

PERSONALIDADE vs. CAPACIDADE JURÍDICA — UM REGRESSO AO *MONISMO CONCEPTUAL*?

Pelo Prof. Doutor Diogo Costa Gonçalves

SUMÁRIO:

1. Origem da distinção.
2. Revisão crítica: sobreposição conceptual.
3. Cont.: contaminação valorativa.
4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos.
5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao monismo conceptual.
6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas.

1. Origem da distinção

I — A distinção entre capacidade e personalidade jurídica é bastante recente na cultura jurídica europeia. Contrariamente ao que vimos suceder quanto a outros conceitos fundamentais da teoria geral do Direito civil, a escola da exegese e a pandectística não contribuíram para a distinção dos conceitos.

O séc. XIX viveu, na verdade, marcado por um *monismo conceptual*, expresso na utilização exclusiva de apenas uma das noções ou, em alguns casos, na utilização sinónima dos termos⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Com efeito, o conceito de *capacidade jurídica* foi introduzido na doutrina alemã por THIBAUT, na sua obra *System des Pandektenrecht*, 1803, §§ 188 e ss. (neste sentido, FRITZ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, 1963, p. 37).

II — Nas fontes oitocentistas, o silêncio quanto aos conceitos é a nota.

O Código NAPOLEÃO desenvolveu com detalhe o gozo dos direitos civis e as situações de incapacidades, mas não ofereceu um conceito técnico de capacidade jurídica nem de personalidade. Do mesmo modo, também o *BGB* conheceu o conceito de capacidade, mas não o definiu⁽²⁾.

III — Em Portugal, no período da pré-codificação não é possível identificar uma utilização distinta dos conceitos e, em rigor,

Rapidamente, porém, se divulgou a sua identificação com o conceito de personalidade. Em PUCHTA, a personalidade jurídica surge como a “*possibilidade subjetiva de uma vontade jurídica, de um poder jurídico, a capacidade para direitos (Fähigkeit zu Rechten), a característica em virtude da qual o Homem é sujeito de relações jurídicas*” (*Pandekten*, 9.^a ed., 1863, §22, p. 37).

SAVIGNY apenas utiliza o conceito de capacidade, entendido como possibilidade de titular direitos e deste modo ser parte em certa relação jurídica: “*Quem pode ser titular ou sujeito de uma relação jurídica? Esta questão tem que ver com a possibilidade de ter direitos, ou capacidade jurídica (...)*” (*System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, § 60.^o, 1).

ARNDTS toma os conceitos por equivalentes — “*Pessoa em sentido jurídico é um indivíduo que é ou pode ser sujeito de direitos. Nos casos em que alguém é reconhecido como tal, existe personalidade, capacidade jurídica*” (L. ARNDTS R. VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, 14.^a ed., 1889, § 24.^o, p. 32) — e mais sinteticamente VON GIERKE: “*chama-se personalidade à capacidade de ser sujeito de direito*” (*Deutsches Privatrecht*, I, cit., p. 265).

Esta orientação perdurou ao longo do séc. XX, podendo ser encontrada em autores como FRITZ RITTNER (*Die werdende juristische Person*, 1973, p. 251), KARSTEN SCHMIDT (por exemplo, *Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht*, 1984, p. 10), HANS J. WOLFF (*Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128), et alia.

Na escola da exegese, o cenário foi idêntico, pese embora o menor rigor conceptual. MARCADÉ, por exemplo, distingue entre *jouissance des droits civils* do *l'exercice de droits civils*, mas o desenvolvimento da distinção não permite a aproximação ao conceito de personalidade, antes à distinção hodierna entre capacidade de gozo e exercício (*Cours élémentaire*, I, 4.^a ed., 1850, pp. 82 e ss.).

De um modo geral, o conceito de capacidade encontra-se omnipresente mas os comentadores do Código NAPOLEÃO não o identificam claramente nem oferecem dele uma definição precisa. Em autores como ÉMILE ACOLLAS, por exemplo, a propósito das *personnes de pure création juridique*, surge também a utilização equivalente dos conceitos de personalidade e capacidade: “*Il y a des êtres de pure création juridique, que la loi, organe de la collectivité des citoyens, investit de la personnalité et qui sont considérés comme capables de droit et d'obligations*” (*Manuel de Droit Civil à l'usage des étudiants*, 1869, p. 16).

(²) Sublinhando este aspeto, cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, *AcP* 207 (2007), pp. 225-255 (226).

nem sequer uma utilização técnico-jurídica. O Código SEABRA viria a acolhê-los no art. 1.º, como sinónimos.

IV — Os primeiros comentadores do Direito codificado perpetuaram a confusão terminológica favorecida pelo Código.

BRUSCHY, por exemplo, definia *personalidade jurídica* como consistindo em haver *capacidade de direitos e obrigações*⁽³⁾. ABEL ANDRADE dotava o conceito de capacidade de uma conotação qualitativa, ao identificá-lo com a *natureza* do ente jurídico⁽⁴⁾. Do mesmo modo, DIAS FERREIRA, tratando de precisar o uso do termo pessoa em sentido jurídico, utilizava os termos capacidade e personalidade como sinónimos:

“(…) no actual estado do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra pessoa, quando se quer designar o homem pelo lado juridico, ou se faz referencia propriamente á sua capacidade juridica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade juridica de adquirirem os hypotheticos”⁽⁵⁾.

V — Durante o séc. XX, enquanto em outras latitudes se mantinha a equiparação conceptual oitocentista⁽⁶⁾, no espaço jurídico alemão começou a formar-se uma progressiva distinção entre capacidade e personalidade.

O lugar dogmático da distinção nascente foi o *direito das corporações*. Em 1918, HAFF distinguia entre corporações com e sem personalidade jurídica, classificando a *Gesamthand* como *Persenvereinigung* à qual faltava *Rechtspersönlichkeit*⁽⁷⁾: na *Gesamt-*

⁽³⁾ BRUSCHY, *Manual do Direito Civil Portuguez segundo a novissima legislação*, I, 1868, p. 2.

⁽⁴⁾ ABEL DE ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez (Arts. 395.º e ss.)*, 1895, pp. 3-4.

⁽⁵⁾ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, I, 1870, p. 7.

⁽⁶⁾ Assim, por exemplo, em França, *personnalité juridique* continua a significar a capacidade de direitos e obrigações (cf. GÉRARD CORNU, *Droit Civil. Introduction — Les personnes, les biens*, 11.ª ed., 2003, p. 209). O mesmo acontece Suíça: cf. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11.ª ed., 1995, pp. 69 e ss.

⁽⁷⁾ KARL HAFF, *Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts*, 1918, p. 61.

hand o sujeito de direito não era a comunidade em si mesma considerada mas sim a totalidade dos seus membros que, em mão comum, titulavam direitos e obrigações. A atuação da *Gesamthand* no comércio jurídico consistia assim numa *capacidade jurídica meramente formal*⁽⁸⁾.

A distinção assinalada introduziu um *dualismo conceptual* no discurso jurídico que se encontra presente em abundante literatura. Não poucas vezes, a exposição da disciplina da *juristische Person* é feita a partir do binómio *Persönlichkeit / Rechtsfähigkeit*⁽⁹⁾. Em outros autores, assume-se expressamente a conotação qualitativa do conceito *Rechtspersönlichkeit*⁽¹⁰⁾.

De modo geral, a distinção é conhecida ainda que não se aprofunde o conteúdo conceptual reservado a cada um dos conceitos.

VI — O desenvolvimento progressivo desta orientação deve ser articulado com a denominada *justificação tradicional da capacidade jurídica (traditionelle Begründung der Rechtsfähigkeit)*⁽¹¹⁾. A tese tradicional vê na capacidade a possibilidade jurídica de titulação de direitos subjetivos os quais, na orientação também ela tradicional, são entendidos como o poder da vontade juridicamente relevante.

Ora, o reconhecimento de uma vontade jurídica exige que, como condição prévia, se identifique um sujeito ou pessoa a quem tal vontade se impute. O conceito de *Rechtspersönlichkeit* indica justamente essa qualidade jurídica de pessoa, pressuposto da capacidade.

Em ENNECERUS/KIPP este entendimento encontra-se bem ilustrado:

“O conceito de direito (subjetivo), reconhecido pelo ordenamento como um poder relevante dirigido à satisfação de interesses humanos, requer um sujeito a quem o poder é conferido, um sujeito jurídico ou, como igualmente se diz no discurso jurídico, uma pessoa. A personali-

⁽⁸⁾ HAFF, *Institutionen*, cit., pp. 66-68.

⁽⁹⁾ Por exemplo, ERICH STEFFEN, *Das BGB Kommentar RGRK*, 1982, § 21.º.

⁽¹⁰⁾ HERMANN FAHSE, *Soergel Kommentar zum BGB*, I, 13.ª ed., 2000, § 1.º, 2 e ss.

⁽¹¹⁾ Por exemplo, ALEXANDER MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft — Die Verpflichtungs- und Vermögensfähigkeit*, 2006, p. 34.

*dade não é um direito subjetivo mas sim uma qualidade jurídica, pres-
suposto de todos os direitos e obrigações, da capacidade jurídica”*⁽¹²⁾.

A personalidade jurídica surge, assim, como um conceito qualitativo, como uma qualidade jurídica (*rechtliche Eigenschaft*) em virtude da qual se é pessoa em Direito e que, do mesmo modo, expressa o denominador comum a todos os sujeitos jurídicos. É-se pessoa (seja qual for a natureza) porque se possuiu a qualidade da *Rechtspersönlichkeit*. A capacidade jurídica poderá ser imanente à personalidade⁽¹³⁾, não podendo existir separadamente desta, mas surge conceptualmente distinta.

VII — Paralelamente a esta evolução, a distinção que remonta a SAVIGNY entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*⁽¹⁴⁾ foi-se sedimentando. O leque conceptual alarga-se significativamente: termos como *Geschäfts-*, *Handlungs-* e *Deliktsfähigkeit*, coabitam agora com a utilização dos conceitos *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*⁽¹⁵⁾, o que exige um progressivo esforço de *distinguere et definire*.

Neste processo o legislador viria a jogar, porém, um papel decisivo ao assumir em importantes diplomas normativos a distinção conceptual entre capacidade e personalidade jurídica.

Assim, por exemplo, na *AktG* 1937, a sociedade anónima surgiu definida no § 1.º como uma sociedade “*mit eigener Rechtspersönlichkeit*”⁽¹⁶⁾. A este contributo, some-se o que já dispunha o § 124 *HGB* acerca da capacidade das *oHG* e *KG*. Também no § 11.º *InsO* o legislador construiu a disposição normativa mediante o recurso conceptual aos conceitos *juristische Person*, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit*.

(12) LUDWIG ENNECERUS/THEODOR KIPP/MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1926, § 76.º, p. 185.

(13) MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 35.

(14) SAVIGNY, *System*, II, cit., § 60.

(15) Veja-se uma proposta de distinção dos conceitos in FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 31 e ss.

(16) Com referências, cf. KARSTEN SCHMIDT, “Grundlagenungewissheit der Gesetzgebung oder der Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrechts? — Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit als Beispiele”, *Von der Sache zum Recht (FS Volker Beuthien 75. Geburtstag)*, 2009, pp. 211-233.

VIII — Temos, portanto, que uma distinção dogmática que não sem resistência foi sendo recebida na doutrina, impôs-se como um dado sistemático, por via normativa.

A conclusão não se fez esperar: se o legislador distingue, é mister reservar para os conceitos conteúdos próprios. As tentativas ficam porém aquém do esperado: sublinha-se o carácter teórico e tautológico da distinção e, em alguns casos como em MATHIAS LEHMANN, chega a assumir-se que em causa está o fim didático de ilustrar dois tipos de atribuição de capacidade⁽¹⁷⁾.

IX — A distinção alemã entre capacidade e personalidade jurídica comunicou-se, naturalmente, a outras ordens jurídicas.

Em Itália a influência napoleónica cedo foi temperada por uma progressiva receção do pensamento germânico e pela tradução dos seus melhores autores, entre eles DERNBURG. Também aqui é possível encontrar uma clara distinção entre personalidade e capacidade jurídica.

O nervo central da lição italiana sobre esta matéria assenta (i) na distinção entre *capacità giuridica* ou capacidade de gozo e *capacità di agire* (ou de exercício)⁽¹⁸⁾; (ii) acompanhada de uma identificação entre a capacidade de gozo e a personalidade jurídica.

Esta orientação surge defendida em RUGGIERO, cuja obra *Istituzioni di Diritto Civile*, conheceu tradução para português, em 1934. Para o autor, a capacidade jurídica (de gozo) é apresentada como a *idoneidade para ser sujeito de direito* e, neste sentido, identifica-se com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de agir, ou capacidade em sentido próprio, é tomada no sentido de exercício, pelo sujeito, de posições jurídicas⁽¹⁹⁾.

No mesmo sentido segue STOLFI, também citado em autores portugueses: a capacidade jurídica é a qualidade de ser sujeito de

⁽¹⁷⁾ MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 245.

⁽¹⁸⁾ Para ilustração do ambiente juscientífico italiano em finais de oitocentos no que à capacidade jurídica diz respeito, ENRICO CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, 1887, pp. 127 e ss. As referências à doutrina alemã são constantes.

⁽¹⁹⁾ ROBERTO RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, I, 1934, pp. 339-341.

direito, coincidindo assim com o conceito de personalidade. A *capacità di agire*, correspondente à *Geschäftsfähigkeit* ou *Handlungsfähigkeit* alemã, consubstancia uma medida do exercício da atividade jurídica⁽²⁰⁾.

Esta doutrina é comum, com cambiantes de intensidade, a COVIELLO⁽²¹⁾, MAZZONI⁽²²⁾, VENZI⁽²³⁾, *et alia*.

X — Em Portugal, a influência germano-italiana cedo se fez sentir. Logo em GUILHERME MOREIRA, os elementos essenciais da distinção personalidade e capacidade jurídica surgem já identificados, tal como viriam a sedimentar-se na escola. *Personalidade*, para o autor, corresponde à qualidade jurídica de ser pessoa, à suscetibilidade de direitos e obrigações (tal como referia o art. 1.º do Código SEABRA)⁽²⁴⁾. Já *capacidade* é entendida como a “*medida do poder jurídico*” ou a “*susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa*”⁽²⁵⁾.

CABRAL MONCADA viria a aperfeiçoar esta distinção, sustentando que a personalidade é a mesma para todos os sujeitos, enquanto suscetibilidade genérica. Já o conceito de capacidade expressa o *quantum* de direitos e obrigações que pode cada sujeito titular e exercer⁽²⁶⁾.

CUNHA GONÇALVES segue a mesma distinção, pondo a tónica, porém, não tanto na dimensão qualitativa/quantitativa dos conceitos, mas antes na dimensão estática/dinâmica da abordagem. A personalidade, enquanto suscetibilidade de direitos e obrigações, pressupõe uma compreensão estática da pessoa, separada do seu agir. *In actu*, a pessoa é exercício de direitos e obrigações.

⁽²⁰⁾ NICOLA STOLFI, *Diritto Civile*, I, II (*Parte Seconda*), 1931, pp. 19 e ss.

⁽²¹⁾ NICOLA COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, I (*Parte Geral*), 3.ª ed., 1924, pp. 143 e ss.

⁽²²⁾ EMIDIO PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, II, 4.ª ed., 1904, pp. 34 e ss.

⁽²³⁾ GIULIO VENZI, *Manuale del Diritto Civile Italiano*, 1925, pp. 56 e ss.

⁽²⁴⁾ GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito civil português*, I, 1907, p. 153.

⁽²⁵⁾ GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, I, cit., pp. 170 e 171. O autor acusa a receção da distinção entre capacidade de gozo e de exercício, sem que no entanto lhe dedique maior atenção.

⁽²⁶⁾ CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil (Parte Geral)*, 2.ª ed., 1954, p. 263.

Daqui decorre a seguinte sistematização: personalidade jurídica é apenas sinónimo de capacidade de gozo. Em ambos os conceitos subjaz a consideração estática do sujeito, a sua qualidade de pessoa. Neste sentido, *Rechtspersönlichkeit* e *Rechtsfähigkeit* são conceitos idênticos. A capacidade de agir ou de exercício é de outra grandeza: *Handlungsfähigkeit* é distinto de *Rechtspersönlichkeit*. Em causa está uma compreensão da realidade jurídica *in actu*⁽²⁷⁾.

A sistematização de CUNHA GONÇALVES é comum a JOSÉ TAVARES. Personalidade e pessoa são tomados como conceitos jurídicos sinónimos⁽²⁸⁾: capacidade de gozo e personalidade jurídica não se distinguem. Já capacidade de exercício surge entendida como a idoneidade do sujeito para praticar atos jurídicos⁽²⁹⁾. No mesmo sentido segue MANUEL DE ANDRADE, sublinhando que o conceito de personalidade e capacidade de gozo se implicam mutuamente⁽³⁰⁾.

A distinção entre os conceitos torna-se, assim, *communio opinio* na primeira metade do séc. XX.

XI — A situação dogmática então vivida favorecia a distinção normativa dos conceitos na nova codificação civil em preparação: foi o que sucedeu.

A MANUEL DE ANDRADE coube a elaboração de um projeto de articulado para o novo Código Civil, relativo à personalidade jurídica. Aí se distinguiu claramente entre *personalidade jurídica*, *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos*⁽³¹⁾. Não se oferece qualquer definição dos conceitos.

(27) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, I, 1929, pp. 168-170.

(28) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, II (1928), p. 5.

(29) JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais*, II, cit., pp. 25-26.

(30) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I (*Sujeitos e objecto*), por FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, 1960 (reimp. 1992), pp. 30 e ss.

(31) MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto de código das pessoas e da família na parte relativa ao começo e termo da personalidade jurídica, aos direitos de personalidade, ao domicílio”, *BMJ* 102 (1961), pp. 153-166.

*Artigo 1.º**(Começo da personalidade)*

§ 1.º — *A personalidade jurídica adquire-se pelo nascimento completo e com vida.*

§ 2.º — *Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.*

§ 3.º — *Reputa-se já concebido o nascituro que vem a nascer nos trezentos dias subsequentes.*

*Artigo 2.º**(Capacidade de direitos)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, em igualdade de condições, sempre que a lei não determine outra coisa.

*Artigo 3.º**(Capacidade para actos jurídicos)*

Podem ser partes em contrato ou noutro acto jurídico, agindo por si ou por meio de procurador, todas as pessoas não exceptuadas por lei”.

O articulado de MANUEL DE ANDRADE transitou, com ligeiras alterações de redação, para o texto da *1.ª Revisão Ministerial* (arts. 44.º e ss).

XII — Na *2.ª Revisão Ministerial*, porém, a distinção entre *capacidade de direitos* e *capacidade para atos jurídicos* desaparece. Mantém-se apenas o articulado referente à capacidade de direitos, sob a designação *capacidade jurídica*, e com a seguinte redação:

*Artigo 67.º**(Capacidade jurídica)*

As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário. Nisto consiste a sua capacidade jurídica.

O texto da 2.^a Revisão transitou para o *Projeto de 1966* e veio a conhecer força de lei. Nas últimas décadas, a distinção entre personalidade e capacidade e entre capacidade de gozo e de exercício tornou-se um lugar comum na cultura jurídica portuguesa, não conhecendo críticas de relevo⁽³²⁾.

O dualismo conceptual domina, assim, o discurso jurídico.

2. Revisão crítica: sobreposição conceptual

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica, se consolidada, não é isenta de dificuldades. A primeira dificuldade está associada a uma sobreposição conceptual e linguística entre personalidade jurídica e capacidade de gozo.

Para este facto chamava a atenção, desde logo, MANUEL DE ANDRADE:

“A capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (Rechtsfähigkeit), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (art. 1.º do Cód. Civ.).

Não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude à possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade”⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Por todos, cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil* (Lições 1978-1979), I, 1995, pp. 119 e ss.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), 2005, pp. 193 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, I (*Introdução. As pessoas. Os bens*), 2.^a ed., 2000, pp. 134 e ss. e 143 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV (*Parte Geral — Pessoas*), 3.^a ed., 2011, pp. 358 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a ed., 2012, pp. 33 e ss. e 80 e ss. e *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., 2009, pp. 35-37; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.^a ed., 2012, pp. 195 e ss.; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, pp. 308 e ss.; PAULO CUNHA, *Teoria Geral do Direito Civil* (1971/1972), 6.^a aula 12-nov.-1971 e CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 1995, *passim*.

⁽³³⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30-31.

II — O que afirma o autor merece ser ponderado com cuidado.

O conceito de *capacidade*, enquanto medida concreta de uma suscetibilidade abstrata (de uma qualidade jurídica), não é inteligível no discurso jurídico se, no ato comunicativo em causa, não se pressupuser a existência dessa mesma suscetibilidade. É uma exigência *lógico-jurídica*: certo sujeito só é capaz de um direito ou obrigação se, em abstrato, for suscetível de direitos e obrigações.

É mister portanto concluir que se há capacidade jurídica é porque existe personalidade jurídica (observação, contudo, capaz de causar algum embaraço, como melhor veremos a propósito da relativização da personalidade).

Personalidade e a capacidade jurídica são independentes de uma concreta situação jurídica. *A* pode ser capaz do direito de propriedade e, contudo, nunca vir a ser proprietário. Tem a *potência* (personalidade e capacidade jurídica) para tal, mas isso não garante que receba em ato o que a potência permite.

III — O que fica dito não oferece especiais dúvidas. Já mais complexa é a afirmação de MANUEL DE ANDRADE segundo a qual “*não se pode ter personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade*”. Isto porque, no plano estritamente conceptual, é possível ao jurista conceber a personalidade jurídica, com um conteúdo útil, sem que o mesmo conceito exija a determinação concreta dos direitos e obrigações em causa (*i.e.*: a capacidade).

A afirmação é, contudo, verdadeira se atendermos no facto de que o que se está a afirmar é a impossibilidade de certo sujeito *ter* personalidade sem capacidade, e não a impossibilidade de *conceber* a personalidade sem capacidade.

No plano puramente abstrato, é possível conceber os dois conceitos separadamente. Porém, na concretização do processo aplicativo do Direito, *a capacidade consome a personalidade*.

IV — Com efeito, ser suscetível de direitos e obrigações é sempre ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. A atribuição a determinado sujeito de personalidade jurídica é esvaziada de sentido se não for acompanhada de uma concretização dos direitos e

obrigações que, *in casu*, tal sujeito pode ser titular. É que *direitos e obrigações* não existem em estado puro. Não são enteléquias no ordenamento. Poderão ser tomados como conceitos técnico-jurídicos de natureza abstrata, mas são principalmente realidades sócio-culturais que convocam a aplicação de regimes normativos concretos, com uma função juseconómica e uma concreta dimensão valorativa.

Quando se afirma que alguém é suscetível de direitos e obrigações, não se está a querer dizer que é suscetível de uma abstração técnico-jurídica, mas sim que lhe pode ser aplicado certo regime normativo.

Podemos ir mais longe: a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*», por si e desligada da capacidade, quando independente de um sujeito. No momento em que a personalidade *inere* a um concreto sujeito (por reconhecimento ou atribuição normativa), ela confunde-se com a noção de capacidade de gozo e perde autonomia.

Compreende-se, portanto, que uma significativa orientação doutrinária presente em Itália e Portugal tenham tomado por *materialmente equivalentes* a personalidade e a capacidade de gozo, mesmo preconizando uma *distinção formal* dos conceitos.

3. Cont.: contaminação valorativa

I — O que fica dito não é tudo, se ignorarmos a acentuada dimensão valorativa subjacente à distinção entre personalidade e capacidade jurídica. Ela justifica, em última instância, o sucesso consagrado de uma distinção conceptual quase exclusivamente baseada na *insustentável leveza* de um critério qualitativo *vs.* quantitativo.

II — A técnica jurídica da *personificação* surge associada, por via de regra, à atribuição da personalidade jurídica que, deste modo, aparece como a qualidade de ser pessoa, em Direito.

Ora, o conhecimento de experiências histórico-jurídicas que negaram ao Homem a qualidade de pessoa, bem como a existência de *incapacidades*, eivaram o discurso de uma dimensão valorativa a que deveria ser alheia a crescente tecnicização dos conceitos. Sentiu-se a necessidade, no fundo, de enfatizar a qualidade jurídica de pessoa — a mesma para todos —, ainda que *in casu* se estivesse a lidar com situações de incapacidade⁽³⁴⁾.

Deste modo, o conceito técnico de personalidade jurídica sofreu uma *contaminação valorativa* do universo significativo-ideológico associado à própria noção de pessoa. Os ventos do *personalismo jurídico*, largamente difundidos no séc. XX, favoreceram, aliás, tal contaminação.

III — Este facto, porém, evidencia as limitações associadas à aplicação do conceito de personalidade jurídica a entes inumanos. É que estes não carecem de uma ponderação valorativa semelhante à que se faz quanto às pessoas físicas.

Se do ponto de vista axiológico, é reconhecido sentido na afirmação que a pessoa humana goza sempre de personalidade jurídica enquanto expressão da sua própria qualidade ontológica; quanto à pessoa coletiva tal não acontece: a personificação só se justifica em razão de uma medida concreta de capacidade.

Não há substrato ôntico que suporte, portanto, a dimensão valorativa associada ao conceito.

4. Cont.: o problema da relativização da personalidade e a universalidade sistemática dos conceitos

I — A última observação conduz-nos pela mão a uma segunda dificuldade associada à distinção entre personalidade e capacidade jurídica: a questão da *relatividade* dos conceitos, em particular da personalidade jurídica.

⁽³⁴⁾ Chamando a atenção para este facto, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., IV, p. 359.

O entendimento da *capacidade jurídica* como um conceito relativo foi especialmente divulgado por FABRICIUS, a quem se atribui a paternidade da *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*.

Segundo o autor, a capacidade não deveria ser entendida como abstração conceptual axiologicamente determinada (em especial pelo princípio da igualdade) mas antes conhecida a partir de um concreto regime normativo⁽³⁵⁾ e tendo em conta as naturais diferenças no plano da atuação dos diversos sujeitos de direito individualmente considerados⁽³⁶⁾.

Daqui resultava que a atribuição de capacidade jurídica nunca seria absoluta (mesmo para as pessoas físicas), estando sempre sujeita a *certa medida*. Dever-se-ia, portanto, falar em capacidade jurídica parcial (*Teil-Rechtsfähigkeit*) ou relativa (*relative Rechtsfähigkeit*).

A ordem jurídica — a manter-se a identificação entre *Rechtsfähigkeit* e *Person* — poderia operar assim personificações mitigadas, ou limitadas a certo âmbito de atividade jurídica, dando origem a uma graduação do conceito de pessoa (*Gradualisierung des Personkonzepts*)⁽³⁷⁾ e à criação de pessoas jurídicas parciais (*juristische Teil-Person*)⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 235 e passim.

⁽³⁶⁾ FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., p. 55, superando a mera distinção entre pessoas físicas e jurídicas.

⁽³⁷⁾ Com desenvolvimento, cf. REINHARD DAMM, “Personenrecht — Klassik und Moderne der Rechtsperson”, *AcP* 202 (2002), pp. 841-879, 866 e ss.

⁽³⁸⁾ A teoria de capacidade jurídica relativa ou parcial nasce, em primeiro lugar, das insuficiências do entendimento tradicional da capacidade jurídica. Na concepção clássica, os sujeitos de direito têm a exclusividade da capacidade jurídica: não há capacidade afora da personalidade jurídica, de onde apenas os sujeitos de direitos (a quem se reconhece a qualidade da *Persönlichkeit*) são juridicamente capazes.

FABRICIUS começa por proceder a uma análise dos dados normativos conhecidos para constatar que tal exclusividade não é exatamente correta. Em causa está, desde logo, a situação jurídica do nascituro, à luz do § 1923 *BGB*, e o reconhecimento de certa capacidade à *nicht rechtsfähige Verein*, tidas como *nicht juristische Person* (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 5 e ss.).

Desta observação conclui o autor que não apenas as pessoas (naturais ou jurídicas) são juridicamente capazes; a ordem jurídica reconhece também, para alguns efeitos, capacidades a realidades não personificadas.

A construção de FABRICIUS, para ser bem compreendida, exige que se sublinhe que o autor, se parte da distinção entre construções sociais (*soziale Gebilden*) com e sem capa-

II — A *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* esteve longe de conhecer uma recepção entusiasta no espaço germânico. De modo geral, reconhece-se-lhe o valor de apontar as insuficiências da construção tradicional e, sobretudo, de sublinhar a existência de capacidade para além dos casos admitidos de personificação⁽³⁹⁾.

Apontaram-se-lhe, porém, severas críticas. Desde logo, a confusão no plano da normatividade entre os factos e o discurso deontico. A par desta, surgia ainda a crítica de uma utilização terminológica incorreta: a capacidade devia ser entendida como uma qualidade *objetiva* e não *subjativa*. O sujeito de direito goza de capacidade jurídica (em geral) independentemente das posições jurídicas que, em concreto, logre titular. Daqui resultaria que a capacidade jurídica seria sempre uma qualidade geral e não gradual.

Neste sentido, sublinha ALEXANDER MESCHKOWSKI:

“A capacidade é uma atribuição objetiva, que existe quando pode ser atribuído um direito ou uma obrigação. Esta qualidade, porém, é vista como uma característica geral e não gradual do objeto reconhecido como sujeito de direito. Ela é sempre referente a uma concreta posição jurídica, resultante de previsão legal (Tatbestand), de onde é mais correto descrever como capacidade abstrata do que como capacidade concreta”⁽⁴⁰⁾.

cidade jurídica, não assume o dualismo conceptual marcado pela distinção entre personalidade e capacidade.

Com efeito, no autor, o conceito de capacidade jurídica está largamente associado ao substrato natural da vontade e à concreta possibilidade de atuação do sujeito. Na análise histórico-dogmática que sustenta, visa justificar, justamente, a presença, no conceito jurídico, de elementos associados à natural capacidade de atuação dos sujeitos (*Relativität der Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 37 e ss., em especial, pp. 43 e ss.).

Valeu-lhe, tal opção, a crítica de ignorar a distinção entre *Sein* e *Sollen*, no plano da cientificidade do Direito: *“A compreensão de uma capacidade jurídica parcial faz desaparecer os limites entre a normatividade e ser, na medida em que de determinados factos tira conclusões sobre a capacidade jurídica”*. (LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235).

Não distinguindo os conceitos, e partindo do § 1.º *BGB*, a capacidade jurídica parcial surge como a mensuração da própria subjetividade jurídica: ser-se-á mais ou menos pessoa quanto maior ou menor a medida da capacidade.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., pp. 49-50.

⁽⁴⁰⁾ MESCHKOWSKI, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 50.

E, noutro registo, LEHMANN:

“Se se define a capacidade jurídica como a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, então não pode haver «um momento intermédio». Ou se é capaz de ter direitos ou se não é. Ambas as afirmações relacionam-se entre si como as afirmações «a» e «não a»: tertium non datur.

Isto parece ser também reconhecido por alguns representantes da Teilrechtsfähigkeit. Apenas assim se pode explicar que coloquem o atributo «Teil» em parêntesis à frente do conceito Rechtsfähigkeit. Na verdade, a «(Teil-)Rechtsfähigkeit» é já ela plena Rechtsfähigkeit porque se existe a capacidade jurídica mesmo apenas quanto a uma parte do Direito, então isso implica afirmar simultaneamente que a pessoa é considerada capaz para a atribuição de direitos e obrigações”⁽⁴¹⁾.

Tudo ponderado, estar-se-ia perante uma construção sugestiva, porém, dogmaticamente incorreta e, em parte, tautológica.

III — O interesse pela *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit* foi, contudo, reavivado em inícios do século com a decisão do BGH de 29-jan.-2001 e com os ricos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais que se lhe seguiram⁽⁴²⁾.

IV — Em Portugal, o problema da relativização dos conceitos é também ele abordado mas com um enquadramento distinto, determinado por dois fatores:

- (i) Mercê do dualismo conceptual dominante, ao conceito de *capacidade* preside já uma ideia de quantidade ou medida, de onde a relatividade da capacidade jurídica é de fácil aceitação sem que os autores tenham porque alterar os padrões dogmáticos gerais em que vêm argumentando;
- (ii) Enquanto que no § 1.º *BGB* permanece a atribuição da *capacidade* com o nascimento, a opção do legislador

⁽⁴¹⁾ LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., p. 235.

⁽⁴²⁾ Com referências, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais — Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, pp. 566 e ss.

português de 1966 foi (conceptualmente) distinta: com nascimento completo e com vida adquire-se a *personalidade jurídica*, que se extinguirá com a morte natural (arts. 66.º e 68.º CC).

V — Daqui decorre que os núcleos problemáticos subjacentes à *Theorie der relativen Rechtsfähigkeit*, com base nos quais FABRICIUS procede à sustentação juspositiva da sua tese, viriam a ser equacionados, em Portugal, sob a égide da personalidade jurídica.

Assim, o problema da situação jurídica do nascituro foi entre nós reconduzido à questão de saber se a pessoa concebida e não nascida goza de personalidade jurídica (não obstante o regime disposto no art. 66.º CC)⁽⁴³⁾. Do mesmo modo, a atribuição normativa de capacidade (mormente capacidade judiciária) a realidades não personalizadas colocou a questão de saber se, afinal, a atribuição da personalidade jurídica não podia ser gradual ou relativa, conduzindo ao reconhecimento de *juristische Teil-Personen* ou, na terminologia de PAULO CUNHA, *pessoas coletivas rudimentares*.

VI — Com efeito, à semelhança da doutrina tradicional alemã, também em Portugal domina a construção segundo a qual, para haver capacidade jurídica, basta a suscetibilidade da titularidade concreta de um único direito ou obrigação. Se a certa realidade se reconhece a titularidade de um único direito ou obrigação que seja, então tal significa que estamos perante um caso de capacidade jurídica e, logo, de personalidade jurídica (caso contrário não haveria capacidade), de onde se deve afirmar que tal realidade se encontra juridicamente personificada.

Exemplo paradigmático deste entendimento pode ser encontrado em OLIVEIRA ASCENSÃO:

(43) Para um enquadramento geral, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, in *O Direito*, n.º 123 (1991), ano IV, pp. 571-598; GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, in *FDUL*, Vol. XLI (2000), n.º I, pp. 525-539; DIOGO LEITE DE CAMPOS/STELA BARBAS, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *ROA*, ano 61 (2001), n.º III, pp. 1257-1268; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, 2.ª ed., 2000, pp. 50 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, cit., T. IV, pp. 364-365.

“Quem tiver capacidade tem necessariamente personalidade, pois este conceito é prévio (...). É-se mais ou menos capaz mas não se é mais ou menos pessoa”.

E antes afirma:

“(...) desde que uma entidade seja titular de situações jurídicas, é pessoa, seja qual for o número dessas situações. No limite, podemos dizer que quem tem uma única situação é já pessoa. Se a tem é porque tem a suscetibilidade de ser titular. Isto é muito importante para o esclarecimento dos casos duvidosos, pois basta a determinação de um direito para ter de se concluir que há personalidade jurídica”⁽⁴⁴⁾.

VII — O problema coloca-se quando a atribuição de capacidade é feita quanto a realidades que «resistem» à personificação, quer por razões histórico-dogmáticas, quer porque o âmbito concreto da suscetibilidade de direitos e obrigações é tão circunscrito e instrumental que desdiz da dimensão significativo-ideológica da personificação e da sua real utilidade heurística.

Um exemplo paradigmático desta hipótese é o condomínio, ao qual a lei, não reconhecendo personalidade jurídica, atribui capacidade de representação (art. 1436.º, al. *i*) capacidade judiciária (arts. 1433.º, n.º 6 e 1437.º CC e art. 12.º, al. *e*) CPC) e uma estrutura organizativa.

Para estes casos, há duas hipóteses: ou (*i*) não se retiram todas as consequências da atribuição de capacidade em nome de outras dimensões axiológicas e dogmáticas convocadas no processo aplicativo do Direito (como sejam, no caso do condomínio, a sua ligação congénita a formas jurídicas de propriedade)⁽⁴⁵⁾; ou (*ii*) se obe-

⁽⁴⁴⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, cit., pp. 145 e 135, respetivamente.

⁽⁴⁵⁾ É, no fundo, o denominador comum das diversas orientações dogmáticas que vêem na propriedade horizontal uma forma de propriedade ou, pelo menos, um direito real. Com desenvolvimento e referências, cf., por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., 1993 (reimp. 2000), pp. 463 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., 2012, 2009, pp. 312 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 1979, reimp. 1993, pp. 639 e ss.; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, 2008, pp. 738 e ss.; A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.ª ed., 2012, pp. 329 e ss. e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., 2009, pp. 399 e ss.

dece à estrita lógica jurídica e reconhece que, havendo capacidade, há personalidade jurídica.

Nesta última hipótese, a noção de personalidade parcial ou rudimentar ajudará a explicar que a ordem jurídica pode reconhecer uma suscetibilidade de direito e obrigações circunscrita a certo universo de titularidade⁽⁴⁶⁾.

VIII — Temos, portanto, que os termos em que a questão da *Teilrechtsfähigkeit* foi colocada em Portugal determinou a sua circunscrição problemática à personalidade coletiva, e, deste modo, uma igual circunscrição da dimensão valorativa da personalidade ao caso das pessoas físicas.

Vimos já como o conceito de personalidade jurídica surge axiologicamente mesclado com a tradução da juridicidade da realidade pessoal. Com este enquadramento, teria sido impensável uma relativização da personalidade das pessoas físicas: o humano ou é ou não é pessoa, não o pode ser em certa medida. Daí que os termos da discussão em torno da personalidade jurídica do nascituro sejam sempre saber se goza ou não de personalidade (se é ou não pessoa) e nunca a relativização da sua personalidade jurídica. A dimensão ético-jurídica da discussão impede tal argumentação.

Ao contrário, no caso das pessoas coletivas, não existe uma pessoa humana como substrato real do conceito técnico. A personalidade jurídica podia assim ser discutida separadamente da dimensão valorativa identificada.

Por esta razão se compreende que, na doutrina portuguesa, a personalidade jurídica parcial ou limitada seja sempre *personalidade coletiva limitada*, como dizia MANUEL DE ANDRADE, por oposição a uma *personalidade coletiva plena*⁽⁴⁷⁾. Do mesmo modo, fala-se em pessoas coletivas rudimentares e não em pessoas rudimentares.

A relativização da personalidade é sempre um problema de personificação coletiva.

⁽⁴⁶⁾ É a posição de RUI PINTO DUARTE quanto ao condomínio, vendo nele uma pessoa coletiva rudimentar. Cf. *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., 2007, p. 125.

⁽⁴⁷⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 52-53.

IX — A relatividade da personalidade coletiva coloca dificuldades sérias à distinção e articulação entre os conceitos personalidade e capacidade.

Se personalidade coletiva é personalidade jurídica, então as pessoas coletivas rudimentares são uma quantificação de um conceito qualitativo (que, enquanto expressão da qualidade de pessoa é inquantificável) e a manutenção da distinção entre capacidade e personalidade torna-se cada vez mais insustentável: na medida em que a personalidade é quantificada, confunde-se com a própria noção de capacidade (também ela suscetibilidade abstrata).

Do mesmo modo, uma *personificação relativa* de realidades supra-individuais, em oposição ao carácter absoluto da personalidade das pessoas físicas, parece comprometer a unicidade conceptual em que nos movemos.

Poder-se-á falar ainda em personalidade jurídica como conceito universal no discurso jurídico?

5. Tautologia da distinção: ensaio de retorno ao *monismo conceptual*

I — A distinção entre personalidade e capacidade jurídica íntegra, no presente, o património comum da cultura jurídica portuguesa. É um pilar do *de jure personarum* no sistema jurídico nacional. Mas nem por isso se furta ao crivo da crítica.

As insuficiências apontadas à distinção foram já ilustradas. Retenhamos os seus traços fundamentais:

- (i) A distinção entre a natureza *qualitativa* do conceito personalidade, por oposição à natureza *quantitativa* da capacidade, não conhece relevância no plano da resolução de casos concretos e apenas se justifica pela dimensão valorativa que lhe subjaz.

Não fora em causa estar a qualidade de pessoa — e o universo significativo que a mesma convoca — a conceptualização de uma suscetibilidade qualitativa de

direitos e obrigações não teria sido possível ou, pelo menos, sustentável.

- (ii) A distinção entre personalidade e capacidade apenas é concebível no puro plano abstrato. A personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade abstrata e conceito estritamente qualitativo, apenas «*existe*» por si e desligada da capacidade quando pensada independentemente de um sujeito. No momento em que, no discurso jurídico, a personalidade é predicada quanto a um concreto titular — *i. e.*: quando o conceito é utilizado no processo aplicativo do Direito — ela confunde-se com a noção de capacidade e perde autonomia⁽⁴⁸⁾.
- (iii) Por fim, a relativização da personalidade jurídica na dogmática portuguesa (*maxime* na doutrina das pessoas rudimentares) traz duas grandes dificuldades de sustentabilidade do tradicional quadro conceptual.

⁽⁴⁸⁾ Tal é verdade quanto às pessoas singulares: ser suscetível de direitos e obrigações é sempre — no homem individualmente considerado — ser suscetível de *certos* direitos e obrigações. O *hominum*, em concreto, nunca recebe a personalidade jurídica em estado puro, como mera suscetibilidade abstrata, mas sempre por referência a concretos direitos e obrigações, desde logo os emergentes da sua própria estrutura ontológica.

Por maioria de razão, o mesmo se diga quanto às pessoas coletivas. Na ordem jurídica, apenas se reconhece uma realidade inumana como *persona*, porque ela titula, ou para que ela titule, uma medida concreta de suscetibilidade de direitos e obrigações. A personificação coletiva serve sempre a capacidade jurídica. Mais: a medida da personificação (a admitir a sua relativização, como no caso das pessoas rudimentares ou da *juristische Teil-Person*) decorre de uma medida concreta de capacidade.

Uma vez que, quanto às pessoas coletivas, a dimensão valorativa do conceito de *personalidade* carece de sentido, a atribuição de personalidade jurídica é sempre feita em função da capacidade, e em bom rigor, como sustenta BEUTHIEN, confunde-se com ela: “*Ter personalidade jurídica não significa outra coisa que ser pessoa, titular de direitos e obrigações. A personalidade jurídica da pessoa coletiva confunde-se portanto com a capacidade.*” [cf. VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht”, *JZ* (2003) 14, pp. 715-722 (718)].

Veja-se ainda, a este propósito, a distinção de PAIS DE VASCONCELOS entre personalidade jurídica enquanto conceito *geral concreto* e *geral abstrato in Contratos Atípicos*, 2.^a ed., cit., pp. 35-36.

Em primeiro lugar, conduz à quantificação de um conceito qualitativo. Se a distinção entre personalidade e capacidade é feita exclusivamente a partir da afirmação qualitativa da primeira e quantitativa da segunda, tratar a personalidade com certa medida é quantificar um conceito qualitativo e comprometer a própria possibilidade de distinção: se, afinal, o conceito de personalidade é quantitativo (podendo-se ser mais ou menos pessoa), nada o distingue da capacidade.

Em segundo lugar, na medida em que a relativização da personalidade jurídica apenas se coloca quanto às pessoas coletivas (a pessoa singular nunca é *Teil-Person*) fica comprometida a unicidade e universalidade dos conceitos.

Na verdade, o problema da relativização da personalidade jurídica apenas foi colocado entre nós a propósito das pessoas coletivas, pelas razões já apontadas, e apartado da dimensão axiológico-valorativa que o conceito importa no caso da personalidade singular. Daqui decorre uma *personalidade jurídica singular absoluta*, por oposição a uma *personalidade jurídica coletiva relativa*, que dá origem a vários graus de personificação.

Uma tal distinção, inevitável, compromete irremediavelmente a unicidade do conceito.

II — Das insuficiências apontadas cumpre retirar consequências.

Todo o labor juscientífico dirige-se, em primeiro lugar, à obtenção de uma *dimensão explicativa* do Direito vigente, facultando ao intérprete-aplicador um quadro compreensivo que o ajude a apreender a decisão, a recolocar a *quaestio juris* e a construir um padrão de fundamentação na decisão de casos concretos.

À dimensão explicativa deve somar-se uma *dimensão heurística*, a partir da qual se desenvolvem os próprios dados do sistema e se apontam renovadas soluções normativas.

Do mesmo modo, deve ainda reter-se que estando subjacente ao discurso jurídico uma *intenção problemática*, é em função da capacidade de resposta ao universo problemático em causa que o sucesso de uma distinção conceptual deve ser apreciado.

III — Ora, o universo jus-problemático que surge como o *locus naturalis* da distinção entre personalidade e capacidade é o da *atuação jurídica*. Com efeito, o conceito de capacidade jurídica começa por estar, na pandectística, intimamente relacionado com a noção de relação jurídica ou atuação jurídica em sentido lato. Assim surge em SAVIGNY: ser juridicamente capaz era poder estar em relação⁽⁴⁹⁾.

O desenvolvimento posterior do *direito subjetivo* ditaria a aproximação de capacidade ao conceito de direito. Como o conceito de direito é tendencialmente estático, esta evolução conferiu naturalmente alguma estaticidade ao próprio conceito de capacidade, favorecida aliás pela distinção entre *Rechtsfähigkeit* e *Handlungsfähigkeit*.

Mas o núcleo jus-problemático permanece intangível: em causa está, fundamentalmente, uma questão de *actio juris*: que direitos podem ser titulados e acionados na ordem jurídica⁽⁵⁰⁾.

IV — Esta observação permite-nos uma importante *delimitação negativa*: o universo jus-problemático subjacente à distinção entre personalidade e capacidade é absolutamente alheio à preocupação pela tradução valorativa, no plano da juridicidade, da realidade pessoal.

Daqui decorre que a distinção entre personalidade e capacidade jurídica não deve estar condicionada pela dimensão axiológico-valorativa a que já fizemos referência. Esta surge como um *corpo estranho* na distinção, quando atendemos à unidade de sentido jus-problemática em resposta. Um *corpo* cuja presença se compreende pelos circunstancialismos históricos já conhecidos,

⁽⁴⁹⁾ Com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., pp. 253 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, é significativo que UWE JOHN, por exemplo, considere como primeiro elemento do próprio conceito de pessoa (*Rechtsperson*), singular ou coletiva, a *unidade de ação autónoma* (*selbständige Handlungseinheit*). Cf., do autor, *Die organisierte Rechtsperson*, 1977, p. 74 e *passim*. Ser pessoa em sentido técnico-jurídico é, para UWE JOHN, agir, *atuar*. Não será de estranhar, portanto, que o núcleo jus-problemático subjacente à personalidade e capacidade seja a *actio juris*, a atividade jurídica. É que essa é precisamente, como sublinha o autor, a nota essencial ao conceito de *Rechtsperson*.

mas ainda assim *estranho* e cuja presença está na origem de muitas das tensões assinaladas.

V — Procuremos, portanto, delinear uma distinção entre capacidade e personalidade jurídica a que seja alheia a dimensão valorativa reconhecida a este último conceito... Tal distinção, porém, não se afigura possível. Se se excluir a dimensão valorativa, a distinção entre uma suscetibilidade qualitativa de direitos e obrigações, enquanto conceito destinado a indicar a qualidade de ser pessoa, e uma medida concreta de suscetibilidade torna-se tautológica.

O conceito-medida de capacidade comporta, por si, a suscetibilidade abstrata, suscetibilidade essa que, como vimos, sem dimensão valorativa, não existe em estado puro no processo aplicativo do Direito.

Temos portanto que, em atenção ao núcleo problemático em que nos movemos, os conceitos de personalidade e capacidade jurídica obtêm, *in solidum*, a mesma eficácia dogmática: falha a possibilidade de distinção.

VI — Basta-nos, assim, um único conceito para operar o processo aplicativo do Direito: o conceito de *capacidade jurídica*.

A capacidade consiste na suscetibilidade da titularidade de direitos e obrigações. É um conceito *qualitativo* (como sublinhava BEUTHIEN)⁽⁵¹⁾ na medida em que expressa uma aptidão ou faculdade, inerente a certo sujeito.

Mas é igualmente um conceito *quantitativo*, já que qualidade e quantidade não se excluem: a qualidade da capacidade jurídica é atribuída ao sujeito em certa medida de direitos e obrigações (capacidade de gozo)⁽⁵²⁾.

(51) VOLKER BEUTHIEN, “Zur Begriffsverwirrung ...”, cit., p. 718 (35): “O conceito de Rechtsfähigkeit deve ser entendido como qualitativo e não quantitativo”. Esta nota surge na exposição do autor como uma justificação da rejeição da *Teilrechtsfähigkeit*.

(52) Neste sentido, poder-se-á entender a capacidade como um *Ordnungsbegriff* e, como tal, suscetível de gradação. Cf. HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Licht der Neuen Logik*, 1936, pp. 21 e ss.

VII — O retorno a um *monismo conceptual* não é uma opção isolada na dogmática continental; antes segue acompanhada, em especial na Alemanha, por autores como RITTNER⁽⁵³⁾, KARSTEN SCHMIDT⁽⁵⁴⁾ e WOLFF⁽⁵⁵⁾, por exemplo⁽⁵⁶⁾.

A argumentação em sistema monista evita muitos dos óbices apontados à distinção dos conceitos. Em particular, evita-se a relativização da personalidade jurídica e a graduação do conceito de pessoa, inevitável tendo em conta o direito positivo vigente; e garante-se a unicidade e universalidade de um conceito com o lugar sistemático que este está destinado a ocupar.

6. O destino da personalidade jurídica: perspetivas

I — Que fazer, então, do conceito de personalidade jurídica?

⁽⁵³⁾ FRITZ RITTNER, *Die werdende juristische Person*, cit., p. 251.

⁽⁵⁴⁾ Por exemplo, in KARSTEN SCHMIDT, *Verbandszweck*, cit., p. 10.

⁽⁵⁵⁾ HANS J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, I, cit., p. 128.

⁽⁵⁶⁾ Porque ilustrativa, retenha-se a lição LEHMANN: “Rechtspersönlichkeit e Rechtsfähigkeit não são mais idênticas nos termos da lei. Isto deve ser lamentado, por várias razões. Por um lado, a identificação do conceito de Rechtsperson com o de Rechtsfähigkeit tem longa tradição. (...) Pese embora um termo linguístico não ser para sempre imutável, devem considerar-se pelo menos as raízes histórico-espirituais das tradições, com as quais se quebra.

Por outro lado, a diferença entre personalidade jurídica e capacidade jurídica é contrária à terminologia estrangeira. Em outros Estados, ambas são, simplesmente, equiparadas. Assim, o conceito alemão de personalidade jurídica é usado pelos nossos vizinhos suíços, tal como antes, no sentido de capacidade jurídica. Em Inglaterra e França designa-se com os conceitos “legal personality” ou “personnalité juridique” a característica de poder ter direitos e obrigações, ou seja, a capacidade jurídica no sentido alemão. Esta utilização linguística internacional tem, de facto, consequências para o nosso discurso jurídico. Escreve-se, por exemplo, na literatura jurídica alemã acerca da personalidade jurídica da União Europeia, quando se está a referir a sua capacidade jurídica. A nova distinção entre personalidade e capacidade jurídica introduzida no Direito das sociedades terá dificuldade em impor-se face à terminologia internacional utilizada. Existe aqui, de facto, uma nova confusão conceptual [por referência a BEUTHEN]. Isto é nomeadamente lamentável no contexto da unificação dos ordenamentos jurídicos europeus”. Cf. MATHIAS LEHMANN, “Der Begriff der Rechtsfähigkeit”, cit., pp. 241-242.

O retorno a um *monismo conceptual* pode determinar um de três resultados:

- (i) A manutenção do conceito de personalidade jurídica, com um uso semântico equivalente a capacidade, tal qual acontecia em vigência do Código SEABRA;
- (ii) O abandono do conceito, porque despiciendo e sem valia dogmática apreciável; ou
- (iii) A recondução do conceito a um novo padrão argumentativo-dogmático o que implicará a sua realocização sistémica.

II — Não é possível o labor juscientífico sem o respeito pela natureza cultural do Direito e pelo trilho histórico próprio de cada instituto. *Personalidade jurídica* é um conceito difundido, que integrou o património comum do discurso jurídico. Qualquer proposta de alteração semântica ou de abandono deve ser especialmente ponderada.

O regresso a um monismo conceptual que importe um uso indiferenciado dos termos personalidade e capacidade é atualmente, na cultura jurídica portuguesa, um retrocesso inaceitável: *legítimo*, do ponto de vista técnico, mas *inaceitável* tendo em conta a evolução histórico-cultural do sistema.

Com efeito, o esforço por fixar uma distinção entre personalidade e capacidade ocupou a fina flor da civilística portuguesa ao longo do séc. XX. Tornou-se uma *distinção de escola*, nela foram formados centenas de juristas e a sua existência doutrinal teve reflexos no esforço codificador de 1966.

Sustentar atualmente que não existe distinção entre os conceitos e que por isso se devem utilizar em sentido equivalente, como sinónimos, é ignorar um século de pensamento jurídico que permitiu a formação de um quadro mental aplicativo do Direito que não pode ser ignorado.

Uma coisa é afastar um conceito, porque esgotada a sua utilidade, condenando-o à museologia dogmática; outra, distinta, dizer que é o mesmo que a capacidade jurídica e, deste modo, negar-lhe identidade.

Esta última hipótese parece-nos de rejeitar.

III — Resta, portanto, ou o abandono do conceito entendendo que, uma vez superada a distinção, a personalidade jurídica é hoje um instituto do séc. XX jurídico e que nesse século deve ser deixado; ou a sua manutenção, com uma nova recondução dogmática.

IV — As preocupações axiológico-valorativas associadas à distinção dos conceitos de personalidade e de capacidade são nevrálgicas para o sistema. A afirmação de uma mesma qualidade jurídica de pessoa, reconhecida pelo ordenamento a todos, mesmo diante das situações de variação ou mitigação da concreta capacidade de direitos e obrigações, é uma ponderação jurídica nuclear que não pode ser desprezada.

Ora, é justamente esta função axiológico-valorativa que é servida pelo conceito de personalidade jurídica. Recorde-se o que ensina CARLOS MOTA PINTO:

*“São pessoas para o direito todos os homens ou só alguns?
E quais?”*

A estas perguntas dá o nosso atual direito a resposta contida no princípio humanista que, com vários fundamentos filosóficos (racionalistas, religiosos, etc.), corresponde ao ideal de justiça (a um princípio de direito natural «hoc sensu») vigente no espaço cultural onde nos situamos e no tempo em que vivemos. Reconhece-se personalidade jurídica a todo o ser humano a partir do nascimento completo e com vida (art. 66.º, n.º 1).

Dá-se, assim, expressão a uma exigência da natureza e da dignidade do homem que, de vários quadrantes, se afirma dever ser reconhecida pelo direito objetivo”⁽⁵⁷⁾.

Tal dimensão jusvalorativa, já o dissemos, é exclusiva da personalidade singular. Mas é também própria da *tutela da personalidade*, onde a tradução para o plano jurídico da concreta dimensão da realidade pessoal se torna o exercício central dessa disciplina⁽⁵⁸⁾.

O conceito de *personalidade jurídica* pode e deve, portanto, manter-se; mas a sua elaboração dogmática desloca-se agora para o

⁽⁵⁷⁾ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, 4.ª ed., cit., p. 99.

⁽⁵⁸⁾ Cf. o nosso, *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit.

universo normativo do art. 70.º CC e para os padrões juscientíficos da tutela geral da personalidade⁽⁵⁹⁾.

V — A deslocação dogmática da personalidade jurídica para a tutela geral da personalidade permite identificar no conceito um *bem de personalidade* e, conseqüentemente, um direito de personalidade: o *direito à personalidade jurídica*⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Trata-se, no fundo, de rejeitar um *conceito geral abstrato* de personalidade jurídica, mantendo, todavia, a possibilidade do seu manuseamento enquanto *conceito geral concreto* (PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., cit., p. 35).

⁽⁶⁰⁾ O que ora fica dito carece, naturalmente, de um especial desenvolvimento que excede o âmbito do presente estudo. Para um enquadramento mais completo do substrato (jusfilosófico em que nos movemos, remetemos para o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade — Fundamentação ontológica da tutela*, 2008 e “Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica”, in *Estudos de Direito da Bioética* (OLIVEIRA ASCENSÃO), II, 2008, pp. 125-182.

Algumas precisões, ainda que sumárias, não poderão deixar de ser feitas.

Só o Homem é ontologicamente capaz de direitos e obrigações. Tal decorre da sua própria estrutura ôntica. Com efeito, a dimensão ontológica mais primária da pessoa humana corresponde a uma experiência de auto-posseção: para o Homem, “*viver é possuir-se*” (XAVIER ZUBIRI, *Estrutura dinamica de la realidad*, 1995, p. 247). Esta dimensão ôntica de auto-posseção — *ipseidade* —, que permite definir o *ato de ser* como *peçoal*, quando afirmada em razão do outro (alteralidade), torna-se uma realidade jurídica.

À *ipseidade* ontológica corresponde, no plano da juridicidade, ser seu de direito (*sui juris*), no sentido que atribuímos in *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 86).

Daqui decorre que a primeira e mais basilar tradução jurídica da realidade pessoal é o reconhecimento de que toda a pessoa pode ser titular de direitos e obrigações e é-o, desde logo, em relação à sua própria realidade ontológica. Só esta observação bastava para ver na personalidade jurídica um *bem de personalidade*.

Mas há mais. A pessoa humana não é uma realidade estática: o Homem é um ser em realização. Se para a pessoa humana “*viver é possuir-se*” também é verdade que a vida é experimentada por cada sujeito como tarefa (com desenvolvimento, cf. o nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., pp. 50 e ss.). De algum modo, «*viver é realizar-se*»: ser homem é fazer-se homem.

A realidade pessoal é sempre percecionada sob esta dupla perspetiva: saber que se é e sentir a tensão existencial de *ser mais*.

O Direito tutela, portanto, aquilo a que chamámos *realidade potencial da personalidade* (por oposição a uma realidade atual — *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., p. 95). A própria CRP inscreve no catálogo dos direitos fundamentais o *direito ao desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º, n.º 1), apontando para uma natureza dinâmica da tutela (por todos, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., 2010, art. 26.º, pp. 611 e ss.).

Esta capacidade de ser, inscrita na estrutura ontológica da pessoa, atualiza-se (torna-se ato) mediante *exercício pessoal da liberdade* (axiologicamente orientada, como

A personalidade jurídica, enquanto bem de personalidade, corresponde à juridicidade da realidade pessoal e do seu desenvolvimento, enquanto expressão, no plano jurídico, da realidade ontológica da pessoa humana.

Gozar de um *direito à personalidade jurídica* é ser destinatário de uma permissão normativa específica, retirada do art. 70.º CC, dirigida ao aproveitamento de um bem concreto: a juridicidade da realidade pessoal.

Sublinhe-se, por fim, que o art. 26.º, n.º 1 da CRP refere expressamente um “*direito à capacidade civil*”, a par de outros direitos de personalidade⁽⁶¹⁾. Em causa está, fundamentalmente, o que identificamos como *direito à personalidade jurídica*.

VI — O mote que lançado carece, naturalmente, de maiores desenvolvimentos que poderão conduzir ao cinzelamento dos seus termos.

A argumentação em sistema monista facilita, intui-se, a interpretação dos arts. 66.º a 69.º CC. Recorde-se que a distinção entre capacidade e personalidade foi acentuada na 2.ª *Revisão Ministerial* — como tantas outras “originalidades” que a tal intervenção se

procurámos demonstrar no nosso *Pessoa e Direitos de Personalidade*, cit., *passim*). Ora, não oferece dúvidas reconhecer que, entre as diversas formas de atuação possíveis no processo de desenvolvimento da personalidade, está a possibilidade de assumir vínculos jurídicos. Tais vínculos ou situações jurídicas são mais do que a concretização de previsões normativas; antes correspondem à expressão jurídica da própria realidade pessoal.

O ordenamento não pode, portanto, deixar de reconhecer a juridicidade daqueles atos através dos quais se desenvolve e realiza a personalidade humana. Negar em absoluto a juridicidade do casamento, por exemplo, transformando-o em pura realidade *de facto*, corresponderia a uma violação dos direitos de personalidade dos cônjuges os quais, mais do que a co-habitar maritalmente, têm direito efetivamente a casar-se e a ver reconhecida na juridicidade do casamento (*matrimonium ipsum*) uma manifestação do desenvolvimento da sua personalidade.

Esta dimensão da tutela da personalidade é, no contexto atual, especialmente premente. Com efeito, há, na pós-modernidade, uma tendência acentuada para neo-totalitarismos, ainda que de índole democrática, que a pretexto de uma ideia difusa de igualdade e tolerância, acabam por subtrair a *libertas privata* dos sujeitos. Um direito à juridicidade da realidade pessoal torna-se assim um meio expedito de tutela da própria liberdade individual.

⁽⁶¹⁾ Com referências, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Anotada*, I, 2.ª ed., cit., art. 26.º, pp. 626-627.

deve⁽⁶²⁾. O recurso aos trabalhos preparatórios e distinção preponderante entre capacidade de gozo (*Rechtsfähigkeit*) e a capacidade de exercício (*Handlungsfähigkeit*), que presidia ao espírito de MANUEL DE ANDRADE⁽⁶³⁾, pode ser revisitada com novos olhos.

Os aspetos valorativos associados ao começo da personalidade, muito historicamente condicionados, são agora deslocados para o âmbito do art. 70.º: a condição legal do nascituro — pese embora a necessidade de sublimação de alguns aspetos técnicos que se mantêm a nível de sistema externo — é fundamentalmente um problema de tradução, no plano da juridicidade, de realidade ontológica da pessoa concebida e não nascida.

Outros desenvolvimentos poderão ser oferecidos: um trilho de investigação que está ainda por percorrer.

⁽⁶²⁾ Sobre a origem dos preceitos, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, T. IV, 3.ª ed., cit., pp. 360-361.

⁽⁶³⁾ MANUEL DE ANDRADE, “Esboço de um anteprojecto ...”, cit., pp. 153-166. Cf. ainda *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, cit., pp. 30 e ss.