação em texto normativo. Isto, todavia, não se deu, senão no direito argentino<sup>13</sup>.

Mais tarde, o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Lei nº 3701/16) não positivou o referido entendimento. Pelo contrário, como se espera demonstrar, o Código de 1916 apontou em outro sentido. Ao abandonar o texto de Freitas, o Código Civil possibilitou entendimento diverso do contido naquele preceito, ainda que a doutrina não o tivesse percebido.

E ainda não percebeu, pois é o entendimento presente no dispositivo do Esboço que se repete em porção preponderante das obras didáticas destinadas aos cursos de graduação em direito e aos profissionais da área, considerados não apenas autores tradicionais nos bancos universitários (como Sílvio Rodrigues, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz), mas também aqueles que, nos dias que correm, têm estabelecido seu espaço no mercado editorial (Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, etc.).

Todos ensinam que apenas as pessoas são ou podem ser sujeitos de direitos. Maria Helena Diniz, por exemplo, em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* (livro com o qual se costuma ter contato no primeiro ano da graduação em direito) informa que “*para a doutrina tradicional pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito*” (DINIZ, 1993, p. 461).

Em Orlando Gomes, “*sujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres*” (GOMES, 1998, p. 142). É um conceito que, além do perigo em que incorre ao tratar a titularidade dos direitos como legitimação para agir, claramente restringe a noção de sujeito à de pessoa. O que, aliás, deixa muito mais claro o autor quando enfrenta, na mesma obra, páginas adiante, o problema da condição jurídica do nascituro.

---

<sup>13</sup> O Código Civil argentino, que foi amplamente influenciado pela obra de Freitas, ao contrário do Direito codificado brasileiro, manteve regra expressa análoga à do Esboço. Em seu art. 30 assinala que “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”.

Para Washington de Barros, “*pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é o sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica*” (MONTEIRO, 2003, p. 62). E, para não deixar dúvida quanto à equiparação entre as noções de pessoa e de sujeito de direito, o autor ainda afirma que “*direito é relação que se estabelece exclusivamente de pessoa para pessoa. (...) O direito rege relações de pessoas entre si*”. (MONTEIRO, 2003, p. 62).

Venosa, apesar da obra mais recente, vai pelo mesmo caminho. Ao expor em seu curso de Direito Civil a disciplina dos sujeitos de direito, apresenta-nos dois deles, a pessoa natural e a pessoa jurídica. E afirma entender por pessoa “*o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações. (...) A personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica, a possibilidade de figurar nos pólos da relação jurídica*”. (VENOSA, 2003, p. 147).

No mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho <sup>14</sup>, Marco Aurélio Viana <sup>15</sup>, e Carlos Roberto Gonçalves. Este último, partindo da concepção segundo a qual as relações jurídicas só se constituem entre pessoas, enuncia, valendo-se de Washington de Barros, que “no direito moderno, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”. (GONÇALVES, 2003, p. 74). Ao que aduzimos: se é que esta opinião possa ser mesmo acertada em relação ao Direito *moderno*, não nos parece servir em relação ao *hodierno*.

Repete-se, de modo universal, o entendimento de que só as pessoas sejam ou possam ser sujeitos dotados de capacidade de direito. Inclusive em trabalhos específicos relacionados ao tema, como é o caso de Simone Eberle, em obra decorrente de sua dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da UFMG

*Vê-se, portanto, que seja para os que reputam idênticas capacidade de direito e personalidade – ponto de vista refutado por este trabalho -, seja para aqueles que as consideram como conceitos autônomos, mas conexos, revela-se inadmissível a tese de que possa existir capacidade de direito a que não esteja associada a personalidade.* (EBERLE, 2006, p. 65).

---

<sup>14</sup> “(...) a 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” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2002, p. 88)

<sup>15</sup> “(...) personalidade é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, que a ordem jurídica reconhece ao ser humano considerado individualmente (pessoa natural) ou em grupo (sociedade, associação, fundação).” (VIANA, 1993, p. 66.)

Ou ainda, a dissertação de Mestrado, também na FDUFG, de Renato Amaral Braga da Rocha:

*Personificação se pode conceituar como o reconhecimento ou a atribuição, pela ordem jurídica, da condição de sujeito de direito — vale dizer, da subjetividade — a um determinado ente ou categoria de entes. (ROCHA, 2001, p. 39).*

A doutrina costuma reconhecer mesmo capacidade de direito apenas aos entes personalizados. É o que ensinam os autores utilizados nos cursos de graduação em direito (utilização que tende a perpetuar o entendimento), e é o que repetem aqueles que têm estudado o tema.

Por isso é que qualquer entendimento que atribua a qualidade de sujeito de direito a quem não seja dotado de personalidade se oporá à generalidade esmagadora da doutrina. Doutrina esta que, de certa forma, é a de Teixeira de Freitas e seu Esboço. E que por mais inadequada que se tenha demonstrado ser, conta com a concordância de juristas de ontem e de hoje, alguns dotados de autoridade considerável, como Pontes de Miranda, para quem, por fim e por todos, “*a personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito*” (MIRANDA, 1954, v. I, p. 154)

### **2.1.1 “Teoria da Equiparação”**

Este arrolamento de autores poderia ir ainda muito além<sup>16</sup>, mas, ao que nos parece, a autoridade, quando não a tradição dos já apontados, é suficiente para demonstrar a ampla aceitação e reprodução da doutrina segundo a qual pessoa e sujeito de direito são uma única e mesma coisa, ou, ainda, segundo a qual só possa ser sujeito de direitos quem seja pessoa.

Trata-se do entendimento ao qual denominaremos *teoria da equiparação*, e que, por si só, de duas uma: ou impossibilita a elaboração de uma *teoria dos entes despersonalizados* ou autoriza-a, desde que, em tal teoria, os entes despersonalizados não sejam alçados à qualidade de sujeitos de direito.

---

<sup>16</sup> O próprio Braga da Rocha, ao tratar da noção de “capacidade de direito”, enumera e expõe uma série de outros autores altamente recomendados que incorrem na equiparação. Clóvis Beviláqua, Vicente Rao, Mota Pinto e Planiol são alguns exemplos. (ROCHA, 2001, p. 49 a 51).

O problema está em que a aceitação de uma teoria que não reconheça a aptidão que certos entes não dotados de personalidade têm para a titularidade de direitos, não teria nenhuma função senão a de reproduzir a noção, tão equivocada quanto preponderante, que é a da “equiparação”. Não teria, portanto, a qualidade de superar alguns entendimentos contraproducentes já incrustados na doutrina, nem a de dar resposta a certas perplexidades já quase “seculares”.

*Por equiparação, portanto, entende-se a compreensão segundo a qual só as pessoas possam ser sujeitos de direito ou ter capacidade de direito.* Assim é que também visualizamos a equiparação em autores que “diferenciam” a noção de pessoa da de sujeito de direitos, mas reafirmam que só aquela detém capacidade jurídica.

É o que pensa, por exemplo, Pontes de Miranda (1954, v. I, p. 153), para quem sujeito é quem está na posição de titular de direitos, isto é, quem se encontra inserido em uma dada relação de direito. A personalidade, por sua vez, seria a aptidão abstrata para figurar nessas mesmas relações. Pessoa, assim, seria referente à aptidão abstrata (capacidade de direito), enquanto o sujeito se referiria à titularidade concreta.

É uma distinção lógica, mas não muito útil, tendo em vista a recorrência dos direitos inatos à personalidade. Na medida em que certos direitos decorrem da existência da personalidade, a idéia de pessoa como uma aptidão meramente abstrata fica relegada ao plano teórico. Nos sistemas contemporâneos não se costuma encontrar pessoa a que não sejam atribuídas titularidades jurídicas.

Na linha de Ponte de Miranda vem Simone Eberle, para quem os conceitos de pessoa e sujeito de direitos seriam *coincidentes* sem serem sinônimos:

*Não há, pois, que confundir os termos: sujeito é a noção que compõe a estrutura da relação jurídica, enquanto pessoa é o ser a que o legislador concede a possibilidade de estar, no plano concreto, na posição de sujeitos de direitos.* (EBERLE, 2006, p. 90)

Essa distinção, contudo, não afasta o que é essencial da equiparação, e que consiste na impossibilidade de a posição de sujeito ser ocupada por alguém (ou algo) que não seja pessoa. A mera diferenciação entre sujeito e pessoa não é o suficiente para que não se trate de uma “teoria da equiparação”. Equiparação não é apenas entender que

sejam a mesma coisa sujeito e pessoa, mas também pensar que apenas esta possa ser aquele.

O “não equiparar” pressupõe o reconhecimento da existência de sujeitos de direito, entes com capacidade jurídica, sem que a eles se atribua personalidade alguma. De outra forma, tal “distinção” não ofereceria utilidade prática nem teórica, como se espera demonstrar.

## **2.2 As perplexidades da Doutrina**

A equiparação dos conceitos de pessoa e sujeito de direitos tem gerado, em doutrina, algumas perplexidades, que, ainda que possam não resultar em imbróglio ou insegurança na solução de casos concretos, têm colaborado para eternizar questões e debates que já deveriam estar totalmente superados. Desta espécie são, a título de exemplo, certas discussões acerca da personalidade dos nascituros, da legitimidade processual de alguns entes despersonalizados, da “natureza” da sociedade de fato, ou mesmo o debate sobre os “direitos dos animais”. Vejamos:

### ***2.2.1 A questão do nascituro***

É verdadeiramente impressionante a discussão em que se perdem os autores sobre a existência ou não da personalidade no nascituro. O “nó górdio” desta questão, que parte sempre da premissa de que só as pessoas sejam sujeitos de direitos (equiparação), reside na impossibilidade de aceitar o inegável fato de que o sistema atribui direitos aos nascituros (art. 2º, segunda parte, CC/2002<sup>17</sup>; e art. 4º, segunda parte, CC/1916<sup>18</sup>) em um mesmo artigo do Código Civil em que lhes nega a personalidade. Como conciliar tais dispositivos sem atribuir direitos a quem não tenha personalidade? Não sabemos.

---

<sup>17</sup> Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>18</sup> Art. 4º - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Não reconhecemos, em todo o ordenamento, dispositivo mais claro no sentido de estender a qualidade de sujeito de direitos a um ente sem personalidade. Diz, literalmente, não só que quem não nasceu não é pessoa, mas também reafirma que, ainda assim (não sendo pessoa), tem seus direitos reconhecidos.<sup>19</sup>

Mas, como o dogma da equiparação (pessoa = sujeito de direitos) já se houvesse estabelecido entre os doutrinadores desde o Império, o dispositivo instalou a confusão na doutrina. De modo simplificado, pode-se dizer que os doutrinadores dividiram-se entre os que conferiram personalidade ao nascituro (já que tinha direitos), e os que tentaram, através de categorias jurídicas gerais (a condição principalmente), explicar que o nascituro não teria direitos, mas apenas expectativas ou direitos sob condição suspensiva<sup>20</sup>.

Das diversas possíveis explicações arroladas por Pontes de Miranda (1954, p.174 e 175) para o “equacionamento” da questão é perceptível aquilo que consideramos uma “confusão” doutrinária. Para ele: a) ou se deve entender que o feto já é pessoa com a condição de nascer vivo, sem capacidade de exercício; b) ou que há indeterminação do sujeito até a saída do corpo da mãe; c) ou se exclui a personalidade jurídica até o nascimento com vida operando a eficácia retroativamente; d) ou se atribui capacidade de direito limitada ao nascituro; e) ou se consideram sem sujeito os direitos que possam vir a ser do nascituro; f) ou se trabalha com a categoria do patrimônio destinado a um fim; g) ou se transplanta para a teoria dos sujeitos a noção de expectativa; h) ou se tem os direitos como não constituídos; i) ou se atribui eficácia desde a concepção.

---

<sup>19</sup> Há quem discorde, como é o caso do Prof. Arnaldo Afonso Barbosa, para quem “*o novo Código Civil, da mesma forma que o anterior, ignorou a distinção importante e hoje de reconhecida solidez, entre personalidade jurídica e subjetividade jurídica*”. (BARBOSA, 2006, p. 348).

<sup>20</sup> Embora haja quem defenda que a condição, neste caso, fosse resolutiva, assim não nos parece. Condição resolutiva é aquela em cuja dependência fica a resolução, ou seja, a extinção de direitos e da eficácia destes. Suspensiva, por outro lado, é aquela que, uma vez verificada, resulta no surgimento do direito e de sua eficácia. Por isso, parece-nos razoável que a espécie de condição seja identificada conforme o caso e o enfoque. Primeiramente é preciso identificar qual seja a condição: se o nascimento com vida, ou se a morte.

Tratando-se de caso em que o representante do nascituro tenha sido imitado na posse dos bens ou exercício dos direitos, pode-se entender que a morte do nascituro atue como condição resolutiva. Mas se entendermos que a condição é o nascimento com vida, só faz sentido entender que se trate de condição suspensiva. Caso contrário, teríamos a situação na qual, nascido, o até então nascituro perderia os direitos cuja expectativa lhe havia sido atribuída.

A dúvida entre tantas explicações possíveis só permanece na medida em que nenhuma se apresenta como suficiente para o equacionamento das diversas questões que possam envolver o nascituro.

De forma geral, no que tange às construções doutrinárias que tentam resolver a questão dos direitos do nascituro, é cabível a seguinte classificação, já tradicional quanto ao assunto:

- a) personalidade condicional
- b) concepcionista.
- c) natalista,

### **2.2.1.1 Personalidade Condicional**

A condição é um elemento acidental do negócio jurídico. Estando presente, determina que os efeitos do negócio dependam da ocorrência de um evento futuro e incerto. E como se trata de um evento incerto, não se adquire o direito a que se refere o negócio senão após a ocorrência da condição<sup>21</sup>. Menos do que de um direito, dispõe o beneficiário do negócio, *in casu*, de uma tão só *expectativa de direito*.

A expectativa de direito é uma esperança, que se configura na probabilidade ou na possibilidade de o interessado vir a adquirir ou ter um direito subjetivo (SILVA, 1980, p. 537). Em verdade, a expectativa se dá nas hipóteses em que os direitos se configurem através de uma seqüência de elementos constitutivos.

A aquisição do direito não é gradativa, e decorre da condição (fato aquisitivo). Gradativa é a *cadeia de eventos* (atos envolvidos no negócio jurídico + condição) que resulta no momento final da aquisição e que, no intervalo temporal entre a ocorrência do negócio e a verificação (ou não) da condição (fato aquisitivo), gera uma expectativa de direito em favor do beneficiário.

A expectativa não constitui um direito<sup>22</sup>, mas refere-se a um direito em formação, do qual o beneficiário não é ainda titular. Existe enquanto não se verificam

---

<sup>21</sup> Trata-se aqui da hipótese de condição suspensiva.

<sup>22</sup> A expectativa de direito não é um direito, nem mesmo eventual. O direito eventual surge sem a previsibilidade característica da expectativa de direito, podendo ser o resultado de um caso fortuito ou do acaso. O Código Civil de 2002, contudo, pelo que dispõe o seu art. 130, usa a expressão direito eventual para se referir à expectativa de direito. “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

ou frustram os requisitos adequados ao advento do direito; enquanto se mantém a possibilidade de sua aquisição futura.

Pois bem, é através da utilização destas duas categorias referentes à produção de efeitos do negócio jurídico (condição e expectativa de direito) que se desenvolveu aquilo que se tem denominado “teoria da personalidade condicional”. Trata-se de uma explicação segundo a qual os “direitos” do nascituro estariam sob condição suspensiva, sendo, portanto, meras expectativas; e da mesma forma, condicional seria a aquisição de personalidade.

A “teoria da personalidade condicional” parte da equiparação e tenta demonstrar como o nascituro, na medida em que não é dotado de personalidade, também não é e não pode ser sujeito de direito. Pelo menos não até que se verifique a condição (nascimento com vida/aquisição de personalidade) operando com eficácia retroativa ao tempo da concepção.

Inicialmente, é de se indagar se um evento cuja ocorrência se encontra prevista em lei (nascimento) pode ser tratado como uma condição. Aparentemente não, e neste sentido é tão claro o art. 121<sup>23</sup> do Código Civil que “da simples leitura do dispositivo legal resulta incontroverso não serem condições as cláusulas impostas pela lei” (ROSENVALD; FARIAS, 2006, p. 429). Isto, por si só, é suficiente para que não se recomende a adoção da categoria da condição como instrumento apto à explicação da condição jurídica do nascituro. Tratar-se-ia de uma radical distorção de um conceito que se refere aos negócios jurídicos (e não a qualquer evento com relevância jurídica).

Fato é que a doutrina é levada a à teoria condicional em função do entendimento, inarredável sob a égide da equiparação, de que o nascituro não possa ser sujeito de direitos simplesmente pelo fato de não ser pessoa. Se é possível que a teoria condicional dos direitos seja útil para explicar certos direitos patrimoniais, não é menos certo que alguns direitos, como os direitos à vida e à saúde, por exemplo, o nascituro os tenha

---

<sup>23</sup> “Art. 121 - Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

incondicionalmente, desde que exista<sup>24</sup>. Ainda que alguns direitos do nascituro possam estar sob pendência de condição, não é correto entender que todos os direitos estejam.<sup>25</sup>

A condição oferece razoável explicação para hipóteses de direitos patrimoniais como, por exemplo, a titularidade de herança ou legado pelo nascituro<sup>26</sup>. Nestes casos, verificada a condição (nascimento) o recém-nascido adquire o domínio dos bens, mas se inviabilizada a ocorrência da condição (morte), a titularidade dos bens se resolve em outros herdeiros ou sucessores testamentários. O mesmo se pode dizer dos casos de doação feita ao nascituro.

Entretanto, a teoria condicional é inapropriada para explicar casos referentes aos direitos inatos ao ser humano ou, se preferir, os direitos da personalidade. O direito à vida do nascituro, por exemplo, não consiste em uma mera *expectativa de direito*. É um direito adquirido desde a concepção<sup>27</sup>, que o nascituro não só titulariza como o ordenamento protege, em regras de Direito Privado e Público. O nascituro, por meio de seu representante, não pratica atos destinados a preservar uma expectativa ou um direito eventual à vida. Pratica atos referentes a direitos que tenha desde já.

Em questões de família, notadamente em casos de reconhecimento de paternidade, tem-se reconhecido a legitimidade do nascituro para a propositura de ações para a defesa de seus direitos. A década de 1990 foi fecunda de decisões do tipo (ALMEIDA, 2000)<sup>28</sup>. E não faltam exemplos em Minas Gerais em que se pode encontrar afirmações do tipo: “São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigador, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante”. (MINAS GERAIS, 2005)

Os casos em torno dos quais se tem verificado o reconhecimento da legitimidade *ad causam* do nascituro demonstram um fato inegável, qual seja, o de que o nascituro

---

<sup>24</sup> Aqui, impropriamente, talvez se pudesse dizer que o direito se encontra sob condição resolutiva. Morto o nascituro, ou não tendo nascido com vida, resolver-se-iam os seus direitos. No caso, porém, melhor explicação é aquela segundo a qual os direitos cessam na medida em que não há mais o sujeito, e não por implemento de condição.

<sup>25</sup> Os direitos que o próprio Caio Mário chama de inatos, como o direito à vida, à integridade física e moral, pressupõem apenas a existência do homem, ser humano vivo, ainda que não nascido.

<sup>26</sup> Não é o que pensa Pontes de Miranda, para quem a hipótese deveria ser explicada sem a utilização da condição, mas com referência a uma indeterminação de titularidade e suspensão de eficácia, como se verá adiante.

<sup>27</sup> Esta afirmação talvez fosse correta há algum tempo atrás. Hoje em dia, em face de notáveis avanços tecnológicos e científicos, a determinação quanto ao momento exato em que o nascituro passa a ser objeto de proteção é, até certo ponto, incerta.

<sup>28</sup> Trata-se de obra que arrola decisões em que restou reconhecida a legitimidade *ad causam* do nascituro.

tem direitos que não se encontram sob condição. Pelo fato de ser humano, tem certos direitos que independem do nascimento com vida, e de cuja observância tal nascimento chega mesmo a depender. É exemplar o caso dos direitos à vida e à saúde.

E não se diga, *in casu*, que o nascituro, nos termos do vigente art. 130 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), estaria praticando atos destinados a conservar a expectativa de um direito porque, em verdade, não se trata de uma expectativa. Pelo contrário, não só o direito à vida do nascituro existe enquanto ele esteja vivo, mas é pessoalmente exercido (e titularizado) desde o ventre materno. E o mesmo quanto ao direito à saúde.

Não é, contudo, o que ainda ensinam autores como Caio Mario da Silva Pereira (1994) e Washington de Barros (2003), para quem o nascituro é “pessoa condicional”.

Ainda assim, apesar de titularizar direitos que independem de condição, o nascituro não é pessoa, já que isso o veda o texto expresso da legislação vigente, desde o primeiro Código Civil brasileiro

### **2.2.1.2 Teoria concepcionista**

Segundo a teoria concepcionista, o nascituro deve ser considerado pessoa desde a concepção. Trata-se de uma teoria que também está fundada na equiparação entre as noções de sujeito e pessoa, mas que, ao contrário da teoria condicional, que nega a titularidade de direitos ao nascituro porque este não é pessoa, opta por reconhecer a titularidade de direitos ao nascituro e, por consequência, atribuir-lhe personalidade.

Esta é a teoria contemplada pelo Direito Civil argentino, cujo Código Civil, como já dito, equipara as noções de sujeito e de pessoa, dispondo que “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”<sup>29</sup>. Por consequência, na medida em que reconhece direitos ao nascituro, reconhece-lhe também a personalidade.

Assim, o dispositivo que expressamente reconhece personalidade ao nascituro se encaixa como uma luva no esquema geral de atribuição de personalidade no sistema.

*Art.70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por*

---

<sup>29</sup> Art. 30 do Código Civil Da República Argentina. (ARGENTINA, 1869)

*instantes después de estar separados de su madre.* (ARGENTINA, 1869)

No Brasil, contudo, a teoria concepcionista se depara com um obstáculo insuperável, que é a disposição expressa de que a personalidade da pessoa natural só tenha início a partir do nascimento com vida. Qualquer interpretação que atribua personalidade ao nascituro estará em contradição direta com o disposto no art. 2º do vigente Código Civil brasileiro. E isso coloca em xeque as doutrinas que, agarradas à equiparação, optam por mantê-la, defendendo a posição de que o nascituro é dotado, enquanto tal, de personalidade.

Do ponto de vista do direito positivo, os concepcionistas costumam referir-se ao *Pacto de São José de Costa Rica* (Convenção Americana de Direito Humanos), que qualifica todo ser humano como pessoa e, em seu art. 3º, estabelece um direito de todo ser humano ao reconhecimento de sua personalidade jurídica: “*Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*”. (Brasil, 1992)

Do ponto de vista da vigência do dispositivo, se poderia dizer que o Código Civil de 2002 alterou a regra referente à personalidade do nascituro, contrariando o disposto na Convenção, que foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em *San José de Costa Rica*, em 1969, e ratificada pelo Brasil em 1992. Mas com isto remete-se à discussão da hierarquia entre norma ordinária interna e tratado internacional, e não é disso que se quer tratar aqui.

Em verdade, o que a Convenção Americana de Direito Humanos determina é que a todo ser humano se reconheça a qualidade de sujeito de direito, e não que a todo ser humano deva ser aplicada alguma nomenclatura específica (pessoa)<sup>30</sup>. E neste ponto, não há contradição entre a Convenção e o direito interno (art. 2º do Código Civil). O que há, quando muito, é uma contradição entre a Convenção e o que entendem os juristas, com base na equiparação, dos dispositivos em vigor no direito interno.

Não há mesmo muitas alternativas para os equiparadores. Para que a equiparação prevaleça, de duas uma: ou o nascituro é pessoa ou não tem direitos. Mas há, mesmo, quem tente combinar as duas teorias expostas, defendendo tanto que a

---

<sup>30</sup> Em sentido contrário: (PENTEADO, 1999).

personalidade existe antes do nascimento (concepcionista), quanto utilizando a categoria da condição, segundo a qual o nascituro não é pessoa (e não tem direitos). É o caso de Maria Helena Diniz:

*Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113 E 114)*

Digno de atenção é que Maria Helena, ao combinar as duas noções, aponte para o reconhecimento de que nenhuma delas é suficiente para explicar a condição jurídica (ou mesmo a natureza) do nascituro. Mas, como a teoria condicional não oferecesse explicação para os direitos plenos de eficácia já titularizados pelo nascituro, valeu-se a referida autora de uma distinção que, em nosso ver, não se justifica, entre *personalidade jurídica formal* e *personalidade jurídica material*, e que, em sua obra, não se aprofunda nem se explica. Apesar disso, é uma distinção que pode ser encontrada em doutrina, e que tem como critério a espécie de direito que se pode atribuir ao nascituro.

*Personalidade material*<sup>31</sup> (da qual não disporia o nascituro) seria referente à titularidade de direitos de cunho patrimonial. Já a *personalidade formal* enquadraria os direitos desde já exercitáveis pelo não nascido, como é o caso de alguns direitos da personalidade e de outros específicos, como, por exemplo, o direito a alimentos. (TARTUCE, 2005).

A distinção parte de dois pressupostos. Um é que o nascituro é titular de certos direitos, e outro é que apenas pessoas podem ser titulares de direitos (equiparação). Por consequência, e em face do texto do art. 2º do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), a distinção entre as espécies de personalidade (formal e material) se presta a atribuir personalidade ao nascituro (capacidade jurídica), e ao mesmo tempo negá-la.

Diz-se que sim, o nascituro tem direitos, e é pessoa, mas, ao mesmo tempo não, ele não é pessoa em sentido pleno. A distinção entre *personalidade material* e *personalidade formal* só se justifica como instrumento conceitual que tenta ultrapassar os limites da equiparação sem, contudo, negá-la. Neste trabalho, que propõe o

---

<sup>31</sup> A doutrina processualista atribui significado diverso aos termos desta distinção. É comum a referência à capacidade formal como sendo a capacidade processual e à capacidade material como sendo a capacidade jurídica.

rompimento com a idéia de equiparação, tem-se a distinção como um aparato desnecessário, de cujos fundamentos de legitimação discordamos.

Apesar das contradições da teoria, se contam entre os concepcionistas juristas dotados de autoridade como Teixeira de Freitas (em face de outro direito positivo), Rubens Limongi França, Francisco Amaral e André Franco Montoro (SINISCALCHI, 2005).

### **2.2.1.3 Teoria natalista**

Natalista é o entendimento que, nos limites da teoria da equiparação<sup>32</sup>, reconhece personalidade natural apenas ao ser humano nascido com vida. Nos limites da equiparação, contudo, o nascituro não pode ser tido como sujeito de direito. Assim, tem-se por natalista a teoria que negue direitos ao nascituro na medida em que este seja um não nascido (não pessoa).

Grande parte dos códigos civis tem feito a opção expressa pela atribuição de personalidade em decorrência do nascimento. Pode-se informar, a título de exemplo, que natalista é a opção do Código Civil Francês (arts. 725 e 906), do Espanhol (art. 29), do Alemão (art. 1º, dentre outros), do Italiano (art. 1º), do Mexicano (art. 2º), do Peruano (art. 1º) e do Venezuelano (art. 17). (LLAMBIAS, 1964, p. 253).

O problema que aflige a vertente natalista da teoria da equiparação é o da determinação da titularidade dos direitos “do nascituro”. Afinal, se o nascituro não os pode ter, quem os titulariza? A teoria da personalidade condicional, que é uma espécie de teoria natalista<sup>33</sup>, tentou responder a questão afirmando que o nascituro não teria

---

<sup>32</sup> Não se considera natalista, nos limites deste trabalho, o entendimento segundo o qual a personalidade tenha início com o nascimento com vida, mas que apesar disso reconheça direitos ao nascituro não personalizado. Natalista é, portanto, uma das teorias encerradas no paradigma da equiparação.

<sup>33</sup> A teoria condicional é natalista no sentido de que não atribui personalidade nem direitos ao não nascido. Todavia, o que caracteriza a teoria da condição é que, uma vez verificado o evento futuro e incerto, a sua eficácia opera retroativamente, o que não é a regra na teoria natalista.

Todavia há quem, como César Fiúza, classifique a teoria condicional como uma espécie de teoria concepcionista, entendendo que naquela o nascituro já seria pessoa, desde que nascesse com vida. Discordamos. A condição, na hipótese, não é dotada de efeito retroativo, pois, em verdade, o nascituro já teria exercido alguns direitos (direito à vida), e não seria o caso de mera expectativa. Consequentemente, existindo mais que expectativas de direito no período pré-natal, não se poderia fazer referência a um direito sujeito a condição suspensiva.

direitos, somente expectativas. Mas como vimos, o nascimento previsto em lei não se enquadra adequadamente na idéia de condição, e casos há que não podem ser explicados com o recurso a essa categoria. Por isso, tentou-se demonstrar que os direitos “do nascituro” não eram seus, mas de outros sujeitos.

#### **2.2.1.4 Titularidade de direitos**

Poder-se-ia argumentar que o nascituro é protegido, mas que tal proteção não consiste em um direito seu, e que existe, sim, em razão de um direito de outrem. Restaria, então, esclarecer a quem se atribui o direito a esta ou aquela conduta em relação ao nascituro?

Da mãe não é o direito, pois ela mesma não é totalmente livre no que tange a suas condutas em relação ao nascituro. Há condutas que, na medida de sua lesividade, devem ser consideradas ilícitas, configurando abuso do direito à liberdade da mãe. A existência, nos dias de hoje, de julgados que responsabilizam a mãe por atos lesivos praticados durante a gestação é um indicativo de que certas condutas (ações ou omissões) não são aceitas pelo direito.

Na mesma medida em que se admite a reparação de danos sofridos pelo nascituro, do ponto de vista lógico, deve-se reconhecer em seu favor, também, a proteção pré-natal. Afinal, o dano é indenizável porque ligado por um nexo de causalidade a uma conduta contrária ao direito. E se é conduta ilícita, incompatível com o direito, pode-se exigir que cesse, ou tomarem-se medidas para que não ocorra.<sup>34</sup>

Por tudo o que foi exposto é que não se pode dizer que o direito à vida do nascituro seja um direito subjetivo da mãe. Nem mesmo se pretendermos tratar-se de um direito indisponível dela. Afinal, a quem caberia a responsabilidade civil por dano ao feto em decorrência de condutas da mãe? Indenizaria a mãe a si mesma? E por outro lado, poderia o nascituro, após o nascimento, responsabilizar a mãe e ser indenizado por um ilícito cometido por ela contra um direito dela mesma? Questões como estas só

---

Poder-se-ia, isto sim, argumentar que o direito já existe, e que se perde com o advento da morte do nascituro (ou o seu não nascimento com vida). Mas isto equivale a dizer que o nascituro é um sujeito e que sua capacidade de direito se extingue com o mesmo evento apto a extinguir a personalidade jurídica da pessoa natural.

<sup>34</sup> Para quem entende, como nós, que o nascituro é titular de alguns direitos da personalidade (mais uma vez como exemplo o direito à vida), o fundamento da proteção pré-natal estaria no próprio Código, em seu art. 12: “Art. 12 - Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

podem receber respostas através de um esforço de adaptação (distorção) de outros institutos para “forçar a explicação” do fenômeno em tela. E isso é o suficiente para demonstrar que o direito à vida do nascituro não pode ser explicado como um direito da mãe, senão em sistema jurídico diverso do nosso.

Por outro lado, ainda que exista um direito subjetivo do nascituro à vida e à saúde, não se deve olvidar que o desenvolvimento do ser humano no ventre materno está diretamente relacionado ao direito à saúde e à liberdade da mãe. Conseqüentemente, há condutas devidas em respeito a mais do que apenas um direito, deste ou daquele titular. O que não significa a inexistência de direitos diversos, com titularidades diferentes.

Tanto melhor a explicação quanto mais aproximada da compreensão social acerca do fenômeno envolvido. E mais justa aparentará ser a aplicação da lei se representar percepções já estabelecidas. Por isso não é recomendável, nem do ponto de vista técnico nem sob a perspectiva da concreção de valores, a atribuição do direito à vida do nascituro a outro sujeito de direito que não o próprio.

Ainda assim, há construções que estabelecem a coletividade como titular dos direitos do nascituro. É o caso de César Fiuza, para quem: “*A situação jurídica do nascituro será, assim, integrada por todos e por cada um de nós que temos interesse em proteger o nascituro, por estarmos, desse modo, protegendo a nós mesmos e a nossa descendência*”. (FIÚZA, 2006).

A idéia de direitos coletivos e difusos é razoavelmente recente, e decorreu da necessidade de se explicar situações que as categorias tradicionais referentes ao direito subjetivo não eram aptas a aclarar. Situações em que determinados direitos não podiam ser atribuídos a este ou aquele sujeito. Para estes casos, em detrimento de uma “distorção” da noção tradicional de direito subjetivo, optou-se pela inserção de novas categorias de direitos (tendo em vista o critério da titularidade) no sistema.

O surgimento de novas categorias é uma necessidade em um sistema que se pretenda apto (adequado) à explicação dos fenômenos juridicizáveis. E pode trazer-lhe sensíveis alterações. Tanto assim que há quem entenda ter representado, o surgimento dos direitos coletivos, uma verdadeira “revolução copernicana” em relação aos direitos individuais. (ZANETI JUNIOR, 2005) Hoje são categorias objeto, inclusive, de previsão constitucional (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 129, III)

Direitos coletivos são: a) os difusos (transindividuais indivisíveis), cujos sujeitos, apesar de existirem, são indeterminados. A vinculação entre os sujeitos, no caso, decorreria de circunstâncias de fato, e não de um vínculo comum de natureza jurídica. b) os coletivos *stricto sensu* (transindividuais indivisíveis) cuja titularidade pertença a um grupo, categoria ou classe ligada à parte contrária por uma relação jurídica base. Os sujeitos podem ser indeterminados, mas são determináveis<sup>35</sup>.

São direitos cuja defesa costuma dar-se de modo coletivo, por meio de ação que pode não estar disponível aos indivíduos beneficiados. E nisto a situação do nascituro parece, em muito, divergir da hipótese dos direitos coletivos.

Ao nascituro atribui-se a representação dos pais ou, eventualmente do curador. E pela própria natureza da curadoria ou do poder familiar, percebe-se a incongruência entre as atribuições dos pais e dos curadores em relação à defesa de interesse ou direitos coletivos.

Os juristas costumam classificar a curatela de diversas formas. A título de exemplo, há quem entenda que a curatela do nascituro seja uma espécie de curatela de bens<sup>36</sup>, assim como há quem a classifique como uma curatela extraordinária<sup>37</sup>. Mas independentemente das divergências quanto aos melhores critérios classificatórios e sua aplicação, o certo é que os doutrinadores concordam quanto ao fato de que o curador do nascituro ali está para a defesa dos interesses<sup>38</sup> deste.

O curador, portanto, não exerce posição de zelar por direitos coletivos. Exerce, isso sim, atribuição voltada para a proteção dos direitos do nascituro, e de modo limitado, já que de acordo com o entendimento dominante, “*só há interesse na nomeação de curador ao nascituro se tiver de receber herança, legado ou doação*” (GONÇALVES, 2006, p. 622). Assim sendo, não estaria apto o curador apto à defesa de outros direitos.

---

<sup>35</sup> Os critérios de diferenciação entre as espécies estão relacionados à determinabilidade dos sujeitos e ao critério de coesão dos mesmos enquanto grupo.

<sup>36</sup> Tal é o caso de Eduardo Espínola, que ao classificar as curatelas em três tipos (de pessoas, de bens e especiais), designa a curatela do nascituro como uma espécie de curatela de bens. (ESPÍNOLA, 2001).

<sup>37</sup> Limongi França, classifica as espécies de curatela de acordo com dois critérios: a “natureza” (legal, judicial ou voluntária) e o objeto (ordinária e extraordinária. (LIMONGI FRANÇA, 1972).

<sup>38</sup> É recorrente na bibliografia a utilização da expressão interesse, em detrimento de direito, quando o titular possa ser o nascituro. E isto não é por acaso. As palavras de que se valem os juristas para a explicação do fenômeno indicam a compreensão teórica subjacente.

Em nosso ver o curador é uma figura voltada à defesa não apenas de direitos de cunho patrimonial, mas também de direitos relacionados à condição de ser humano do nascituro. Todavia, são os direitos do nascituro que lhe interessam, e não os de outrem.

O Ministério Público, por expressa previsão constitucional<sup>39</sup>, tem a atribuição de zelar por direitos individuais indisponíveis. E há julgados<sup>40</sup> em que se lhe reconhece a legitimidade para, através de ação civil pública, pleitear exames e acompanhamento médico para a mãe em atenção ao nascituro. Tudo com fundamento no Estatuto da Criança e do adolescente, segundo o qual pode o Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência.

O que ocorre é que o Ministério Público, ao peticionar por meio de ação civil pública, em favor especificamente deste ou daquele nascituro e de sua genitora, trata de direitos individuais indisponíveis, e não de direitos coletivos. É o que ocorre, por exemplo, na legitimação do MP para a propositura de ações que objetivem o reconhecimento de paternidade. Não se trata de um direito (ao pai) que possa ser entendido como coletivo (MINAS GERAIS, 2005); assim como é incorreto atribuir a titularidade da generalidade dos direitos do nascituro a uma coletividade.

A construção dos direitos coletivos não se presta ao equacionamento da questão do nascituro. Só com muito esforço de distorção das categorias envolvidas é que se poderia chegar a esta explicação e, ainda assim, as respostas que surgissem se destinariam apenas a algumas espécies de “direitos coletivos” do nascituro. Afinal, não se espera que a idéia de direitos coletivos alcance hipóteses de direitos patrimoniais ou posse.

Há, portanto, regras de conduta que se referem ao nascituro, e que não correspondem nem a um direito da mãe, nem do pai, nem de terceiros e também não da coletividade. Não é possível, nem razoável, explicar tais situações através da atribuição de direitos a sujeitos diversos do próprio nascituro. A idéia de “direitos coletivos do nascituro” deve ser abandonada em favor de um enfoque mais simples, e portador de

---

<sup>39</sup> (BRASIL, 1988). “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>40</sup> (RIO GRANDE DO SUL, 2004) “A atuação do Ministério Público é assegurada constitucional e infraconstitucionalmente, mostrando-se a via eleita adequada, diante da comprovada necessidade e urgência de tutela em favor do nascituro.”

uma solução apta a resolver o problema relativo a outras figuras além do próprio nascituro.

### **2.2.1.5 Direitos sem sujeito**

A idéia de direitos sem sujeito não é de fácil aceitação, afinal, a própria noção de direito subjetivo está ligada à existência de um (ou mais) sujeito(s) que o titularize(m). Isso porque, tradicionalmente, o direito subjetivo vem sendo entendido como um poder concedido pelo ordenamento ao sujeito, cuja função é a de meio para a satisfação de interesses e necessidades deste e também da sociedade <sup>41</sup>. O poder é o conteúdo do direito, mas não o seu fim.

Contra a concepção do direito subjetivo como um poder atribuído à vontade pelo ordenamento, há a objeção conhecida, mas nem por isso decisiva, de que a certos direitos não corresponde uma vontade, tal como no caso dos incapazes. Mas esta é uma falsa questão, que a técnica jurídica resolve através da atribuição do poder (manifestação) da vontade a outro centro de imputação jurídica (sujeito de direitos). Em nosso sistema, a solução utilizada para a hipótese vem sendo a representação.

A ligação conceitual entre o direito e o poder atribuído à vontade não exclui que o seu exercício esteja submetido aos ditames da justiça e da moral, mas reforça o aspecto da necessidade do titular para a existência do direito. Nessa medida, não é razoável que algo que se tenha como um poder atribuído a um ente possa existir sem ele. Pelo contrário, só se poder cogitar da existência de um direito (em sentido técnico-jurídico) enquanto relação de poder própria de um sujeito (ENNECCERUS; NIPPERDEY, 1953, p. 282). Assim é que, de acordo com a doutrina majoritária acerca do tema, todo direito pertence a um sujeito (RUGGIERO, 1999, p. 271).

Por mais “estranha” que possa parecer, contudo, a idéia de direitos sem sujeito, há quem a adote para a explicação de certos casos. Perlingieri (2002, P. 111) faz referência à indeterminação ou inexistência do sujeito titular em determinadas situações jurídicas, e usa desta construção (direitos sem sujeito) para tentar explicar casos como o

---

<sup>41</sup> No atual estágio evolutivo da Ciência do Direito, e em decorrência do fenômeno de funcionalização de institutos de Direito Privado, deve-se ter em conta que o exercício dos direitos subjetivos sofre limitações e adequações que visam coibir abusos ou a utilização do instituto de maneira contrária aos princípios que regem o sistema.

do morto, da promessa de recompensa, e do nascituro. Para ele, seriam todos casos de direitos sem sujeito.

Ruggiero (1999, p. 271), por sua vez, se refere à existência de direitos aos quais falta, momentaneamente, o sujeito, ou porque este deixou de existir, ou por nunca ter chegado a tanto. E exemplifica com o Direito antigo, citando, do Direito Romano, o caso dos cidadãos tornados prisioneiros em campanha, que perdiam a capacidade e os direitos que possuíam, mas estes continuavam reservados para a hipótese de retorno. E faz referência ao direito moderno, referendo-se à hipótese de disposição testamentária em favor de filhos não nascidos.

Não concordamos. Não é de se aceitar a idéia de direitos sem sujeitos, a começar pela inutilidade da noção no sistema. Na medida em que se rompe com a idéia de equiparação, a noção de direitos sem sujeitos se torna desnecessária.

Partindo disso, estamos com Domingues de Andrade (2003, p. 35), para quem, ao se conceber situações em que exista qualquer aparência de direito sem sujeito, deve-se antes, através da análise detida, encontrar um sujeito para o direito. Não sendo possível, só se pode concluir que não se trata de um direito propriamente dito..

O aspecto referente aos mortos, e que integra a discussão, é o da honra e da dignidade póstuma do homem, ou do direito à honra do morto. Trata-se de hipótese em que certa doutrina pensa não existir um sujeito para o direito. Entendimento este que, com todas as insuficiências, é muitas vezes preferível ao de que o morto seja o titular do direito. A atribuição de direitos ao morto, contudo, transformaria a regra que determina a extinção da personalidade civil com a morte da pessoa natural em um preceito tão “complexo” quanto o que estabelece o início da personalidade. Poder-se-ia iniciar a discussão quanto à personalidade do morto, assim como se discute a do nascituro. A questão do morto, por sorte, não é a do nascituro.

No caso do morto a solução é mais simples; quem já não tem vida também não tem direitos. E não é sempre que a existência de regras de conduta corresponde a direitos de outrem, tal como bem explicado por Maria de Fátima e Bruno Torquato:

Não se precisa reconhecer ao morto, ou à sua família, direitos da personalidade, para reconhecermos uma esfera de não-liberdade infringida por alguém. O morto não é titular de um direito, mas sobre ele consubstancia-se a situação de dever jurídico. Este dever tem-no como objeto de proteção. (SÁ, NAVES, 2011, p.80)

A explicação segundo a qual a situação do morto não envolve direitos está mais de acordo com nossa percepção das relações ou situações jurídicas. Em todo caso, para quem defenda se tratarem de direitos, melhor seria entendê-los como sendo de seus sucessores e descendentes, e não do próprio morto.

Por outro lado, em se tratando de promessa de recompensa, nada mais incorreto do que a referência à inexistência de sujeito para o direito ou a sujeitos indeterminados. O que há, *in casu*, é a mera expectativa de direito. Só após o cumprimento da condição ou desempenho de certo serviço que o direito passará a existir, já com o sujeito muitíssimo bem determinado. Direito e titular aparecem simultaneamente. Antes que se possa estabelecer o sujeito, ainda não haverá direito.

Quanto ao nascituro, já dissemos que é dotado de capacidade de direito e que, portanto, não nos parece adequada a idéia de direitos sem sujeito para a compreensão de sua situação jurídica. O que se impõe é a necessidade de romper com a equiparação, para que não se tenha que recorrer a direitos sem sujeito, ou a direitos coletivos, ou a direitos de terceiros, ou a outras tantas categorias não aplicáveis.

Mas vale ressaltar que mesmo entre os defensores da equiparação, e consideradas todas as dificuldades com que se deparam, a construção dos direitos sem sujeito é rechaçada. Valem-se de diversas explicações, mas evitam esta. O custo de um direito sem sujeito seria a mais completa distorção do próprio significado técnico de direito (subjeto)<sup>42</sup>, e isto a doutrina tem tentado evitar.

### **2.2.1.6 Indeterminação do sujeito e plano da eficácia**

Para Pontes de Miranda, nas situações em que o nascituro esteja envolvido existe sujeito. Todavia, sujeito que não se sabe ainda qual seja, e que até que se identifique, não sofrerá a eficácia da situação jurídica. Na hipótese de a criança não alcançar o nascimento com vida o efeito seria a ineficácia, por exemplo, da disposição do testador em favor do “*conceptus sed nondum natus*”. “*Ao nascituro que nasce sem*

---

<sup>42</sup> Por todos: “*El concepto del derecho subjetivo, como un poder investido por el ordenamiento jurídico que sirve a la satisfacción de intereses humanos, presupone un sujeto a quien se atribuye este poder, um sujeto de derecho(...)*”. (ENNECCERUS, NIPPERDEY, 1953, p. 318).

*vida corresponde a eficácia quanto ao herdeiro legítimo e vice-versa” (MIRANDA, 1954, v. I, p. 179).*

Apesar da engenhosidade, a explicação da eficácia suspensa até a identificação do sujeito não é suficiente para todos os direitos de que o nascituro possa ser titular, mas tão somente se refere aos casos em que o Direito, com a morte do nascituro, venha a ser adquirido por outrem. Em se tratando de direitos que, na hipótese do não nascimento com vida, não sejam atribuídos a outro sujeito além do nascituro, não há que se falar em indeterminação do sujeito.

O direito à vida “do nascituro”, na hipótese de sua morte no ventre materno, não é adquirido por outrem, e nem se pode falar de ineficácia temporal de alguma disposição de vontade.

É razoável que alguns direitos fiquem com sua eficácia suspensa até o nascimento com vida, e que as categorias de eficácia e ineficácia ajudam na compreensão de fenômenos que possam envolver o nascituro. Todavia, a idéia de indeterminação, tomada no sentido de que outro sujeito que não o nascituro possa vir a ser o titular do direito, é de um âmbito de aplicação muito limitado e, portanto, inadequado à solução sistemática da questão dos direitos do nascituro.

### **2.2.1.7 Nascituro: as teorias e a equiparação**

A grande diversidade de teorias e a “distorção” de categorias jurídicas com o objetivo de explicar a situação do nascituro, são indicativos de uma crise doutrinária quanto ao tema. Dita crise, contudo, está mesmo na doutrina, no sistema externo, e não no direito positivado. Pelo contrário, o Código Civil é claro e expresso na atribuição de direitos ao nascituro, tanto quanto é claro e expresso na negação de sua personalidade.

Não concordamos com o Prof. Arnaldo, para quem a “tensão hermenêutica” em que se encontra o problema da personalidade jurídica do nascituro resultaria de uma pretensa “redação titubeante” do art. 2º do Código Civil de 2002 (BARBOSA, 2006, p. 277) (e, em sua época, do art. 4º do Código Civil de 1916). Pelo contrário, entendemos que titubeante tem sido a doutrina, que continua presa a uma mesma noção que existiu em Teixeira de Freitas, quando nem havia um Código, dois Códigos Civis depois.

Não existe no Código (mas tão somente na doutrina), portanto, a contradição apontada por Abdalla Semião, em sua análise do art. 4º do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 2º do Código Civil de 2002)

*À primeira vista, tudo faz crer que na primeira parte do artigo o Código adere à escola natalista, para logo a seguir, na segunda parte, aderir à escola concepcionista. Considerando-se que, juridicamente, são pessoas apenas aqueles que são sujeitos de direitos e que a personalidade é um atributo das pessoas, o artigo estabelece normas contraditórias entre si<sup>43</sup> (nota nossa). Uma ao reverso da outra. Esta repele aquela, anulando-se mutuamente. (SIMEÃO, 1998, p. 65)*

Todas essas teorias e cogitações (direitos sem sujeito, direitos coletivos, direitos condicionais, direitos de terceiros) são aplicadas ao nascituro em função de uma única e mesma razão. A manutenção de um entendimento segundo o qual apenas as pessoas possam ser titulares de direitos. Não fosse por isso, porque atribuir os direitos do nascituro à coletividade quando claramente não estão revestidos do caráter coletivo? Para que afirmar que os direitos do nascituro não têm sujeito? Qual o sentido de se afirmar que o direito à vida do nascituro é condicional, ou, ainda, que sua personalidade o seja?

A equiparação, no que tange ao nascituro, levou à elaboração de teorias tidas como distintas, e por vezes consideradas até mesmo antagônicas, mas que em verdade, comungam do fundamento que se destinam a defender. Teorias natalista, condicional e concepcionista têm o mesmo fundamento e objetivo, que é o de explicar o fenômeno “nascituro” nos limites da equiparação. Não são teorias distintas; mas a mesma teoria, aplicada com a utilização de categorias diversas.

Tudo isto, portanto, em função da falta de uma teoria dos entes não personalizados que assentasse o princípio de que *sujeito de direitos é gênero, cujas espécies são a pessoa e o ente sem personalidade*.

---

<sup>43</sup> A contradição apontada entre os enunciados contidos no art. 4º do CC/1916 (art. 2º CC/2002) só existe se o pressuposto for o de que todo sujeito de direito é pessoa. Neste sentido, ou o nascituro é pessoa e tem direitos, ou não é pessoa e não tem direitos. Nisto reside a referida contradição, pois o dispositivo diz tanto que o nascituro não tem personalidade, quanto diz que tem direitos. Estabelecido, contudo, que há sujeitos de direito que não são pessoas, basta inserir o nascituro em tal categoria, para que desapareça qualquer contradição que de outra forma certamente haveria.

O nascituro, portanto, tem direitos não condicionais? Tem. E é, por acaso, dotado de personalidade? Não, e nem é como se fosse, ainda que, como ser humano, seja tratado de acordo com tal especificidade.

Mas não é só em relação ao nascituro que a equiparação oferece problemas. Continuemos.

### **2.2.2 Sociedade em comum (de fato)**

Entre os comercialistas/empresarialistas, aqueles que mais detidamente se dedicaram às questões do direito societário, é comum perceber inquietações acerca da natureza da chamada *sociedade de fato*. Isto porque trata-se de uma hipótese em que surge um sujeito de direito que, pela falta de registro, não pode ser tido como pessoa.

#### **2.2.2.1 Primórdios da sociedade em comum (de fato)**

Desde o sistema do Código Comercial Brasileiro (Lei nº 556 de 25 junho de 1850) (BRASIL, 1850) a *publicidade* vem sendo um elemento de segurança da atividade empresarial. A exigência de registro muitas vezes corresponde à publicidade de informações tidas como relevantes para os terceiros com quem o comerciante (coletivo ou individual) pudesse contratar.

No que tange ao direito societário, o princípio da publicidade em favor de terceiros tem sido contemplado desde o Código Comercial. A obrigatoriedade da presença de cláusulas contratuais com informações relevantes (capital, responsabilidade dos sócios, poderes da gerência, etc.), somada à exigência do registro do contrato, impôs a publicidade de certas informações.

Estas informações não foram arroladas pelo legislador ao acaso, mas por corresponderem a dados úteis para a atividade, como por exemplo: informar de quem seria o patrimônio sobre o qual eventualmente pudesse recair execução em caso de insuficiência dos bens sociais; ou quais os poderes da gerência e quem seriam os administradores. Trata-se até mesmo de saber se quem faz uso do nome da sociedade tem poderes para tanto.

Em 1850 ainda não estava bem desenvolvida a teoria da personalidade jurídica com os contornos que hoje a conhecemos. Ainda era estranha a idéia de um *ente* que assumisse a qualidade de sujeito de direitos e que não correspondesse à figura de uma pessoa humana. Tanto assim que no primeiro sistema de sociedades do código comercial, antes mesmo do surgimento da sociedade por quotas, as sociedades contratuais contavam, todas, com sócios de responsabilidade ilimitada. Para as sensibilidades da época, não era razoável a diminuição dos riscos da atividade através da limitação de responsabilidade dos sócios, senão na sociedade por ações. A idéia de *autonomia patrimonial* dos sócios, tão cara ao dogma da pessoa jurídica, ainda estava em assimilação.

Até mesmo a qualidade “comercial” de uma sociedade dependia da qualidade dos sócios. Hoje em dia a sociedade é empresaria, em regra, tendo em vista a atividade e o modo como a desenvolve<sup>44</sup>. Não importa, para determinar se a sociedade é empresarial ou simples (civil), a qualidade do sócio, que nem mesmo precisa administrar coisa alguma. No período imperial, contudo, não era assim. Pelo contrário, havia a exigência de que ao menos um dos sócios fosse comerciante<sup>45</sup> para que pudesse haver a sociedade mercantil.

Neste contexto a relevância da publicidade das informações não podia ser desconsiderada. E por isso, o próprio Código Comercial, que determinou a obrigatoriedade do registro dos contratos sociais<sup>46</sup>, e apresentou solução para a eventualidade de os sócios não tornarem público, por meio das formalidades do registro, o contrato social.

A regra era que a existência da sociedade só se provasse por meio de escritura. Assim era para todas as ações “entre sócios ou destes contra terceiros”<sup>47</sup>. Não existindo dito instrumento, ou não sendo público, admitiu-se regra que não prejudicasse terceiros:

*Art. 304 - São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade (sem grifo no original) em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em*

---

<sup>44</sup> (BRASIL, 2002) Art. 982. Sem prejuízo das hipóteses de empresarialidade em decorrência da forma.

<sup>45</sup> (BRASIL, 1850) Arts. 311 (sociedade em comandita simples), 315 (sociedade em nome coletivo), 325 (sociedade em conta de participação).

<sup>46</sup> Sem prejuízo da sociedade em conta de participação.

<sup>47</sup> (BRASIL, 1850) Art. 301 – *Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente*”

*comércio (art. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu a sociedade. (BRASIL, 1850)*

Como se pode perceber, ainda que o sistema estimulasse o registro (publicidade) e estabelecesse sanções contra o empresário que não o observasse, ainda assim apresentou e regeu uma situação em que a sociedade não houvesse sido devidamente registrada. Basicamente estabeleceram-se regras quanto à prova da existência da sociedade e quanto à responsabilidade dos sócios em face de terceiros <sup>48</sup>.

E como bem notou Carvalho de Mendonça:

*O Código [Comercial brasileiro] e as Leis subseqüentes prescreveram sanção especial para as sociedades irregulares [...], a fim de lhes dificultar a organização e a vida; porém as reconheceram, conferindo-lhes capacidade patrimonial e representação em juízo, considerando-as comerciantes, sujeitando-as à falência, e, nesse estado, respeitando-lhes o patrimônio próprio, para evitar a confusão com os patrimônios dos sócios. (MENDONÇA, 1933, v. I, p. 88-89)*

Em outras palavras, pode-se dizer que a lei desestimulou a existência de sociedades sem contrato reduzido a termo escrito e que não providenciasse o registro do contrato. Para tanto estabeleceu extremas dificuldades (quando não a impossibilidade) de se provar a existência da sociedade contra terceiros, assim como determinou a responsabilidade ilimitada dos sócios em geral.

Todavia, para tanto, a lei manteve o reconhecimento da existência de uma sociedade objeto de contrato (forma oral ou escrita, mas não registrado). Reconheceu a existência de um fundo patrimonial na sociedade, diverso do dos sócios, e atribuiu a esta sociedade sem registro a aptidão para a qualidade de sujeito de determinadas obrigações.

Por isso, corretíssimo João Eunápio Borges quando escreve:

*A sociedade existe, não apenas de fato, mas juridicamente. (...) É a sociedade irregular, e não os sócios, que adquire a qualidade de comerciante. É ela que se liquida. É ela, e não os sócios, que incide em falência. (BORGES, 1975, p. 287-289)*

---

<sup>48</sup> (BRASIL, 1850) - Art. 350 – *Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade senão depois de executados todos os bens sociais.*”

A própria legislação, portanto, estabeleceu esta figura (da sociedade não registrada), que aqui denominamos sociedade de fato.<sup>49</sup> Uma sociedade contra a qual podiam ser intentadas ações e cujo patrimônio responderia antes que pudessem ser alcançados os bens particulares dos sócios. À época, pouco ou nada se preocuparam com isso os doutrinadores, mas os que depois vieram encontraram todas as dificuldades para explicar um ente com capacidade jurídica (sujeito passivo de demandas, de vínculos obrigacionais), porém não registrado.

### **2.2.2.2 O Código Civil de 1916**

O Código Civil de 1916, em torno do qual se consolidou a teoria da personalidade jurídica em nosso direito, estabeleceu que o ato do qual decorreria o surgimento da pessoa jurídica de direito privado seria o registro. Se antes a falta de registro já resultava em problemas probatórios e responsabilidade solidária dos sócios, com o Código “de Bevilacqua”, também restou impedida a aquisição de personalidade.

*Art. 18 – Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do governo quando precisa. (BRASIL, 1916)*

Mais uma regra a colocar em xeque os partidários da equiparação.

Afinal, como reconhecer à sociedade de fato a qualidade de sujeito de direitos se, de acordo com a literalidade do texto legal, trata-se de um ente não registrado. Atribuir-lhe personalidade seria negar o texto da lei (Código Civil de 1916, art. 18). Negar-lhe a qualidade de sujeito também o seria (Código Comercial, arts. 304 e 350).

Mas não se deve subestimar a engenhosidade dos doutrinadores partidários da equiparação, à frente dos quais fulgem nomes como o de José Xavier Carvalho de Mendonça e João Eunápio Borges; para quem a resposta para a questão da personificação da sociedade não registrada deveria estar ancorada no disposto no art. 16 § 2º do Código Civil, segundo o qual as sociedades mercantis continuariam a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais.

---

<sup>49</sup> É de se reconhecer que o significado de termos como sociedade irregular e sociedade de fato tem sido objeto de disputa na doutrina. O próprio João Eunápio, acima citado, vale-se do termo sociedade “irregular”. Voltaremos mais adiante ao tema em busca de algum esclarecimento.

*Código Civil de 1916 –*

*Art. 16 – .....*

*§ 2º - As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais.” (BRASIL, 1916)*

Ancorado no dispositivo acima, Eunápio Borges, por exemplo, manteve firme a crença de que a sociedade não registrada fosse dotada de personalidade. Segundo seu entendimento, a aquisição de personalidade como decorrência do registro, conforme previsto no Código Civil de 1916, por força do § 2º art. 16, só seria aplicável às sociedades civis. Assim sendo, as sociedades mercantis não dependeriam de registro para aquisição de personalidade e, como consequência, a sociedade irregular já teria adquirido capacidade jurídica independentemente de qualquer registro. E conforme já estabelecido, para os “equiparadores” capacidade jurídica tem como pressuposto a personalidade.

*Quanto às sociedades mercantis, que continuaram a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais, é nestas e não no código civil que se devem buscar argumentos pró ou contra a sua personalidade jurídica.*

*Mesmo porque o § 2º do art. 20 não deixa subsistir a menor dúvida em torno da possibilidade de, independente do registro, serem as sociedades comerciais pessoas jurídicas. (BORGES, 1975, p. 288)<sup>50</sup>*

Carvalho de Mendonça também entendeu que a sociedade sem registro fosse personalizada:

*As sociedades regulares ou irregulares produzem os mesmos efeitos jurídicos, salvo as limitações legais que a estas se impõem. Estas restrições se, na verdade, colocam as sociedades em plano de inferioridade econômica, não lhes prejudicam a personalidade. (MENDONÇA, 1933, v. 3, Livro 2, p. 92)*

Os autores *supra* citados são apenas alguns dos mais destacados dentre uma série de outros doutrinadores partidários (OLIVEIRA, 1979) desse mesmo

---

<sup>50</sup> O dispositivo citado é do seguinte teor: “Art. 20, § 2º - “As sociedades enumeradas no art. 16 que por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros, mas esses poderão responsabilizá-los por todos os seus atos” (BRASIL, 1916). No entendimento do autor o art. 16 só se referia às sociedades civis. Portanto, do mesmo modo só se referiria às sociedades civis o art. 20, § 2º acima referido.

entendimento de que, quanto à aquisição de personalidade, o Código Civil de 1916 não se aplicava às sociedades comerciais.

Subjacente a estes argumentos há o de que o registro seria condição suficiente, mas não necessária <sup>51</sup>, à aquisição de personalidade. Em outras palavras, nem sempre o registro seria requisito exigido para o surgimento da pessoa (embora fosse ato suficiente para tanto). Seria possível, portanto, haver pessoa jurídica sem registro.

A Lei de Registros Públicos (Lei n° 6015 de 31 de dezembro de 1973), contudo, não repetiu o texto codificado, reforçando que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado só teria início com o registro.

Lei n° 6015 de 31 de dezembro de 1973

*Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos*

(BRASIL, 1973)

Diante do texto, recorreram os defensores da personalização da sociedade sem registro a uma interessante distinção entre o significado das expressões “existência legal” e “existência jurídica”. Não é que não se possa usar proveitosamente a distinção entre as duas noções. Pelo contrário, é possível que algo exista para o direito sem que tenha essa existência prevista em lei. O que não é recomendável é o significado que se dá a essas expressões com o objetivo de apontar a existência de personalidade jurídica a despeito da falta de registro. Com esse objetivo, diz-se que legal é a existência em conformidade com o direito; a existência que respeita as regras e determinações vigentes. Assim sendo, só seria *legal* a existência da pessoa jurídica que incluísse o ato do registro. Por outro lado, a *existência jurídica* da pessoa de direito privado decorreria de sua qualidade de sujeito de direito, que independeria, como independe, do registro.

Que a sociedade sem registro possa ser sujeito de direito, e ter existência jurídica, é de se admitir. O que não é inaceitável é que a pessoa jurídica (e não o tão só sujeito) possa ter existência (ainda que “jurídica” e não “legal”) antes do registro.

Mas houve também quem se insurgisse contra esse entendimento, e entendesse que a aquisição de personalidade decorreria, sim, tanto para as sociedades civis quanto

---

<sup>51</sup> Isto na medida em que o Código Civil de 1916, em seu art. 18, assim como o de 2002, em seu art. 45, dizia que “*começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado*” (e não que começa unicamente) “*com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro*”

para as mercantis, do registro. Todavia, não se deu explicação razoável para a situação jurídica da sociedade com capacidade jurídica e sem personalidade.

Rubens Requião, por exemplo, afirmou, com Pedro Lessa, apenas que a sociedade “de fato ou irregular” seria menos que uma sociedade regular e mais do que uma comunhão de bens.

*Tanto as sociedades de fato como as irregulares não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no registro peculiar, que é o Registro do Comércio. Mas convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de sociedades comerciais, valendo a advertência de Pedro Lessa de que ‘a sociedade irregular é menos que a sociedade regular e mais que a comunhão de bens, tomada esta expressão em sentido restrito. (REQUIÃO, 1993, v. I, p. 289)*

Isto, contudo, não é explicar coisa alguma, além de arrolar algumas regras pertinentes. Que a sociedade regular é algo diverso (menos) da sociedade regular é indiscutível, assim como é correto que o elemento principal de diferenciação seja que a irregular não adquire personalidade. Esta falta de personalidade, contudo, não se pode entender como um mero “plus” em relação à comunhão de bens. A não ser, é claro, que se saiba o que é ser “mais que comunhão de bens”.

Para Waldemar Ferreira (1951, p. 258), a sociedade sem registro seria menos ainda. Sem este, não adquiriria personalidade, e não passaria de uma “*comunhão de bens e interesses mercê da qual todos os sócios ou comunheiros respondem solidariamente pelas obrigações em nome dela assumidas*”.

Cultivou-se, portanto, uma grande confusão na doutrina no que concerne à personalização (ou personificação) das sociedades não registradas. E mesmo na linha argumentativa de João Eunápio, para quem a regra de aquisição de personalidade através do registro só se aplicaria às sociedades comerciais, apenas a sociedade de fato mercantil seria dotada de personalidade, o que ainda deixaria sem explicação a natureza das sociedades *de fato* civis.

E em um segundo nível, para aqueles que defenderam que a sociedade sem registro fosse despida de personalidade, restou sem resposta a questão da natureza deste ente dotado de capacidade jurídica, mas não de personalidade. Tudo isto porque entre os autores subsistiu a crença de que apenas as pessoas fossem dotadas de capacidade jurídica.

Mais uma vez os deletérios resultados da equiparação. Se a personalidade advém do registro, não podem as sociedades sem registro serem pessoas; mas se só as pessoas têm capacidade de direito, e as sociedades de fato regidas no Código Comercial são sujeitos, então a regra que trata do início da personalidade não lhes pode ser aplicada. Eis um modo de adequar a regra de aquisição de personalidade à equiparação adotada pelos privatistas mercantis.

### **2.2.2.3 O Código Civil de 2002**

O “novo” Código Civil (Lei 10.406/02) tomou posição quanto à sociedade sem registro.

Como se sabe o Código é dividido em duas partes, uma geral e outra especial, às quais se soma um livro complementar. A Parte especial se divide em cinco livros, dentre os quais o Livro II, que se refere ao Direito de Empresa. Este mesmo Livro II é subdividido em quatro Títulos, e o Título II é dedicado às sociedades. E é já na distribuição das matérias inseridas nesse título que vamos encontrar algo que deveria ter “desconcertado” os defensores da personalização da sociedade sem registro.

Eis que o referido Título II se divide em dois subtítulos, que recebem o sugestivo nome de: *Subtítulo I – Da Sociedade Não Personificada* e, *Subtítulo II - Da Sociedade Personificada*.

O Código em Vigor teve o cuidado de apontar duas sociedades como sendo despidas de personalidade: a *sociedade em comum* (Capítulo I do Subtítulo I) e a *sociedade em conta de participação* (Capítulo II do Subtítulo I). A lei civil, portanto, expressamente aponta para o fato de que há sim, no ordenamento, sociedades que carecem do atributo da personalidade.

O mero fato, contudo, de existir uma sociedade, não significa necessariamente a existência de um correspondente sujeito dotado de capacidade jurídica. A sociedade em conta de participação, por exemplo, não surge como um sujeito de direitos. Quando age, quem o está fazendo, em verdade, é o sócio ostensivo, e através de sua própria firma, vinculando apenas a si mesmo e o patrimônio que administra. Para terceiros, apenas há o sócio ostensivo.

Trata-se de uma sociedade à qual é mesmo negada a aquisição de personalidade, não como uma sanção, mas em função de suas características próprias. Em outras

palavras, a sociedade em conta de participação não é mesmo feita para ter capacidade jurídica, mas para existir através dos atos praticados pelo sócio ostensivo em seu nome próprio (e não na qualidade de administrador ou representante de uma sociedade) <sup>52</sup>.

Mas o mesmo não ocorre em relação à outra sociedade “não personificada” prevista no Código Civil: a *sociedade em comum*, que é exatamente a sociedade contratual sem o registro (excetuada a sociedade em conta de participação, que não se sujeita ao registro). É sociedade em comum aquela que não tem os atos constitutivos inscritos ou devidamente registrados no órgão competente <sup>53</sup>.

Trata-se ademais, da nova “roupagem” dada pelo código de 2002 à velha sociedade de fato, entendida como aquela à qual faltasse o registro. Agora, contudo, o Código deixou expresso que a referida sociedade é um ente não dotado de personalidade, reforçando o entendimento de que a personalização da sociedade decorre do registro, e não da mera existência do contrato social.

Do contrato decorre a existência da sociedade, e tal como antes, a esta sociedade sem registro (em comum) reconhece-se “capacidade patrimonial” e legitimidade para o juízo. Em outras palavras, a Lei reconhece capacidade jurídica a quem, expressamente, nega a personalidade.

Trata-se de mais uma passagem legal que, tal como os artigos referentes ao nascituro, afirma que mesmo onde não existe personalidade, pode haver capacidade de direito. E deveria ser o suficiente para que os “equiparadores” fossem forçados a uma revisão de seus pressupostos. Ainda assim, mesmo em face da contundência do texto legal, a equiparação mantém adeptos, e reafirma as perplexidades que a lei teria superado.

---

<sup>52</sup> (BRASIL, 2002) “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade. Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

<sup>53</sup> (BRASIL, 2002) - “Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.”

Como outrora, e mesmo após a promulgação do Código de 2002, manteve-se na doutrina a idéia de que as sociedades não registradas (em comum) seriam dotadas de personalidade, desta vez em flagrante desarranjo com o texto legal em vigor. É o caso de Simone Eberle:

*Regular ou não a sociedade, é ela reputada pessoa, visto que nela sempre se apresenta a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Logo, o registro não influi 'exatamente' sobre a personificação. (EBERLE, 2006, p. 75)*

A equiparação não oferece alternativas. Ou a sociedade em comum é sujeito e, portanto, pessoa (em confronto direito com o texto legal), ou não é pessoa e, portanto, não é sujeito. A citação acima é um exemplo da primeira das alternativas, e a citação que segue é um exemplo da segunda.

*São sociedades despersonalizadas as sociedades que não possuem personalidade jurídica porque não possuem um ato constitutivo escrito, ou porque se o possuem não o levaram a registro (...). O traço fundamental de uma sociedade comum (sic) é ausência de personalidade jurídica, pelo não cumprimento das solenidades legais exigidas para a aquisição de personalidade. Em função disso, não se reconhece a sociedade comum como um sujeito autônomo de direitos e obrigações (sem grifo no original), a quem possa ser imputada a atividade exercida, não se reconhecendo, por conseguinte, os atributos inerentes à personificação. (TOMAZETTE, 2004, p. 95 e 106)*

Como se vê, quando se reconhece a ausência de personalidade da sociedade, parte-se para o questionamento de sua capacidade de direito, ou aptidão para contrair direitos e obrigações. Tomazzete, como vimos, dirá que a sociedade não é um sujeito autônomo, criando, portanto, duas categorias: a dos sujeitos autônomos e a dos não autônomos. Tais categorias, contudo, não encontram maiores explicações em sua obra.

Eis o “legado” da “teoria da equiparação”: as leis passam, e a perplexidade se mantém, porque os estudiosos, sem qualquer fundamento legal, ou melhor, a despeito do texto legal, insistem em que só pode ser sujeito quem seja pessoa. Em outras palavras, e como diz o ditado popular: “para quem pensa como um martelo, todo problema se parece com um prego”.

### 2.2.3 Os “direitos” dos animais.

A existência, no ordenamento jurídico, de normas que estabelecem regras de conduta para os seres humanos em relação aos animais não é novidade nenhuma. E nem quer significar, com isso, que se trate, necessariamente, de direitos cujos titulares sejam os animais (irracionais).

O fato de que nos seja vedada determinada conduta em relação a um ser ou uma coisa não quer significar, por si só, que o ser ou coisa tenha o direito à omissão de minha conduta. A proibição que incide sobre a conduta de Luciana de destruir uma coisa objeto de propriedade de Elizabeth, por exemplo, existe em respeito a um direito de Elizabeth, e não da coisa. Esta, aliás, é a hipótese que se verifica na generalidade dos dispositivos que regulam a conduta humana em relação aos animais.

Nos últimos tempos, contudo, e com a evolução legislativa e doutrinária que tem sofrido o Direito, a explicação segundo a qual as condutas determinadas em relação aos animais assim o sejam em respeito ao direito de pessoas parece não ser mais suficiente.

Em 1978 foi proclamada, em assembléia da Unesco, a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, da qual o Brasil é signatário, embora ainda penda ratificação.

Dentre outros, o diploma arrolou, em favor dos animais, o direito à existência, ao respeito, à cura, à proteção do homem e a não ser submetido a maus-tratos e atos cruéis. Sendo sua morte necessária, há de ser instantânea, sem dor ou angústia. Neste texto legislativo, o mais interessante para nossos objetivos é que nem toda conduta vedada ou obrigatória em relação aos animais pode ser justificada sob o argumento de que tal conduta (ou sua omissão) se dê em favor do direito de uma pessoa.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) traz dispositivo que, estabelecendo o direito de todos a um meio ambiente equilibrado (no qual se inclui a fauna), determina ao poder público que proteja a fauna e a flora, vedando as práticas que colocam em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII).

Da análise da norma constitucional, assim como de diversas outras contidas em legislação ordinária, é possível perceber que a maioria das regras de conduta a respeito dos animais tem como fundamento o direito difuso ao meio ambiente (no qual se insere

a fauna), ou outros direitos individuais das pessoas. São regras como as que estabelecem sanção penal para os atos danosos à fauna (Lei 6.938/81, art. 15) (BRASIL, 1981), as que tratam da guarda e circulação de cães em logradouros públicos, as que proíbem certo comércio de espécimes da fauna silvestre (Lei 5.197/67, art. 3º) (BRASIL, 1967), ou limitam as espécies passíveis de serem objeto de caça, ou mesmo proíbem a caça em certos locais (Lei 5.197/67, art. 10, “e”, “f”, “g”, “h”, “i” e “j”).

Parece razoável que a vedação às condutas não constitua direitos dos irracionais, o que, aliás, é o que a doutrina nacional e internacional<sup>54</sup>, em sua generalidade, costumam apontar. No Brasil temos exemplos em Caio Mário<sup>55</sup>, Washington de Barros<sup>56</sup>, e Marco Aurélio Viana<sup>57</sup>, entendendo que, não sendo pessoas, não são os irracionais capazes de direito.

Mas, desde a própria Constituição, há regras outras que não se encaixam em tal noção majoritária. São regras em que o único beneficiado (salvo, em prol da sociedade, a manutenção de um relativo nível de “humanidade”) por sua observância é o próprio animal, não a fauna, e muitas vezes em conflito com os direitos do próprio proprietário. Desta espécie é a regra que veda a prática de atos cruéis contra os animais (CF, art. 225, § 1º, VII). Não parece, no caso, que a proibição ao tratamento cruel exista em prol de um meio ambiente equilibrado ou do direito de propriedade (pois pode opor-se a este). Da mesma forma quando se estabelecem regras que proíbem que a caça ou “apanha” do animal se dê por meio de atiradeiras, fundas, veneno ou armadilhas que maltratem a caça<sup>58</sup> (Lei 5.197/67, art. 10, “a”); e também grande parte das normas contidas na Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

<sup>54</sup> Planiol, (1950), Ripert, Boulanger, Ruggiero-Maroi. (1999)

<sup>55</sup> “Certo, também, que os animais são defendidos de maus-tratos, que a lei proíbe, como interdiz também a caça na época da cria. Mas não são, por isso, portadores de personalidade, nem têm um direito a tal ou qual tratamento, o qual lhes é dispensado em razão de sua utilidade para o homem, e ainda com o propósito de amenizar os costumes e impedir brutalidades inúteis.” (PEREIRA, 1994, p. 143)

<sup>56</sup> “(...) existem, sem dúvida, leis de proteção aos irracionais (...). Por meio de seus dispositivos, estão eles a salvo contra atos de crueldade, de destruição, de perseguição ou de extinção. Nem por isso, entretanto, tornam-se sujeitos de direito. Como dizem Ruggiero-Maroi, os animais são tomados em consideração apenas para fins sociais, pela necessidade de se elevar o sentimento humano, evitando-se o espetáculo degradante de perversa brutalidade.” (MONTEIRO, 2003, p. 63)

<sup>57</sup> “(...) os animais não conhecem a personalidade. A legislação que os protege visa resguardá-los de maus-tratos, de atos de crueldade, sem que isso signifique que lhes seja atribuído um direito.” (VIANA, 1993, p. 67)

<sup>58</sup> Muito interessante a expressão contida na Lei 5197/67, art. 10, “a”: “maltratar a caça”. Como se o mero fato de transformar o animal em objeto de caça já não fosse, por si só, hipótese de maus-tratos.

Mas a atribuição de direitos aos animais não pode dar-se em uma doutrina que vê a pessoa onde a lei apresenta apenas o sujeito de direitos. Afinal, está mesmo fora de cogitação a atribuição da qualidade de pessoa aos irracionais em nosso sistema.

Já outras questões, como a legitimação extraordinária para agir em benefício dos animais e a extensão de seus “direitos”, são facilmente solucionadas com o instrumental de que dispomos em nosso direito positivo. O nó “lógico” está na equiparação.

O que se quer deixar estabelecido é que tanto quanto há normas de conduta referentes aos animais, que se justificam em função de direitos - que podem ou não ser difusos - das pessoas, há também regras que só se justificam em face de certas prerrogativas atribuídas ao próprio animal. Em confronto com o problema, é forçosa a opção dos que entendem que só as pessoas podem ser sujeito de direitos, no sentido de excluir a possibilidade de existirem direitos titularizados pelos animais, pois estender a personalidade aos mesmos seria algo muito menos “palatável”, sendo mesmo inaceitável em face de nosso ordenamento (ponto este com o qual, aliás, concordamos).

Ocorre que, se para um ativista dos direitos dos animais, cogitar da existência ou não de direitos (no sentido técnico) titularizados pelos irracionais pouco importa, contanto que o tratamento dado a eles seja digno e condizente com sua natureza, para o jurista resta o dever de dar explicação técnica para a figura que se apresenta, sem cair na tentação de equiparar os animais às pessoas, ou incidir no silogismo, tão equivocado quanto divertido, segundo o qual sendo os homens animais, são também direitos dos animais os direitos humanos.

Construção teórica que, nos limites da teoria da equiparação (sujeito de direitos = pessoa), apresente solução razoável à questão em comento, ao que saibamos, não existe, ou melhor, não foi publicada. E não nos parece, inclusive, tal solução ser possível, senão através de uma *teoria dos sujeitos de direito que reconheça direitos também a certos entes não personalizados*. Neste caso, a problemática seria transferida, para outros aspectos da questão, quais sejam, por exemplo, o da possibilidade de que um objeto (animal irracional) possa ser também sujeito de direitos, e o da diferenciação entre os entes despersonalizados irracionais de outros de tipos diversos.

### **2.2.3.1 O sujeito-objeto**

O reconhecimento de subjetividade ao objeto de direito não é nenhuma novidade jurídica. Não só em relação às pessoas jurídicas, e sem que se tenha de recorrer a exemplos extremos como o de *Incitatus*<sup>59</sup>, o fenômeno da escravidão, tão comum e recente na história humana, encerra o exemplo mais marcante de sujeito-objeto da história do direito ocidental.

Tem-se, em Gaio, que a suma divisão do direito das pessoas se dava, em Roma, entre os homens livres e os escravos<sup>60</sup>, o que seria reafirmado, mais tarde por Justiniano<sup>61</sup>. A escravidão era uma instituição jurídica do Direito das Gentes, e tratava da situação do ser humano (*servus*) privado de sua liberdade (*libertas*). É comum, entre os romanistas, a afirmação de que o escravo seria uma mera coisa em face do Direito Romano, “sem qualquer traço de personalidade” (*servus est res*) (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 67). Pois tal como anotou Clóvis Bevilacqua (1902), nos casos em que a palavra *persona* aparecia acompanhada por *servus*, era para significar homem, ou a qualidade social do indivíduo ou, ainda, tratar-se-ia de um erro de linguagem.

O texto das Institutas do Imperador Justiniano, aliás, leva mesmo a esse entendimento: J,1,16,4. *Servus autem manumissus capite non minuitur quia nullum caput habuit*. (CORREIA, 1951, p. 337).

Todavia, sem que se negue ao servo a qualidade de objeto de direitos (ou “coisa”), a romanística contemporânea reconhece que a ele se atribuía, também, alguma subjetividade. O significado com que tomamos a expressão “coisa”, em face do direito contemporâneo, não é a mais adequada para a qualificação da espécie de coisa a que se referia o escravo.

Mais do que um mero objeto, o escravo podia ser responsabilizado por delitos, podia praticar atos de aquisição de domínio ou de direitos reais em benefício de seu amo (ou adquirir deste um pequeno “patrimônio”), e até mesmo apresentar-se diante do

<sup>59</sup> *Incitatus* foi o cavalo predileto do imperador Gaius Caesar Germanicus (Calígula, 31 de agosto, AD 12 - 24 de janeiro, AD 41). Segundo Suetônio, *Incitatus* contava com dezoito criados pessoais, era enfeitado com um colar de pedras preciosas e dormia em meio a mantas de cor púrpura. Diz a tradição que o privilegiado animal chegou a ser incluído na lista de Senadores de Roma. (TRANQUILLUS, 2004).

<sup>60</sup> G.1,9. *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. (CORREIA, 1951, p. 20).

<sup>61</sup> J.1,3,1. *Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. . (CORREIA, 1951, p. 306)..

Magistrado para queixar-se contra o amo que opusesse obstáculos injustos à sua manumissão (BARBOSA, 2006, p. 291). Nada que se assemelhe às espécies de coisas com as quais tratamos no direito atual.

A submissão do escravo ao senhor é mais aproximada daquela que também atingia os filhos, do que à condição das coisas. A autoridade doméstica de que dispunha o *Pater* podia resultar em rigores físicos e psicológicos, sujeitando a família ao direito de vida e de morte do pai (*ius necis ac vitae*). Os filhos podiam ser vendidos ou casados, podiam ter seus casamentos dissolvidos ou serem conservados sob a autoridade doméstica por toda a vida. E tal venda de filhos não devia ser incomum, ao ponto de a Lei das XII Tábuas estabelecer um limite para o número de vezes em que o pai podia vender o filho (MEIRA, 1961).

Os escravos romanos, assim como os demais membros de uma família, estavam sujeitos a duras condições, a depender do amo. Contudo, por maiores que fossem as restrições a que estivessem submetidos, eram dotados de subjetividade, quando menos, se considerado apenas o pólo passivo das relações e como destinatário de sanções.

O que se tem com o escravo, portanto, é um verdadeiro sujeito-objeto. Um ente a um só tempo objeto de relações jurídicas de cunho patrimonial, mas também sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica. E isso é o que ocorre com o escravo em outras ordens jurídicas que o previram, como é o caso do direito brasileiro pretérito, por exemplo, onde também se verificou a “contradição” entre a condição de objeto e de sujeito, referidos a um mesmo ser.

Em se tratando da escravidão exercida no Brasil, do mesmo modo, e com amparo na doutrina, havia certo reconhecimento da subjetividade dos escravos, mantendo-se, até certo ponto, a distinção romana entre subjetividade e “*status libertatis*”<sup>62</sup>.

Como se vê, a idéia de um sujeito-objeto não é estranha ao nosso Direito. Pode, sim, ter sido uma construção técnica voltada para a explicação de uma situação indigna, e que não merece espaço no sistema. Todavia, uma qualificação que, relacionada ao ser humano, possa ser aviltante (sujeito-objeto), em se tratando dos irracionais talvez constitua um critério jurídico de dignidade.

---

<sup>62</sup> *Status Libertatis* se refere a um dos três estados utilizados como critério para a classificação dos romanos: seu estado de liberdade, seu estado em relação à cidade, e o seu estado em relação à família.

No binômio sujeito-objeto sobressai a força e a dignidade do sujeito. Aplicada a expressão a algo tido como sujeito, significa uma diminuição de sua qualificação jurídica. Já quando aplicada a algo tido por objeto, tem o condão de atribuir-lhe valoração especial em face do sistema.

Não é nosso objetivo concluir que a melhor qualificação dos animais é mesmo a de sujeitos de direitos. Todavia, trata-se de uma discussão que está posta e tende a se desenrolar na medida em que o ordenamento venha tratar mais detidamente da condição jurídica dos irracionais. A teoria da equiparação, contudo, impede qualquer abertura para a aceitação dos sujeitos-objeto. Se o caminho for o da atribuição de subjetividade aos irracionais, a equiparação deverá ser abandonada.

#### ***2.2.4 Câmaras Municipais e os órgãos públicos despersonalizados***

No Direito Público, como não poderia deixar de ser, também se fez necessário o enquadramento jurídico das situações em que, havendo um sujeito de direitos, não se poderia apontar um ser personalizado correspondente. É o caso dos órgãos públicos, dentre os quais, a título de exemplo, destacam-se as Câmaras Municipais (semelhantes, quanto a este aspecto, às Assembléias Estaduais e ao Legislativo Federal).

Seguindo o disposto no caput do art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>63</sup>, o art. 41<sup>64</sup> da Lei 10406/02 (Código Civil), ao enumerar em seus incisos as pessoas jurídicas de direito público interno, não se refere às Câmaras Municipais, assim como não o fazem os incisos do art. 12 do Código de Processo Civil (Lei n° 5.869/73).

No mesmo sentido, a doutrina já estabeleceu a paz quanto ao fato de não serem dotadas as Câmaras Municipais de personalidade jurídica própria. O mais interessante, contudo, é notar que, ainda que reconhecendo a legitimidade das Câmaras para o exercício de certas prerrogativas concernentes à sua natureza, a doutrina relaciona essa aptidão à idéia de personalidade, ao referir-se à personalidade judiciária dos órgãos referidos. Por todos, o tradicional Hely Lopes:

---

<sup>63</sup> (BRASIL, 1988) Art. 18. *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

<sup>64</sup> (BRASIL, 2002) Art. 41. *São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.*

*A capacidade processual da Câmara para a defesa de suas prerrogativas funcionais é hoje pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Certo é que a Câmara não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária. Pessoa jurídica é o Município. Mas nem por isso se há de negar capacidade processual, ativa e passiva, á Edilidade, para ingressar em juízo quando tenha prerrogativas ou direitos (sem grifo no original) a defender. (MEIRELES, 1993, p. 444 e 445).*

Não se deve identificar nas Câmaras qualquer traço de personalidade. Mas tendo em vista a sua natureza e suas funções, é inevitável o reconhecimento, em favor destes órgãos, de certas prerrogativas e, igualmente, certos deveres e atribuições.

Para César Fiuza (2006, p.164), contudo, a atribuição de capacidade processual se dá ao respectivo organismo personificado, como Estado, a União, etc, e não ao órgão. Nesta linha “a ação, de Direito, está sendo dirigida contra o órgão personificado, que se faz representar pelo administrador do órgão não personificado”. Esta, contudo, não parece a melhor maneira de explicar as coisas, tanto mais na medida em que um órgão sem personalidade venha a acionar o governo, ou o legislativo. Na hipótese em que o Congresso Nacional acione o Poder Executivo, quem ocuparia os pólos passivo e ativo da demanda? Seria a União, em só um tempo, autora e ré? Pensamos que não.

O correto enquadramento desta realidade jurídica deve partir do reconhecimento da existência de entes não personificados, ainda assim passíveis de direitos, deveres, prerrogativas, etc. É assim que melhor se poderiam explicar as soluções que, nos casos concretos, a jurisprudência acertadamente tem dado aos problemas envolvendo as edilidades municipais.

A capacidade processual das Câmaras já é devidamente reconhecida, assim como também o é o que se tem chamado de “personalidade judiciária”, ou “personalidade formal”. Vejamos estes exemplos da abundante jurisprudência a respeito:

*As edilidades, embora disponham de capacidade processual, ativa e passiva, para defesa de suas prerrogativas institucionais, como órgãos autônomos da administração, não possuem personalidade jurídica, mas, apenas, a judiciária. (BRASIL, 1994)*

*Em nossa organização jurídica, as Câmaras Municipais não tem personalidade jurídica. A capacidade processual é limitada a defender interesses institucionais próprios e vinculados a sua independência e funcionamento. Executivo fiscal promovido contra Câmara Municipal não tem condições de prosseguir, pela absoluta ilegitimidade do ente passivo de mandado. (BRASIL, 1994)*

E mesmo no que se refere às Assembléias Estaduais e demais sujeitos sem personalidade:

*Ao impetrar o "mandamus" (...)a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo - que, na realidade, é o próprio Poder Legislativo - agiu em nome próprio, nos termos do art. 9º da Constituição Estadual, posto que o ato judicial combatido não afeta tão-somente os direitos dos Srs. Deputados Estaduais, individualmente considerados, mas uma prerrogativa institucional assegurada constitucionalmente ao Poder Legislativo e de fundamental importância para o efetivo exercício de sua atividade-fim.*

*A ciência processual, em face dos fenômenos contemporâneos que a cercam, tem evoluído a fim de considerar como legitimados para estar em juízo, portanto, com capacidade de ser parte, entes sem personalidade jurídica, quer dizer, possuidores, apenas, de personalidade judiciária.*

*No rol de tais entidades estão, além do condomínio de apartamentos, da massa falida, do espólio, da herança jacente ou vacante e das sociedades sem personalidade própria e legal, todos por disposição de lei, não de ser incluídos a massa insolvente, o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares de direitos coletivos, o PROCON ou órgão oficial do consumidor, o consórcio de automóveis, as Câmaras Municipais, as Assembléias Legislativas, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário, quando defenderem, exclusivamente, os direitos relativos ao seu funcionamento e prerrogativas. (BRASIL, 1999)*

Como se pode ver, a jurisprudência, mais do que a doutrina (e em meio a esta, principalmente a do direito privado), tem tentado dar solução aos problemas decorrentes da existência de órgãos públicos (assim como de entes particulares) não personalizados. E no cumprimento desta tarefa, tem conseguido dar tratamento condizente a estas figuras, pelo simples fato de reconhecer-lhes certas prerrogativas e deveres, ou seja, a qualidade de sujeito de direitos.

Todavia, mesmo na área em que a ciência jurídica mais tem avançado quanto a este tema, que é o campo do direito processual e público, ainda assim se percebe a tendência a relacionar a aptidão para o exercício de certas prerrogativas à idéia de personalidade. É a demonstração de que a “teoria da equiparação” se encontra enraizada não no Direito Privado ou no Direito Público, mas em todos os ramos, através de sua inserção na própria teoria geral dos sujeitos de direito.

### **2.2.5 Condomínio, espólio, massa falida e demais “entes atípicos”.**

Além das questões doutrinárias já apresentadas, a equiparação das noções de capacidade jurídica e personalidade tem resultado em constrangimentos em todas as hipóteses em que, ainda que não exista a negativa expressa de personalidade, haja a atribuição de capacidade de direito a um ente não arrolado na enumeração das pessoas jurídicas contida na parte geral do código civil (desde o de 1916).

E como as dificuldades de se apresentar uma razoável explicação dos fenômenos decorrem do mesmo e falso pressuposto (equiparação), assim também as soluções tendem a se assemelharem em suas vicissitudes. Por este motivo, mal não há em se tratar em conjunto estes “sujeitos”, cuja natureza costuma iludir a doutrina.

#### **2.2.5.1 A enumeração legal das pessoas jurídicas**

Iniciemos o tópico tratando da “solução padrão” da qual se têm valido os equiparadores em face de sujeitos de direito aos quais a lei não atribua expressamente personalidade, mas tão pouco a negue. A solução comum é a de se afirmar que a relação de pessoas jurídicas de direito privado contidas no art. 44 do Código Civil é meramente exemplificativa o que, em outras palavras, significa afirmar que há pessoas jurídicas além daquelas expressamente previstas na parte geral do código civil.

Esta, aliás, foi a solução aprovada na forma do enunciado de nº 144, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, proposto por Renato Amaral Braga da Rocha. “144 – Art. 44: *A relação das pessoas jurídicas de direito privado constante do art. 44, incs. I a V. do Código Civil não é exhaustiva.*”

Subjacente a esta proposta encontra-se o entendimento de que vários seriam os modos de atribuição de personalidade pelo ordenamento jurídico, o que indicaria a “existência de formas indiretas, oblíquas ou incidentais de atribuição de personalidade” (ROCHA, 2005, P.88). No contexto da equiparação tal entendimento só pode significar que o ordenamento também atribui personalidade em todas as oportunidades em que atribui capacidade de direito.

E isto fica claro na justificativa do enunciado aprovado naquela jornada.

*Disso resulta o correto enquadramento, como sujeitos de direito, dos chamados “entes atípicos”, isto é, entes coletivos que, embora não constem do tradicional rol das pessoas jurídicas de direito privado, são postos em nítida posição subjetiva pela ordem jurídico-privada. Constituem tais entes agrupamentos da organização social privada em que se pode reconhecer, tanto nos planos ontológico e funcional como em sede normativa, aquilo que José Lamartine Corrêa de Oliveira chama de ‘indícios de personalidade jurídica’.*

*(...) Assim, a relação das pessoas jurídicas de direito privado estabelecida no art. 44, incs. I a V, do Código Civil Brasileiro deve ser considerada como submetida ao numerus apertus, uma vez que comporta agregação ou adição, embora nem sempre explícita, de elementos compatíveis – sob as perspectivas ontológica, funcional e normativa – com a natureza da pessoa jurídica. (ROCHA, 2005, P.88).*

A solução não poderia ser tão simples. Na medida em que não pode haver sujeito sem personalidade, bastaria atribuir personalidade a todo o ente que seja inarredavelmente um sujeito.

Tal solução, contudo, apresenta sérios problemas, e não pode ser tida como adequada. Se por um lado, a enumeração contida no art. 44 não esgota todas as hipóteses, também é de se admitir que não haja pessoas jurídicas sem previsão legal expressa. A questão não está restrita ao art. 44, e consiste em saber se há ou não pessoas jurídicas às quais a Lei não atribua expressamente a personalidade.

A principal das falhas do argumento em prol da existência de pessoas jurídicas sem previsão é consistir em uma *solução parcial*. Como vimos, há situações previstas no ordenamento em que a lei expressamente afirma que determinados sujeitos de direito não são dotados de personalidade: é o caso do nascituro e das sociedades em comum. Para estas situações, a solução de se afirmar que a enumeração legal de pessoas jurídicas é meramente exemplificativa não é suficiente para a atribuição de personalidade (de forma indireta, oblíqua ou incidental), pelo mero fato de haver disposição expressa negando a personalização do sujeito *in casu*.

A proposta de uma enumeração meramente exemplificativa das pessoas jurídicas não resolve, portanto, algumas das mais intrigantes perplexidades decorrentes da equiparação. É, quando muito, uma solução parcial e, portanto, temporária, útil apenas até o momento em que uma solução abrangente venha substituí-la.

Trata-se, ademais, de uma solução que não encontra respaldo firme nem mesmo na política legislativa aplicada ao Código. Afinal, porque haveriam de ser incluídos na enumeração do art. 44 os partidos políticos (cuja personalidade era já amplamente reconhecida), as organizações religiosas<sup>65</sup> e a Empresa Individual, se não fosse o entendimento de que as pessoas deveriam estar expressamente previstas?

Além do que, a abertura para a existência de pessoas em todas as hipóteses de capacidade de direito pode gerar incertezas quanto às regras aplicáveis à “pessoa atípica” nos variados casos concretos.

Pelos motivos dados, recusamos a solução de se atribuir personalidade jurídica aos entes capazes de direito, sob o argumento de que a enumeração legal seja meramente exemplificativa. O que aqui se defende é que não há pessoas além daquelas referidas expressamente no texto legal, até mesmo porque não há necessidade alguma de que existam, senão sob o peso da teoria da equiparação.

### **2.2.5.2 A “natureza” dos entes atípicos**

Dissemos que a solução padrão, sob a égide da equiparação, é a atribuição geral de personalidade, sempre que possível, aos sujeitos de direito, a despeito da ausência de previsão legal expressa de personificação. Isto não significa que tenha sido a única solução tentada, e não excluiu o surgimento de outras explicações. E mesmo entre os adeptos da equiparação, houve quem defendesse que a previsão expressa da personalidade, pela Lei, fosse requisito de existência da pessoa jurídica.

Venosa é um exemplo de quem nega a personalidade em função da falta de previsão legal, ao mesmo tempo em que a reconhece. Em verdade, reconhece a qualidade de sujeito de direito do “ente atípico”, mas influenciado pela equiparação, não consegue desvincular do sujeito a idéia de pessoa. É o que se depreende da explicação que oferece para a natureza do condomínio (ente)<sup>66</sup>. Diz o autor o que o condomínio

---

<sup>65</sup> A Lei n° 10406/02 entrou em vigor com a enumeração, em seu art. 44, apenas das sociedades, associações e fundações como pessoas jurídicas de direito privado. Apenas com a Lei n° 10.825/03 é que os partidos políticos (inc. V) e organizações religiosas (inc. IV) foram adicionados à enumeração,

<sup>66</sup> “Essa comunidade de natureza real *dúplice* não pode ser considerada simplesmente pessoa jurídica, pois de fato faltam-lhe vários requisitos, e a lei não se manifesta expressamente nesse sentido (sem grifo no original). Aliás, o presente código perdeu excelente oportunidade para reconhecer a personalidade jurídica desse condomínio como equiparada à da pessoa jurídica. De fato, com sua personalidade *anômala* (...) O condomínio atua na vida negocial como qualquer pessoa jurídica, dentro de seu âmbito

não é (*não pode ser considerada simplesmente pessoa jurídica*), em razão da falta de previsão legal expressa; mas afirma, ainda assim, que é como se fosse (*atua como qualquer pessoa jurídica*), sem que diga, afinal, o que realmente seja. É o dilema do jurista que reconhece capacidade jurídica para além da previsão legal expressa de personalidade, mas não reconhece a capacidade para além (ou aquém) da personalidade jurídica.

Há quem prefira entender que o eventual ente atípico não seja nem mesmo sujeito de direitos. Quanto ao condomínio, por exemplo, é comum a explicação de que o condomínio não é sujeito de direitos, mas sim os condôminos. César Fiuza, por exemplo, afirma que “*quando se usa a palavra condomínio, num contexto personificado, estar-se-ia, na verdade, referindo ao conjunto de condôminos*” (FIÚZA, 2006, p. 163). E diz expressamente que não se trata, no caso, de hipótese em que deva ser invocada a teoria dos entes despersonalizados.

Ora, o que não parece correto é valer-se da idéia de representação para a qualificação jurídica do condomínio como um não sujeito. Se for mesmo verdade que o condomínio seja uma mera comunhão de condôminos, e que estes (e não aquele) é que são representados pelo síndico, o que dizer das hipóteses em que o condomínio litiga contra o condômino. Neste caso, o síndico não estaria litigando em nome de cada um dos condôminos isoladamente, mas de algo diferente disso, ou seja, do condomínio. Um sujeito diverso dos condôminos, e com interesses por vezes conflitantes com o de alguns destes.

César Fiuza não está sozinho, temos Rizzardo, ainda sobre o condomínio, para quem este não seria pessoa, e nem mesmo sujeito de direitos. Todavia há na explicação deste autor uma contradição. Apesar de afirmar que o condomínio é um “ente”, um ser jurídico, não o qualifica nem como sujeito nem coisa.

*Uma vez constituído, o condomínio é considerado um ente jurídico que se distingue perfeitamente dos titulares de cada uma das unidades autônomas, da mesma forma pela qual se distingue da sociedade a pessoa de cada um dos sócios.*

*Mas não é enquadrado como pessoa jurídica no sentido estrito, da mesma forma que não são outros entes (herança, a massa falida, a sociedade irregular). Pelo menos no que diz respeito à não configuração de uma pessoa física ou jurídica, esclarece o assunto a seguinte ementa: ‘O*

---

*de atuação. A realidade não admite outra solução. O condomínio tem, portanto, existência formal. Sua personificação mitigada é inafastável.*” (VENOSA, 2003, p. 364)

*condomínio não pode ser considerado pessoa física ou jurídica, segundo a definição civilística, tendo em vista não ser ente dotado de personalidade jurídica, porquanto os direitos relativos às unidades autônomas de que os proprietários são titulares, bem como às partes comuns, pertencem a estes e não ao condomínio, pelo que inviável se torna o registro imobiliário em nome deste último (...)' No entanto, de uma personalidade jurídica, com o alcance de representação processual, está revestido o condomínio (...).* (RIZZARDO, 2004, p. 622)

Eis acima, com toda a sua força, a contradição a que leva a equiparação. No ponto em que o autor acredita ser possível negar a qualidade de sujeito ao condomínio (titularidade da propriedade), lhe nega igualmente a personalidade. No ponto em que a negativa é inviável, por ser *contra legem* (prerrogativas processuais), o autor opta por reconhecer a personalidade com “alcance” limitado. Não deixa de ser um modo de dizer que o condomínio tanto é como não é pessoa jurídica. É quando “precisa” ser e não é quando “não precisa”.

É o velho recurso ao “quase”-instituto (quase-contrato, quase-delito etc) aplicado ao condomínio. E nessa acepção, a expressão “quase”, mais do que meramente indicar um “como se fosse”, existe para lembrar o jurista da inadequação das categorias utilizadas para a explicação do fenômeno.

E com o objetivo de encerrar mais este arrolamento dos constrangimentos e contradições a que tem levado a equiparação, Caio Mário (2004, p. 187), em sua tentativa de explicar a natureza jurídica do condomínio (ente).

*“Não faltam escritores que o consideram como uma nova modalidade de pessoa jurídica, ora de cunho societário, ora como uma universalidade (Jair Lins, Leon Hennebier). Outros invocam institutos tradicionais para explicar a sua existência: direito superficiário (Domenico Simoncelli); servidão (Coviello, Ferrini, Demolonbe, Planiol); não faltam os que o associam à enfiteuse (gianturco, Durantón). A verdade é que é dispiciendo mobilizar todos estes velhos conceitos para a caracterização do condomínio edilício. É ele um fenômeno econômico e jurídico moderno. Não se compraz com os institutos invocados para sua explicação, nem deles necessita. Especialmente deve ser lembrado que, se fosse uma pessoa, o condomínio como tal é que seria o sujeito de todas as relações jurídicas. (...) O condomínio dito edilício explica-se por si mesmo. (sem grifo no original)”*

Eis o que se tem. Por um lado, as categorias tradicionais não são aptas a explicar a figura do condomínio. Por outro, na impossibilidade de o jurista explicar um fenômeno *inadequado ao seu instrumental*, resta a fé de que o fenômeno explique-se por si mesmo.

Seria o caso até mesmo de se questionar a utilidade dos juristas em um mundo em que os fenômenos não devessem ser compreendidos em relação a um instrumental teórico mais ou menos adequado. O mundo em que os eventos se explicam por si mesmos é um mundo em que inexiste, por sua própria inutilidade, a ciência jurídica como a conhecemos.

### **3 CAPACIDADE JURÍDICA E PERSONALIDADE**

Até este ponto, tentou-se demonstrar que a relação tradicionalmente engendrada pela doutrina entre a capacidade jurídica e a personalidade tem servido para criar confusões e impossibilitar soluções para uma série de questões de maior ou menor relevância para a Teoria Geral do Direito.

O passo inicial para a superação do paradigma criticado (equiparação) é o reconhecimento, com base no direito positivo vigente, de entes não dotados de personalidade, aos quais se atribui a qualidade de sujeitos de direitos. Sob este aspecto, a elaboração de uma teoria sistemática acerca dos entes não personalizados não é tarefa desprovida de utilidade. Pelo contrário, seria a consequência inevitável do enquadramento teórico sugerido, e ofereceria, quando menos, solução para alguns problemas já “tradicionais”, como o da condição jurídica do nascituro, a capacidade jurídica do condomínio, do espólio, da massa falida, e a qualificação jurídica da sociedade despersonificada, dentre outros; além de oferecer instrumental técnico para o tratamento de questões atuais como é o caso das regras de conduta em relação aos irracionais.

Ademais, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, o direito positivo não é titubeante nem confuso quanto ao tema. Longe disso, é o próprio direito positivo (sistema interno) que impõe, desde o seu texto, o reconhecimento de que pode haver capacidade de direito onde não há personalidade de nenhuma espécie: nem formal, nem material; nem natural, nem jurídica.

#### **3.1 Capacidade jurídica**

O art. 1º do Código Civil Brasileiro dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil”. Trata-se de um enunciado sintético cuja compreensão depende do conhecimento de dois conceitos, a saber: o de pessoa e o de capacidade jurídica.

A capacidade de direito (distinta da capacidade de fato) tem sido entendida, tradicionalmente, como a aptidão para ser sujeito de direitos, para a ocupação de pólos

subjetivos em uma relação jurídica <sup>67</sup>. É, enfim, a condição prévia para a titularidade de direitos.

Como demonstrado, a doutrina nacional tende a confundir os dois conceitos (capacidade e personalidade), entendendo não só que *toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil* (o que a lei diz) como também que a capacidade de direito só pode estar relacionada à existência de personalidade (o que a lei não diz e nem permite subentender).

A doutrina do direito comparado, tanto européia quanto latino americana, apresenta exemplos de equiparação expressa entre as noções <sup>68</sup>. Mas ao contrário da doutrina estrangeira, os juristas brasileiros se confrontam com o texto de nosso Código Civil, e este, em verdade, não afirma mais do que ser toda pessoa dotada de capacidade jurídica. O inverso não é verdadeiro, e nem está na Lei.

Partindo desta compreensão, a interpretação do dispositivo citado (art. 1º) deve ser a de que a Lei atribui a todas as pessoas a qualidade de sujeito de direitos, ou a aptidão para o exercício de situações jurídicas subjetivas. A regra segundo a qual *toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil* só pode significar que todas (e não que apenas) as pessoas sejam sujeitos. Deve ficar claro que as duas noções (pessoa e capacidade jurídica) não se confundem nem se equivalem. Até mesmo em função de que, se fossem sinônimos, não haveria nenhuma necessidade em dizer-se que toda pessoa é capaz de direito. E muito menos faria sentido atribuir, como faz o texto legal, direitos a quem não seja pessoa.

Da mesma forma, não pode ser aceito o entendimento de que a capacidade de direito seja um atributo quantitativo da personalidade. Ao contrário do que pensam Ascensão (2000) e Eberle (2006), não é correto afirmar que a personalidade seja a susceptibilidade para ser sujeito, enquanto a capacidade represente a medida de tal aptidão. Ainda que os sujeitos possam sofrer diversas limitações quanto aos direitos que possam ou não exercer, não é correto entender que a capacidade jurídica seja em si mesma essa limitação. Muito diversamente, a capacidade jurídica (e não a personalidade) é que é a aptidão.

---

<sup>67</sup> Neste sentido Ruggiero (1999), Ennecerus (1953), Guillermo Borda, Caio Mario(1994), Fábio Ulhoa Coelho, dentre outros.

<sup>68</sup> “*Capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos e contraer obligaciones.*” (RUGGIERO, 1999, p. 230). “*Pero la personalidad no es um derecho subjetivo, sino una cualidad jurídica, que consituye la condición previa de todos los derechos y deberes; equivale a capacidad jurídica.*” (ENNECCERUS, NIPPERDEY, 1953, p. 318).

O entendimento segundo o qual “é a capacidade que nos vai dizer que direitos pode ter” (ASCENSÃO, 2000, p. 135) a pessoa, parte do pressuposto de que a pessoa é sujeito enquanto tal, e que a capacidade surge como um limitador da aptidão (da pessoa) para a ocupação de pólos de relações jurídicas e situações jurídicas subjetivas.

Entender que a capacidade jurídica, antes de ser a aptidão, seja a limitação a esta, é o mesmo que atribuir o seguinte significado ao texto do art. 1º do código civil brasileiro: *toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil* = toda pessoa (que é sempre sujeito) tem sua aptidão limitada na ordem civil.

Ainda que seja correta a assertiva de que a capacidade tende a ser limitada na ordem civil, não é isso o que o dispositivo diz. O dispositivo diz que a pessoa tem capacidade jurídica. Não fosse assim, o fundamento legal expresso da capacidade jurídica genérica das pessoas deixaria de existir, talvez para ser entendido como um dado pré-normativo<sup>69</sup>. Trata-se, portanto, de um entendimento com o qual não se pode anuir. A capacidade jurídica pode ser objeto de limitação, mas não é ela mesma a limitação à aptidão para a subjetividade jurídica.

O correto é entender que a atribuição de capacidade jurídica decorre do ordenamento positivo vigente, e que o Direito brasileiro atribui esta capacidade tanto a entes dotados de personalidade quanto a sujeitos aos quais a lei, eventualmente, negue esta qualidade. No que se refere às pessoas, esta aptidão é atribuída de maneira *genérica*, ou seja, a Lei determina que toda e qualquer pessoa seja dotada da aptidão para situações jurídicas subjetivas, da capacidade jurídica propriamente dita. Isto não se refere, ainda, às limitações que possam sofrer no exercício dessa capacidade.

Além disso, e de maneira residual, a lei prevê a existência de capacidade jurídica em outras hipóteses tais como as já previamente enumeradas (nascituro, sociedade em comum, etc.). Fábio Ulhoa Coelho, dentre os autores nacionais, é quem tem reiterado, em diversas obras, desde a *Desconsideração da Personalidade Jurídica (1989)*, que os sujeitos de direitos podem ser dotados de personalidade ou não. O mesmo

---

<sup>69</sup> Quanto a isso se faz necessária uma explicação de cunho metodológico. A atribuição da qualidade de sujeito à pessoa não é um dado que antecede o ordenamento positivo. É o ordenamento que atribui à pessoa a qualidade de sujeito, assim como, hipoteticamente, e do ponto de vista lógico, pode também negar-lhe tal atributo. Daí a relevância do disposto no art. 1º, e a necessidade de se interpretar o texto legal como determinando a atribuição de capacidade jurídica a todas as pessoas. De outro modo, interpretando-se o dispositivo de forma diversa, estar-se-ia remetendo o fundamento da capacidade jurídica da pessoa a dados meta-jurídicos.

entendimento, aliás, que sustenta em seu *Curso de Direito Comercial (2002)* e, de forma mais didática e clara, em seu *Curso de Direito Civil (2003)*.

Capacidade jurídica, portanto, é a aptidão para a titularização de situações jurídicas subjetivas ou, em outras palavras, a aptidão para ser sujeito de direitos. Embora nem todos os juridicamente capazes sejam pessoas, todas as pessoas são juridicamente capazes.

#### 4 ENTES NÃO PERSONALIZADOS E SUA DEFINIÇÃO (GÊNERO PRÓXIMO E DIFERENÇA ESPECÍFICA)

Na medida em que se defende a existência de sujeitos de direito não dotados de personalidade, surge, para o estudioso do Direito, a necessidade de enquadrar e qualificar, teoricamente, esta “nova” categoria. O ponto inicial da empreitada, como não poderia deixar de ser, reside em conceituar estes *entes não personalizados*.

A lógica tradicional, com base em Aristóteles, propõe que a definição resida na indicação do *genus proximum* e da *differentia specifica*, sendo aquele, de forma grosseira, o gênero a que há de pertencer o objeto da definição, e esta a característica, o traço identificador, que diferencie o objeto dos demais de outras espécies.

Quanto ao *gênero próximo*, já o deixamos estabelecido: *entes não personalizados são verdadeiros sujeitos de direitos*. O gênero no qual há de se inserir a espécie *ente despersonalizado* é o dos capazes de direito (sujeitos).

Na medida em que nem todo sujeito de direito é pessoa, cabe-nos oferecer critério que sirva como de distinção entre os dois tipos de sujeitos de direitos. Eis aí a diferença específica, explicando em que os entes não personalizados, ainda que sujeitos de direitos, diferem da outra espécie de juridicamente capazes (as pessoas).

A diferença está em que, enquanto as *pessoas possuem aptidão genérica* para direitos, deveres e obrigações, os *entes despersonalizados possuem tal aptidão limitada* tanto pela legislação quanto por sua própria natureza.

*Genérica* é a atribuição da capacidade às pessoas na medida em que, dentre estas, todas têm a qualidade de sujeito, todas são capazes juridicamente. E também genérica na medida em que as limitações que possam ocorrer a essa aptidão serão determinadas *a posteriori*. Para a pessoa a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.

Em se tratando de pessoas naturais, a limitação da capacidade jurídica resulta, em regra, do estado, ou seja, da posição ocupada em face do Direito. Dentre as circunstâncias que influem na determinação do estado de uma pessoa destacam-se a posição em relação à família e à sociedade (*status familiae, status civitatis*).

Mas nem todas as limitações à ocupação de posições subjetivas decorrentes do estado correspondem a uma incapacidade jurídica. Há hipóteses que se referem, antes, a

uma falta de legitimação para situações específicas e relações determinadas. Trata-se de falta de legitimação, por exemplo, a hipótese em que uma pessoa (capaz de fato) fica impedida de nomear um concubino como herdeiro ou legatário (art. 1801, III, Código Civil). Não há, no caso, uma incapacidade para testar, mas mera falta de legitimidade para aquela específica nomeação. Não se deve, portanto, entender que se trate de limitação à capacidade, mas de um impedimento relativo, ou falta de legitimação para o ato.

A limitação à capacidade propriamente dita ocorre nas hipóteses em que o ato seja vedado genericamente ao sujeito. A uma pessoa casada, por exemplo, é vedado um novo casamento, com quem quer que seja, enquanto se mantenha o atual. Não se trata de uma vedação ao casamento com esta ou aquela pessoa, mas de uma vedação geral ao casamento <sup>70</sup>.

Há também a limitação da capacidade de direito para as pessoas jurídicas. Uma sociedade, por exemplo, poderá ter sua aptidão limitada, o que pode ocorrer em função do objeto, da estrutura societária adotada e do próprio fato de ser uma sociedade e não outro tipo qualquer de pessoa jurídica.

A categoria pessoa, em si, não sofre todas essas limitações, que só surgem na medida em que a pessoa se “especifique” em uma dada sociedade, com um determinado objeto. Em face apenas da qualidade de pessoa, não é possível afirmar que gama de situações jurídicas subjetivas lhe são vedadas ou quais sejam as limitações. Para a pessoa a aptidão é genérica, e as limitações sucedem (e não antecedem) a especificação das qualificações jurídicas aplicáveis.

Já os entes não personalizados só podem titularizar direitos ou participar de relações jurídicas que o ordenamento expressamente lhes autorize ou que se refiram diretamente à sua natureza e suas finalidades.

Quanto às relações jurídicas que o ordenamento expressamente autoriza, referimo-nos ao fato de que a capacidade jurídica destes sujeitos pode decorrer da enumeração. Isto porque os sujeitos sem personalidade *devem estar previstos* no direito positivo, mas também porque os direitos e deveres que podem exercer ou contrair são, num primeiro enfoque, os previstos na lei.

---

<sup>70</sup> A distinção entre a limitação da capacidade jurídica e a falta de legitimação para certas posições subjetivas nem sempre é reconhecida em sede doutrinária. (RUGGIERO, 1999).

Há, contudo, atos que, embora não previstos expressamente, relacionam-se aos objetivos e valores que justificam a existência do sujeito no contexto geral do sistema jurídico. São atos condizentes com a natureza do sujeito, atos referentes ao exercício da função do sujeito no sistema. Afirmar que a capacidade jurídica de um sujeito não personificado é limitada pela sua natureza é o mesmo que dizer que a limitação decorre de sua qualificação (atribuição de significado e funcionalidade).

Assim é que o nascituro, desde que concebido, tem todos os direitos (livres de qualquer condição) que lhe decorrem de sua natureza humana. Tem o direito à vida, à saúde, e todos aqueles que, ainda que não expressos, sejam adequados à sua condição, o que não impede a existência de certos direitos “condicionais” de titularidade do nascituro, notadamente de cunho patrimonial. Além disso, levada em conta a natureza do ente como critério delimitador de sua aptidão para direitos, deveres e obrigações, fica mantida a dignidade humana em face de outros entes sem personalidade.

O mesmo com relação a certos órgãos públicos, aos quais, como nos casos das câmaras municipais, legislativos estaduais (ou federal) e poder judiciário, costuma-se reconhecer a titularidade de certas prerrogativas inerentes à sua natureza e funções institucionais.

Da mesma forma o condomínio, que pode contratar empregados, realizar obras e as demais atividades referentes à sua natureza e finalidades, sem, contudo, ser dotado de autorização para ir além<sup>71</sup>. E o mesmo com o espólio, que existe apenas para dar solução, e enquanto durar a pendência das relações jurídicas deixadas pelo *de cujus*. E com a sociedade em comum, cujo regramento se estabelece com o objetivo de não deixar terceiros de boa-fé que com ela trataram sem a devida proteção jurídica.

Poder-se-ia objetar que as pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do Código Civil<sup>72</sup>, têm também a sua capacidade jurídica limitada por sua própria natureza, aplicando-se a elas a proteção dos direitos da personalidade naquilo em que compatível. Mas não é disso o que se trata.

O dispositivo referido versa sobre os direitos da personalidade, cuja elaboração doutrinária se desenvolveu acerca da pessoa em sentido ético, e não em sentido técnico-

---

<sup>71</sup> O que não deixa de criar certas questões problemáticas, como a da possibilidade de um imóvel ser registrado em nome do condomínio e não de seus condôminos.

<sup>72</sup> (BRASIL, 2002) “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

jurídico. Aliás, a idéia dos direitos da personalidade nada mais é do que uma adaptação, em sede de Direito Privado, da construção dos Direitos Humanos, originária da doutrina publicista. Daí o motivo da dúvida em se atribuir direitos “da personalidade” a uma pessoa jurídica, pelo mero fato de ser pessoa (sem o substrato humano). O art. 52 é, portanto, uma resposta ao questionamento quanto à incidência de direitos idealizados para o ser humano à pessoa jurídica.

A pessoa, por força do art. 1º do Código Civil, é genericamente capaz de direitos. Ao contrário, a regra para entes não personalizados é a incapacidade jurídica. Incapacidade tal que só se rompe na medida em que o ordenamento o faz expressamente, ou através da atribuição de sentido ao instituto à luz do sistema.

#### **4.1 A capacidade de ser parte e as questões do processo**

No que tange ao Direito Processual, tudo indica que o atual estágio de desenvolvimento de sua técnica se encontra plenamente apto ao enquadramento dos capazes de direito sem personalidade. Até mesmo porque tal enquadramento não seria nenhuma novidade.

O art.12 do CPC<sup>73</sup> reconhece aptidão para ser parte a quem o código civil não atribui expressamente a qualidade de pessoa.

*Art. 12 – Serão representados em juízo, ativa e passivamente:*

*I- ...;*

*II- ...;*

*III – a massa falida, pelo síndico;*

*IV – a herança jacente ou vacante, por seu curador;*

*V – o espólio, pelo inventariante*

*VI - ...;*

*VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;*

*VIII - ...;*

*IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.”*

(BRASIL, 1973)

Os doutrinadores do Direito Processual, ao contrário dos autores do Direito material, ao se debruçarem sobre o estudo dos sujeitos do processo, mais especificamente das partes no processo, têm identificado a existência destes sujeitos de

<sup>73</sup> Regra aproximada podia ser encontrada no art. 85 do antigo Código de Processo Civil de 1939: “*Art. 85 – Serão representadas em juízo, ativa e passivamente, a massa falida, pelo síndico ou liquidatário; a herança, pelo inventariante, salvo quando dativo; a herança vacante ou jacente pelo seu curador.*”

direito sem personalidade. E mesmo que em regra lhes falte uma verdadeira teoria dos entes despersonalizados, não lhes pode ser negado o mérito de reconhecer a estes a qualidade de sujeitos de direito, inclusive no plano material.

Parte é aquele que pede em nome próprio (ou em nome de quem se pede), ou contra quem se pede a tutela jurisdicional. A capacidade de ser parte é a qualidade atribuída a todos os entes que possam tornar-se titulares das situações jurídicas integradas na relação jurídica processual (DINAMARCO, 2003, P. 282).

Em regra <sup>74</sup>, esta aptidão é atribuída, no plano processual, a quem, no plano do direito material, se apresenta como titular dos direitos discutidos no processo: trata-se do que se conhece como legitimação ordinária. Esta determinação geral de que apenas o titular tenha legitimidade para demandar acerca de seu direito é de matiz individualista, e impõe a cada sujeito a iniciativa de reclamar em juízo os seus direitos.

Mas hipóteses há, também, em que quem demanda o faz em nome próprio, acerca dos direitos de outrem (sem que seja o caso de representação), e quando é assim a legitimação processual é chamada extraordinária. Trata-se, portanto, de espécie de legitimação que decorre da “falta de coincidência entre a pessoa que, legítima e eficazmente, pede em juízo, e a que é titular do direito na ordem material” (JÚNIOR, 2002, p. 209). Em suma, se quem está no pólo da relação processual o ocupa para tratar de direito próprio, trata-se de legitimação ordinária, e se de direito alheio, mas ainda assim em nome próprio, de legitimação extraordinária.

A Ciência do processo tem estabelecido o conceito de parte com fundamento exclusivo na relação jurídica processual, o que significa dizer que a parte no processo não é necessariamente a parte legítima e, ainda que o seja, poderá não ser dotada da titularidade da relação jurídica de direito material correspondente (legitimação extraordinária). E porque os processualistas<sup>75</sup>, de longa data, já não equiparam as partes aos titulares do direito versado no processo (embora seja esta a regra – legitimação ordinária), não lhes parece estranha a idéia de entes despersonalizados dotados de capacidade processual. Até porque, é o próprio direito positivo que assim o estabelece.

---

<sup>74</sup> (BRASIL, 1973) 6º - *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.*”

<sup>75</sup> Concordamos em que esta distinção entre o processo e o direito “material”, assim como aquela entre o direito “empresarial” e o direito civil, ou entre estes e o direito do consumidor, e até aquela entre o direito público e o privado, devam ser tomadas com razoável precaução, pois que o direito se nos apresenta sob a forma de um sistema. Quando fazemos referência aos “processualistas”, portanto, não deixamos de reconhecer que se trata de juristas que, inevitavelmente, transbordam os limites do tão só processo.

A doutrina processual tem reconhecido aos entes despersonalizados a qualidade de legitimados ordinários para figurarem na relação processual, até mesmo pela inviabilidade de se aplicar a hipótese de legitimação extraordinária a todas as situações em que se pode deparar com um ente despersonalizado no pólo da relação processual<sup>76</sup>. Assim sendo, ainda que sem aprofundar as conseqüências do entendimento, a doutrina processual reconhece que certos entes despersonalizados são sujeitos de direitos, e, nesta qualidade, aptos a figurar em um dos pólos da relação jurídica processual.

E não poderia ser de outra forma, pois é o próprio Código de Processo, na enumeração contida em seu art. 12, que traz referência a alguns entes despersonalizados em relação aos quais reconhece e atribui capacidade processual. É o caso da massa falida, da herança jacente, do espólio, das sociedades sem personalidade jurídica e do condomínio especial.

Em doutrina reconhece-se que a capacidade de direito é requisito para a capacidade de ser parte, e a atribuição de capacidade processual ao ente despersonalizado não é nenhuma exceção a essa regra<sup>77</sup>. A inevitável constatação de que pode haver conflitos de interesses relacionados aos entes despersonalizados, ainda que não referidos no Código de Processo (ALVIM, 1997, p. 74), que resultem no comparecimento, em juízo, como autores ou réus, destes “organismos” (SILVA, 2003, p. 241), fez com que a doutrina processualista se voltasse para o fenômeno.

Mas como a Ciência do Processo não é estanque, e compartilha conceitos básicos com a Ciência “do direito material”, em alguns doutrinadores pode ser encontrada, bem na base, a teoria da equiparação. Em torno dela, estabeleceram a distinção entre personalidade formal e personalidade material. Esta consistiria na capacidade jurídica, enquanto aquele se referiria à capacidade para o processo. Assim, para que não se tivesse que abandonar a teoria da equiparação, também os

---

<sup>76</sup> A título de exemplo, temos a hipótese do § 1º do art. 12 do CPC, determinando a formação do litisconsórcio entre o espólio e os sucessores e herdeiros do falecido. Demonstra que o espólio não age com legitimação extraordinária em relação aos herdeiros e sucessores, não postula direitos deles, ainda que em benefício dos mesmos, não sendo, portanto, um substituto processual.

<sup>77</sup> Ao contrário do que pensa Vicente Greco Filho, para quem os sujeitos enumerados no art. 12 são uma exceção à regra de que a capacidade de direito é requisito da capacidade processual. Nas palavras do autor: “*É capaz de ser parte quem tem capacidade de direitos e obrigações nos termos da lei civil. Todavia, em caráter excepcional, a lei dá capacidade de ser parte para certas entidades sem personalidade jurídica (sem grifo no original)*” (GRECO FILHO, 2002, p. 100)

processualistas chegaram a atribuir personalidade (formal, processual) aos sujeitos arrolados no art. 12<sup>78</sup>.

Não parece correto que se deva atribuir “personalidade processual” para que se explique a aptidão do ente despersonalizado para a titularidade das situações processuais. De duas uma, ou o ente despersonalizado seria substituto processual e, portanto, não necessariamente o titular da relação jurídica de direito material, ou, caso contrário, sua “personalidade” não poderia ser meramente processual. O que se dá é que, sendo o ente despersonalizado sujeito de direitos, eventualmente poderá integrar, legitimamente, um dos pólos da relação processual, em regra, demandando ou sendo demandado em hipótese de legitimação ordinária.

Nada disso, porém, tira dos processualistas o mérito de apontar, com muito mais constância, para a existência de sujeitos de direitos não dotados de personalidade. E mais do que isso, o mérito de ter desenvolvido as categorias técnicas necessárias ao adequado enquadramento do sujeito no sistema.

Assim é que a representação e a legitimação do despersonalizado podem ser tratadas, sem maiores complicações, com o instrumental do Direito Processual no estado em que se encontra. Mais do que isso, a tecnologia do processo já vem dando soluções adequadas para as questões que envolvem os entes despersonalizados.

Em regra, trata-se de operacionalizar a representação (ou “representação”) por meio da legitimação ordinária. Na representação a parte não é o representante, mas o representado em nome de quem este age. O nascituro, por exemplo, é representado no exercício da legitimidade ordinária. O síndico de um condomínio, do mesmo modo, na propositura de ação de cobrança contra condômino, age como órgão (representante) do ente despersonalizado, que exerce legitimação ordinária em juízo. Extraordinária, no caso, seria a propositura dessa mesma ação por condômino, em face da inércia do síndico (condomínio) (SANTOS, 1995).

Mas também a legitimação extraordinária se presta à proteção dos direitos dos despersonalizados. É extraordinária, autônoma e concorrente, por exemplo, a

---

<sup>78</sup> Exemplo deste entendimento pode ser encontrado em Cândido Rangel Dinamarco: *“a lei do processo vai além e confere mera personalidade processual a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidas no processo como partes. (...) O que há em comum entre as pessoas físicas, as jurídicas e esses entes despersonalizados exclusivamente para fins processuais é a sua capacidade de serem titulares das situações jurídicas processuais – e, daí, a capacidade de serem partes”*. (DINAMARCO, 2003, p. 283).

legitimação do Ministério Público, para a propositura de ação de reconhecimento de paternidade <sup>79</sup>. Pode-se, também, falar em legitimação extraordinária em todos os casos em que se houvesse (a depender da evolução da técnica jurídica) de atribuir titularidade de direitos aos irracionais.

Em verdade, a adequação do sistema processual à figura dos despersonalizados decorre, em muito, do fato de que tais sujeitos já se encontram previstos e enquadrados. É certo que, em determinados casos, a doutrina vacila quanto à qualificação do sujeito despersonalizado. Mas isso não se dá em detrimento de um enquadramento que solucione, do ponto de vista instrumental, o problema dos despersonalizados no processo. Pelo contrário. O processo civil já vem trabalhando com estes sujeitos de modo bastante satisfatório, de tal modo que o reconhecimento de sua existência não exige maiores adaptações técnicas e conceituais no Direito Processual.

---

<sup>79</sup> A ação de reconhecimento de paternidade não é o único caso de legitimação extraordinária do Ministério Público em favor do nascituro. Já foi apontado, *supra*, julgado em que o MP teve legitimidade reconhecida para a propositura de ação civil pública com o objetivo de alcançar provimento determinando o tratamento médico de gestante em prol de filho ainda não nascido.

## **5 TEORIA DA EQUIPARAÇÃO NO PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

Sendo esta uma tese que se defende no âmbito do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas gerais, é desejável que apresente alguma análise acerca de como as pesquisas desenvolvidas e o conhecimento produzido em seu âmbito tangem a teoria do sujeito, a teoria da equiparação e o reconhecimento da subjetividade dos entes não personificados. As considerações seguintes, assim, inserem-se no contexto deste esforço.

Do ponto de vista do método, e considerando o fato de que o programa abrange o trabalho de diversos pesquisadores, para uma aferição do estado da “arte no âmbito do programa”, foram submetidas à seleção e análise, de um lado, as teses e dissertações defendidas nos últimos anos e publicadas em meio digital, e, de outro, textos de professores (pesquisadores) abordando, ainda que indiretamente, o tema objeto desta tese.

No âmbito do programa podem ser encontradas obras que tangem a questão do sujeito de direito e da personalidade. Em regra, contudo, não enfrentam o problema dogmático que este trabalho se propõe a resolver. Desta natureza são os trabalhos de Lúcio Antônio Chamon Júnior (2007) e Diogo Luna Moureira (2009).

Mas o Programa de Pós Graduação em Direito da PUC-Minas se destaca pelas pesquisas desenvolvidas no campo do Biodireito, em que exerce posição de destaque e liderança a Professora Dra. Maria de Fátima Freire de Sá, de quem se pode dizer que seja uma das fundadoras e principais difusoras do estudo sistematizado deste ramo no país.

Sua obra é paradigma para uma diversidade de pensadores do direito privado, notadamente aqueles formados sob a tradição da Faculdade Mineira de Direito. E por isso, ainda que seus escritos não sejam assinados por outros pesquisadores da casa, servem como razoável parâmetro para aferição do entendimento dominante. Tanto mais quanto não se encontre nenhuma opinião ou posicionamento em sentido contrário, senão em escritos do Prof. Dr. Cesar Fiuza.

E o que pôde ser aferido é que a teoria da equiparação continua sendo aceita como se se tratasse de um fato da natureza. Sem questionamento e sem oposição, ainda

que resulte em contradições, e mesmo em se tratando de obras de caráter eminentemente crítico.

Isto no mostra algo que efetivamente merece reflexão: A adoção da “teoria da equiparação”, até certo ponto, fornece um guia para previsão de quais sejam (e em que situações surgirão) eventuais contradições, perplexidades ou incoerências na dogmática assim construída, antes mesmo que o problema venha a ser tratado. Em outras palavras, para o jurista que enuncia a equiparação, certos problemas podem ser dados como certos. Senão, vejamos.

## **5.1 Biodireito: novos problemas mesmo paradigma**

O Biodireito trata das questões juridicamente relevantes relacionadas às interferências biológicas no ser humano, viabilizadas que tem sido pelo processo de evolução tecnológica relacionada à biologia e medicina.

Por enfrentar temas acerca dos quais a legislação é notavelmente lacunosa, os juristas do biodireito pretendem extrair dos princípios pertinentes as regras aplicáveis aos “novos casos” concretos, mas sem que isso implique na construção de uma teoria geral respectiva. O que significa dizer, em outras palavras, que os estudiosos do Biodireito operam sob os mesmos fundamentos da teoria da relação/situação jurídica e do sujeito de direitos.

### **5.1.2 A Equiparação como Norte**

Nos escritos da Profa. Maria de Fátima a opção pela equiparação é expressa. Notadamente em seu Manual de Biodireito (SÁ; NAVES, 2011), redigido em co-autoria com o Prof. Bruno Torquato, encontra-se citação de obra deste em que se qualifica a personalidade como um “*atributo de constituição*” da subjetividade<sup>80</sup>, um requisito para a existência do sujeito. E assim, sem maiores cogitações críticas quanto à inadequação de se equiparar as noções de sujeito e de pessoa, a equiparação é tomada como correta, sendo seguida, como não poderia deixar de ser, das incongruências já anotadas.

---

80 “*tem-se o atributo de constituição do sujeito enquanto partícipe de relações e situações jurídicas – a personalidade. A pessoa é o ente dotado de personalidade e, como tal, apta a possuir direitos e deveres na ordem jurídica*” (NAVES, 2010, p. 17).

## 5.2 Biodireito e a Natureza do Nascituro

Já demonstramos que a adoção da teoria da equiparação em face do direito positivo vigente leva ao problema posto pelo art. 2º do Código Civil (Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002), qual seja, a afirmação de que o nascituro tem direitos sem ser dotado de personalidade.

Isso é o que se tem no Manual de Biodireito, em que o problema é detectado, mas não a sua origem. De modo a estabelecer-se um “erro de diagnóstico”, em que a contradição é percebida, mas não sua efetiva causa.

Vejam os:

*O positivismo, tentando distanciar-se da visão jusnaturalista, concebeu categorias normativas generalizantes que compreenderam a personalidade como “atribuição ou investidura do direito”; ser pessoa significa ter aptidão para a titularidade de direitos e deveres. No Direito Civil brasileiro, ao que parece, vingou a idéia de que a personalidade é determinada pelo nascimento. (...) A práxis, no entanto, demonstrou incongruências: se o nascituro pode receber doação, ser legatário; ver-se representado por curador ao ventre em caso de conflito de interesses com a mãe ou mesmo em caso de incapacidade dessa; possuir capacidade de ser parte em ação judicial – sendo autor em ação de alimentos e ação de investigação e reconhecimento de paternidade, e réu em ação anulatória de testamento ou de contrato que o contemple – como não lhe atribuir personalidade? (SÁ; NAVES, 2011, p. 65)*

A pergunta com que se conclui a citação apresenta, em toda a sua clareza, a armadilha a que leva a adoção da equiparação. De modo que a questão passa a ser: como não equiparar? Como atribuir direitos sem atribuir personalidade? Trata-se, contudo, de questionamento para o qual não há resposta nos limites da teoria da equiparação.

A pergunta, assim, deveria ser outra. Deveríamos nos questionar acerca dos motivos que levam a insistir em uma equiparação que o direito nega, tanto em sua letra expressa quanto em sua sistemática.

Na citação acima está dito que “a práxis demonstrou incongruências”, e nisto concordamos. Todavia, ao esclarecer que incongruências seriam essas o Manual de Biodireito se afasta de nós, se apega à equiparação, e aponta como incongruência a *não*

*atribuição de personalidade ao sujeito não nascido*, ou seja, a incongruência estaria na opção pela teoria natalista em detrimento da concepcionista.

Nestes termos

*Acrescentamos: o reconhecimento de iguais liberdades pressupõe a inclusão daqueles que, na argumentação, podem assumir posições jurídicas, o que, no caso do nascituro, é suficiente para outorgar-lhe personalidade.*

*Ora, se o sistema cria um rol de categorias e lá inclui apenas certos entes, detentores de direitos subjetivos, também cria um rol paralelo de entes que foram abstratamente excluídos de participar do fenômeno jurídico, sem que isso seja necessariamente verdade.*

*Superando a tradição, podemos enxergar que a personalidade, vista como um centro de imputação de liberdades e não liberdades, não se restringe a direitos e deveres correlatos (...).(SÁ; NAVES, 2011, p. 72)*

E assim, além da necessidade de negar o texto expresso do art. 2º do Código Civil, a opção pela equiparação leva a explicações tais como a que veio acima, em que entes compõem um rol paralelo abstratamente excluído de participar do fenômeno jurídico, “*sem que isso seja necessariamente verdade*”. É a figura do “parecer sem ser”.

A opção pela equiparação leva também a outras contradições, como, por exemplo, o reconhecimento da qualidade de “*ente despersonalizado*” ao condomínio, à herança jacente e à massa falida (SÁ; NAVES, 2011, p. 53), sem que o nascituro seja inserido nesta mesma categoria. E isso convida a uma reflexão acerca da adequação das explicações dogmáticas do fenômeno jurídico. Em outras palavras, de critérios objetivos que possibilitem medir a correção de uma construção dogmática em face do direito vigente.

Para nosso objetivo momentâneo, o que resta demonstrado é que a teoria da equiparação não tem sido objeto de crítica sistematizada neste programa de pós-graduação; pelo contrário. De tal modo que a presente tese pode oferecer alguma contribuição aos estudos aqui realizados.

## 6 CONCLUSÃO

Na parte inicial deste texto nos propusemos a identificar o método que condicionou o desenvolvimento do Direito Privado, tal como o conhecemos, e que fundamentou a criação de uma Parte Geral em torno dos elementos essenciais da relação jurídica. Tratamos de entender seu método, mas também as categorias fundamentais que a compõem.

Nossa proposta não reside na superação do método, mas tão somente em, nos limites deste, contribuir para a depuração conceitual de uma das categorias básicas da dogmática, qual seja, a do sujeito de direito. Para tanto, apontamos para os problemas da concepção majoritária, que identifica as noções de sujeito e de pessoa como sinônimas (equiparação), ou estabelecem que a personalidade seja requisito essencial da capacidade jurídica.

Demonstramos que a equiparação entre as noções tem sido a verdadeira causa por trás de inúmeras contradições e discordâncias doutrinárias. Mostramos como a equiparação interfere nas discussões acerca do nascituro, da sociedade de fato, do espólio, da massa falida, dos irracionais, e de todos os entes que recebam a atribuição de capacidade jurídica sem uma personificação expressa correspondente. Parece-nos o suficiente para justificar o abandono dessa idéia.

Como se não bastasse, apontamos para o fato de a equiparação não encontrar fundamento no direito positivo vigente, senão na reprodução de uma concepção doutrinária que deixou de ser aceitável com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Relacionadas estas diversas questões a uma mesma “teoria” (equiparação), é por meio da superação desta que indicamos a solução dos problemas sobre os quais se debruça a doutrina quantos aos sujeitos sem personificação. Se a equiparação realmente existe (como demonstrado), e se é a causa das imprecisões, urge superá-la.

Para a superação do paradigma da equiparação propomos o reconhecimento de capacidade jurídica a entes sem personalidade. Demonstramos que este entendimento, apesar de marginalizado pela doutrina, é condizente com a legislação em vigor. Mas isso não é tudo.

A teoria dos entes não personalizados, ao contrário da utilização de diversas categorias para a explicação de fenômenos isolados, é capaz de oferecer uma solução global. Algo que não podem alcançar teorias como a da representação (condomínio), personalidade condicional (nascituro), diretos sem sujeito, enumeração exemplificativa do art. 44 etc. São todas explicações parciais, imprestáveis além dos limites de sujeitos específicos. Nisso a teoria dos entes despersonalizados leva grande vantagem sistemática, pois identifica o problema onde ele efetivamente está: na equiparação.

Também o ordenamento e os instrumentos da técnica processual podem abrigar, como já abrigam, os não personalizados, sem maiores alterações dogmáticas. A representação, somada às construções de legitimação ordinária e extraordinária são suficientes para a tarefa.

“Beleza” e “elegância” são noções que, em regra, não se relacionam ao direito, mas a questões do espírito e da arte. Sendo o usual que não se julguem tais atributos em questões doutrinárias de caráter jurídico; E tampouco sejam considerados como critério para a tomada de decisões judiciais.

Em outros campos do conhecimento, contudo, verifica-se algo distinto. Notadamente, entre os que se valem de equações matemáticas para a descrição da matéria e a previsão de fenômenos, há referência não rara a uma suposta beleza, a uma suposta elegância qualificadora das explicações e equações. A título de exemplo, dentre os diversos cientistas que atribuíram relevância à beleza e elegância das equações, fulgem os nomes estelares de Paul Dirac, Albert Einstein e Stephen Hawking.

Dirac acreditava que a “beleza matemática” atuasse como critério qualitativo de uma teoria, ao ponto de enunciar que as leis da física deveriam ter beleza matemática, de tal modo que, quanto mais condizente com a natureza, mais bela seria uma explicação acerca dela. A seu modo, Einstein sempre “pregou” que o universo devesse funcionar de acordo com um conjunto de leis elegantes. E elegância tem sido justamente a palavra utilizada por Stephen Hawking (que evita tratar de beleza).

Mas o que, afinal, deve-se entender por “elegância” ou “beleza” quanto a uma explicação matemática? Certamente não é algo que possa ser percebido pelos não iniciados. E é impossível saber o que, exatamente, quiseram dizer com esses adjetivos aqueles gênios. Entre os cientistas, contudo, as noções de elegância e de beleza estão relacionadas a certos atributos de uma teoria científica, dentre os quais a simplicidade (ausência de excrescências) e a universalidade.

O trauma é tão grande, e a história tão cheia de equívocos, que é preciso que se enuncie de modo prévio: aqui não se propõe a aplicação de uma lógica matemática à solução de questões jurídicas. O que não exclui ou impede a adoção dos atributos de simplicidade e universalidade como critérios para a aferição da “elegância” de construções dogmáticas e explicações jurídicas. De tal modo que possam ser tidas por elegantes as construções dogmáticas que, além de condizentes com o direito vigente, sejam dotadas de simplicidade e universalidade. E especificamente no campo do direito, é desejável que a explicação dogmática se aproxime, tanto quanto possível, do entendimento intuitivo dos homens comuns.

Não foi o nosso objetivo apresentar, já elaborada e bem desenvolvida, uma teoria dos entes não personalizados. Mas acreditamos ter demonstrado que o instrumental técnico de que dispõe a Ciência do Direito (tanto processual quanto material) está apto ao tratamento e enquadramento da categoria do juridicamente capaz não personificado.

Os aspectos que de que tratamos, e que entendemos devam ser os pontos básicos em torno dos quais se elabore a teoria, são também assuntos acerca dos quais propomos uma maior reflexão. Ao que nos parece, o campo se encontra aberto, e o ordenamento completamente apto a uma teoria que ofereça explicação mais palatável para algumas das mais básicas questões da teoria geral do direito.

**REFERÊNCIAS**

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p. XIII-XXIV.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 38, p. 22-23, dez. 1992.

ALVES, José Carlos Moreira. A Formação Romanística de Teixeira de Freitas e seu Espírito Inovador. In: CONGRESSO INTERNAZIONALE DEL CENTENARIO DI AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, Roma. **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**: atti del congresso = Augusto Teixeira de Freitas e o direito latino-americano : atas do congresso. Roma: Padova, 1988.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume 2: Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

AMARAL NETO, Francisco dos Santos A Técnica Jurídica na Obra de Freitas. A Criação da Dogmática Civil Brasileira. In: CONGRESSO INTERNAZIONALE DEL CENTENARIO DI AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, 1983, Roma. **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**: atti del congresso = Augusto Teixeira de Freitas e o direito latino-americano : atas do congresso. Roma: Padova, 1988.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARGENTINA. Lei nº 340 de 29 de setembro de 1869. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Buenos Aires, 29 set. 1869. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>> Acesso em: 03 jan. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: volume 1: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BARBOSA, Arnaldo Afonso. **A pessoa em direito**: uma abordagem crítico-constitutiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: RED Livros, 2001

BORDA, Guillermo A. **Manual de derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168p

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 23926-SP. Ação de indenização proposta por funcionário municipal contra município. Câmara municipal Relator: Des. Antônio de Pádua Ribeiro. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 abr. 1994. p. 8475.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 88856-SP. Câmara municipal. Em nossa organização jurídica, as câmaras municipais não tem personalidade jurídica. A capacidade processual é limitada a defender interesses institucionais próprios e vinculados a sua independência e funcionamento. Relator: Des. Ministro José Delgado. **LEX STJ**, Brasília, v. 89, p. 223, 19 ago. 1996.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. 8960-SP. Constitucional. Processual civil. Recurso ordinário em mandado de Segurança. Ação popular. Ato da assembléia legislativa do estado de São Paulo. Personalidade jurídica. Capacidade processual em juízo. Defesa de interesses institucionais próprios e vinculados à sua Independência e funcionamento. Relator: Des. Ministro Humberto Gomes de Barros. **LEX STJ**, Brasília, v. 120, p. 74, 22 mar. 1999.

BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. **Diário oficial da União**, Brasília, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.701 de 1º de Janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial. **Consolidação das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1850. T. 11, p. 57-238. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)> Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL Lei nº 5.197 de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm)> Acesso em 03 jan. 2013.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 200. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 v.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano: volume 2: institutas de Gaio e de Justiniano Vertidas para o português em confronto com o texto latino**. São Paulo: Saraiva, 1951.

CRETILLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002

DINIZ, Souza. **Código Civil alemão**. Rio de Janeiro: Record, 1960.

EBERLE, Simone. **A capacidade – entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch, 1953.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARMELO, Graham. **It must be beautiful**: great equations of modern science. Victoria: Granta Books, 2002.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1961. v.3.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. v.1.
- FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FRANÇA. Código Civil de 21 de março de 1804. Institui o Código Civil Francês. **Imp. de la République**, março de 1804. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517.table>> Acesso em: 22 jan. 2007.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1972. v.2.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. 2 v.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GIORDANI, Mário Curtis. **História do Império Bizantino**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GIORDANI, Mário Curtis. **O Código Civil à luz do direito romano**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 1999.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil: Tomo 1: parte general**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRA, Sílvio A. B. **A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v.3, Livro 2.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0701.03.060026-9/001(1). Ação de reconhecimento de sociedade de fato. Requisitos não comprovados. Convivência amorosa. Irrelevância. Apelante: Marlei Teodora Mateus. Apelado: Emilie Joyce Soares Oliveira. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 20 de maio de 2005.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001. Família. Investigação de Paternidade e Alimentos. Direito do Nascituro. Apelante: Bárbara Pilar Abrahão Moyses Pimenta. Apelado: Luiz Henrique Galdino. Relator: Des. Duarte de Paula. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.377309-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em 05/01/2013.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2.0000.00.309092-0/000(1). Ação de dissolução de sociedade de fato c/c dano moral. Apelante: Espólio de Darci Teixeira Dutra e outros. Apelado: José Américo Grippi e outros. Relatora: Des. Jurema Miranda. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 09 mar. 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v.1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 29.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas: A correlação entre as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica**, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas, Belo Horizonte.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos de personalidade e dados genéticos**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Elder Câmara, 2010.

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

PENTEADO, Jaques de Camargo. O devido processo legal e abortamento. In: PENTEADO, Jaques de Camargo et al. (Org.) **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume 4: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 5 éd. Paris: L.G.D.J., 1950. t. 1

REALE, Miguel. A parte geral do novo Código Civil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 13, jul. 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao013/Miguel\\_Reale.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao013/Miguel_Reale.htm)> Acesso em: 05 nov. 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação nº 70007139298. Ação civil pública. Fornecimento de tratamento à gestante. Criança e adolescente. Proteção à saúde do nascituro. Apelante: Município de Arroio Grande. Apelado: Ministério Público. Relator: Desa. Matilde Chabar Maia. **Diário de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 25 de março de 2004. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70007139298&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Acac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70007139298&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Acac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)> Acesso em: 05 jan. 2013.

RIZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Renato Amaral Braga da. **Ensaio sobre o fenômeno da personificação**: contribuição à teoria dos entes atípicos. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte.

ROCHA, Renato Amaral Braga da. Justificativa de Enunciado ao Art. 44 do Código Civil. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3, 2005, Brasília. **Anais da III Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**: volume 1: introdução e parte geral. Campinas: Bookseller, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis e criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: volume 1: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SINISCALCHI, Carolina. O nascituro no ordenamento jurídico pátrio. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 21, 31 maio 2005. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=651](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651). Acesso em 24 jun. 2007.

TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7590>>. Acesso em: 24 jun. 2007

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TRANQUILLUS, Gaius Suetonius. **A vida dos doze Césares**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** volume 1: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** volume 5: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Direito civil:** parte geral. Belo Horizonte: Del Rey.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Direitos coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos. In: AMARAL, Guilherme; CARPENA, Márcia Louzada Carpena (Coord.). **Visões críticas do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.