

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDA CECÍLIA MARTINS ROSSI**

**A PERSONALIDADE JURÍDICA MORAL DAS SOCIEDADES  
DESPERSONIFICADAS À LUZ DO DIREITO  
CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**Belo Horizonte  
2014**

**FERNANDA CECÍLIA MARTINS ROSSI**

**A PERSONALIDADE JURÍDICA MORAL  
DAS SOCIEDADES DESPERSONIFICADAS  
À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**

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

Orientador: Prof. Fernando José Armando Ribeiro

**Belo Horizonte  
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R831p Rossi, Fernanda Cecília Martins  
A personalidade jurídica moral das sociedades despersonalizadas à luz do direito civil-constitucional / Fernanda Cecília Martins Rossi. Belo Horizonte, 2014. 94f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito empresarial. 2. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.  
3. Personalidade (Direito). 4. Pessoa jurídica. 5. Obrigações (Direito). I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.724

**FERNANDA CECÍLIA MARTINS ROSSI**

**A PERSONALIDADE JURÍDICA MORAL DAS SOCIEDADES  
DESPERSONIFICADAS À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**

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

---

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) – PUC Minas

---

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas

---

Prof. Dr. Jason Albergaria Neto – MILTON CAMPOS

---

Prof. Dr. Alberico Alves da Silva Filho – PUC Minas

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2014

**Agradeço a todos que me ajudaram e acreditaram em mim.**

## RESUMO

Por imposição legal, a existência das pessoas jurídicas de direito privado se inicia com a formal inscrição de seus respectivos atos constitutivos, em registro próprio, e que deverá ser procedido em conformidade à lei. Porém, para o Direito Societário brasileiro, há o reconhecimento expresso de se haver a possibilidade de existência de sociedades empresárias que não possuam o registro de seus atos constitutivos, sem se possuir personalidade jurídica, e que também são comumente conhecidas como sociedades sem personificação. Não obstante, tais sociedades são reconhecidas como pessoas morais, tendo em vista que a legislação reconhece seus direitos e obrigações. Desta forma, a previsão legal de existência dessas sociedades em comento demonstra, inequivocamente, que estas são sociedades regulares.

**Palavras-Chaves:** Direito de empresa. Personalidade jurídica. Sociedade em comum. Sociedade em conta de participação. Sociedade irregular.

## **ABSTRACT**

By law, the existence of legal persons of private law begins with the formal registration of their incorporation, registration in itself, and it should be made in accordance with the law. However, to the Brazilian Corporate Law, there is the explicit recognition of having the possibility of commercial companies that do not have a record of its charter, without having legal personality, and they are also commonly known as societies without personification. Nevertheless, such companies are recognized as moral people, considering that the law recognizes their rights and obligations. Thus, the existence of legal provision of these societies under discussion demonstrates unequivocally that these societies are regular.

**Key words:** Law firm. Legal personality. Society in common. Society participation in mind.  
Society irregular.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO.....</b>	<b>9</b>
2.1 Linguagem e Direito .....	9
2.2 Teorias Contemporâneas da linguagem .....	10
2.3 Linguagem e Argumentação.....	13
2.3.1 <i>Argumentação</i> .....	13
2.3.1.1 Dworkin.....	13
2.3.1.2 Theodor Viehweg.....	18
2.3.1.3 Chaim Perelman .....	19
2.3.1.4 Manuel Atienza .....	20
<b>3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL .....</b>	<b>23</b>
3.1 Formação histórica das sociedades irregulares no Brasil .....	25
3.2 O novo Código Civil de 2002 .....	28
<b>4 CONCEITO DE SOCIEDADE .....</b>	<b>32</b>
4.1 Sociedades personificadas.....	33
4.2 Sociedades não personificadas.....	35
<b>5 A REGULARIDADE DAS SOCIEDADES DESPERSONIFICADAS .....</b>	<b>37</b>
5.1 <i>Regularis</i> .....	37
5.2 Pessoaalidade e pessoa .....	37
5.3 Capacidade.....	40
5.3.1 <i>Capacidade de ser parte</i> .....	40
5.3.2 <i>Capacidade de estar em juízo</i> .....	41
5.3.3 <i>Capacidade de fato das pessoas jurídicas e dos entes despersonalizados</i> .....	42
5.3.4 <i>A capacidade de ser parte dos entes despersonalizados</i> .....	43
5.4 Pessoa jurídica e personalidade.....	45
5.4.1 <i>Personalidade jurídica e a regularidade das sociedades despersonificadas</i> .....	46
5.4.1.1 Sociedade em comum .....	55
5.4.1.2 A sociedade em conta de participação .....	60
5.5 Condomínio edilício.....	65
5.6 As sociedades despersonificadas à luz do direito do trabalho .....	68
5.7 José Lamartine Corrêa de Oliveira.....	70
5.8 Nova leitura do direito civil sob a ótica do direito constitucional (a pessoa jurídica na visão civil-constitucional).....	72
5.9 Dano moral.....	77
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A motivação teórica que ensejou a proposta e a elaboração desta pesquisa foi a dificuldade visualizada entre os juristas, comentadores e formadores de opinião entre os jovens formandos em direito. Em sua maioria, os juristas ligados ao campo do direito empresarial têm dificuldade em admitir a efetiva ação das sociedades despersonalizadas, com a infeliz consequência de lhes negarem direitos reconhecidos às sociedades regulares, ou personalizadas.

Dessa motivação teórica colocava-se o problema de entender a razão pela qual a doutrina assim se orientava. Afinal, por que a doutrina tem dificuldade de reconhecer como sociedades dotadas de capacidade os entes despersonalizados, quando a lei os admite? O não reconhecimento dessas sociedades, obviamente, acarreta prejuízos legais, entre os quais se pode citar a rejeição de elas poderem atuar processualmente. Colocado nesses termos, pareceria ser o caso de mera obtusidade de alguns doutrinadores e magistrados; mas a reflexão sobre o problema se mostrou complexa, exigindo uma análise com maior profundidade acerca do processo de entendimento do direito.

Incomodava, por um lado, a reiteração com a qual a doutrina tem se negado a construir uma “teoria dos entes despersonalizados” e, por outro, a maioria esmagadora dos autores apontar apenas duas espécies de sujeitos de direito, que são elas: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas; e pior, em regra, ainda afunilam o conceito de sujeito de direito como sinônimo de ente personalizado, deixando os entes despersonalizados fora da condição de pessoa.

A resposta à questão formulada implicava uma tomada de posição metodológica envolvendo outros campos de saber não imediatamente identificados pela dogmática jurídica. Uma das possibilidades teóricas de resposta à questão seria simplesmente admitir a existência de uma contradição lógica, pois, em princípio, não faz sentido admitir como pessoa algo definido como despersonalizado. Todavia, se há de fato uma contradição, a única forma de demonstrá-la ou descaracterizá-la seria produzindo uma análise da linguagem e de sua relação com a realidade. Essa se mostrava a condição básica de desenvolvimento da crítica à doutrina contrária à aceitação das sociedades despersonalizadas.

O projeto, então, exigia uma reflexão apurada no campo da pesquisa bibliográfica com pretensões explicativas, porquanto se buscava não apenas registrar os fenômenos consistentes

em textos disponíveis, na área jurídica, mas também a identificação de suas causas, por considerar que as mais importantes análises no campo da linguagem foram levadas a efeito pelos filósofos, e, em princípio, algumas teses filosóficas se revelavam aptas a compreender o fenômeno em questão. Por sua vez, a análise da linguagem impôs a necessidade de tratar dos processos argumentativos, pois, como é admitido nesse campo de reflexão, se uma proposição descreve a realidade, somente um sistema argumentativo pode revelar como essa relação é possível e como ela deve ser compreendida.

A partir desse alicerce conceitual seria possível reavaliar os textos de doutrinadores, em perspectiva conceitual e histórico-sistemática, por considerar a tradição do direito empresarial, fruto de desenvolvimentos históricos vinculados às necessidades de trocas e intercâmbios de mercadorias entre povos. A dimensão sistemática decorre da exigência fixada nos ordenamentos jurídicos modernos em justificar interpretações no direito de forma sistemática, objetivamente coerente, por ser essa a possibilidade aceita de evitação do arbítrio e discricionariedade.

Assim, a dissertação tem suas bases em teorias da linguagem e da argumentação e, a partir dessas, foi possível voltar para a análise crítica das teorias sobre personalidade, sobre sociedades, e sobre o sentido válido pelo qual as sociedades despersonalizadas, do ponto de vista da prática jurídica, deveriam e poderiam ser admitidas em nosso ordenamento.

Nessa perspectiva, então, a dissertação pretende demonstrar o caráter regular das sociedades sem personalidade jurídica constituída, à luz do moderno Direito Civil pátrio, salientando-se as características basilares da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação, com enfoque particular no reconhecimento de suas existências como “pessoas” e legitimidade de seus adjetivos de finalidade social, sob um olhar do moderno Direito Civil-constitucional.

Para cumprimento deste propósito, na parte mais dogmática da análise, tornou-se necessário uma reconstituição da origem histórica das sociedades em comum e sociedades em conta de participação e sua importância para o direito de empresa como uma forma viável de investimento.

Ao final, o trabalho tenta chegar ao enfoque do problema principal que é o reconhecimento dos entes despersonalizados como sujeito de direitos (que tem ocupado uma posição

fundamental no cerne da discussão), logo possuidores de capacidade de direito, e, em seguida, evidenciar a capacidade processual desses entes despersonalizados.

Por fim, foi necessário um capítulo tratando do entendimento que tem sido dispensado à questão no campo do Direito do Trabalho, em parte para caracterizar o profundo descompasso entre o entendimento de doutrinadores, de um lado, e a lógica pela qual se tem pautado esse domínio do direito, de outro, pelo fato de valorizar acentuadamente a prática e a primazia do fático sobre o teórico. Então, é possível verificar que, apesar de muitos juristas se limitarem a preocupações de ordem conceitual, a dinâmica de nosso ordenamento revela a complexidade do fenômeno jurídico, conforme ficará visualizado na exemplificação do direito trabalhista.

Estabelecidas essas premissas metodológicas, cabe manifestar que o desenvolvimento da pesquisa e sua redação segue o seguinte itinerário. Feita esta introdução, o segundo capítulo trata da linguagem e da argumentação, a base teórica para nossa dissertação.

No terceiro capítulo, mostramos a evolução histórica do direito comercial, em seguida, a formação histórica das sociedades irregulares no Brasil, e a visão do novo Código Civil brasileiro.

No quarto capítulo, apresentamos quem são as consideradas sociedades despersonificadas, e, na sequência, no quinto capítulo, o enfoque do problema, no qual se embasa a regularidade dessas sociedades.

## 2 LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO

### 2.1 Linguagem e Direito

Na busca de uma compreensão universal do direito, não só os juristas, como também cientistas sociais e filósofos mostraram e ainda mostram preocupações com tal entendimento, a saber, o que define o direito em cada uma das formas pelas quais ele se manifestou ao longo da história e formação das sociedades. A rigor, a ideia mesma de universalidade coloca o desafio de, diante de diferentes estruturas normativas, flagrar aquilo que caracterizaria essencialmente o direito. De acordo com o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p.12), “os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance”.

Tércio Sampaio faz uma análise sobre o problema da concepção da língua em seu relacionamento com a realidade, dizendo que, entre os juristas, encontra-se uma concepção correspondente à chamada teoria essencialista; esta, por sua vez, trata da crença de que a língua é um instrumento que designa a realidade, onde há a possibilidade de os conceitos linguísticos refletirem uma prevista essência das coisas e, nesse sentido, as palavras conduzem esses conceitos.

Um dos grandes problemas apontados pelo autor, e que gera polêmica há séculos, é que a maioria dos autores jurídicos, embora não negue o caráter vago do termo direito, tem uma visão conservadora da teoria da língua, em geral, postulando a capacidade de a definição de um termo ser capaz de refletir, por palavras, a coisa referida. Por isso, todos eles tentam descobrir o que é o “direito em geral”, ou qual seria o fator essencial ao fenômeno evidenciado em qualquer sociedade como “direito”. Ao enfoque essencialista da língua opõe-se uma concepção convencionalista. Para essa concepção, os símbolos linguísticos seriam convencionais tanto quanto sua significação.

A língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o uso (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa... [...] para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra... [...] Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é nominal (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais...[...] uma posição

convencionalista exige que se considerem os diferentes ângulos de uma análise linguística. (FERRAZ JR., 2010, p. 13-15).

Ao adentrarmos o cerne da argumentação jurídica, vale ressaltar que a Dogmática jurídica, por tratar de questões finitas, compreende que, no direito contemporâneo, os juristas devem sempre procurar compreender e tornar aplicável o estudo do direito, dentro dos marcos da ordem vigente e uma

limitação teórica pode comportar posicionamentos cognitivos diversos que podem conduzir, por vezes, a exageros, havendo quem faça do estudo do direito um conhecimento demasiado restritivo, legalista, cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência do fenômeno jurídico como um fenômeno social; pode levar-nos ainda a crer que uma disciplina dogmática constitui uma espécie de prisão para o espírito, o que se deduz do uso comum da expressão dogmática, no sentido de intransigente, formalista, obstinado, que só vê o que as normas prescrevem. (FERRAZ JR., 2010, p. 25).

Entendemos que não existe uma sociedade sem dogmas, pois sem normas é impossível a organização social; mas, nos dias atuais, somente as normas não são o suficiente. É indispensável haver regras de interpretação de acordo com a real atualidade e necessidade dessa mesma sociedade. Nesse sentido, afirma Ferraz Jr. que a disciplina dogmática como a jurídica não deve ser considerada como uma prisão para o espírito, mas como um aumento da liberdade no trato com a experiência normativa, pois os dogmas não trabalham com *certezas*, mas, sim, com *incertezas*.

## 2.2 Teorias Contemporâneas da linguagem

A pretensão de produzir uma análise consistente sobre a identidade jurídica das sociedades despersonalizadas impõe a exposição propedêutica da linguagem, pois esta é condição de construção e, simultaneamente, esclarecimento acerca da realidade. Isso significa a afirmação de dependermos da linguagem para falar de qualquer ente na realidade, pois agimos em face das compreensões produzidas sobre esses mesmos entes. Explicitar a relação da linguagem com a realidade se torna, então, para os objetivos desta dissertação, uma necessidade.

Frege é reconhecido como o pensador que abriu o caminho para as recentes reflexões sobre a linguagem. Se é verdade que já em Platão ou nos sofistas gregos se encontram discursos sobre a linguagem, sobre a relação das palavras com as coisas, é reconhecida a reorientação dada ao fenômeno linguístico por parte de Gottlob Frege, em especial seus artigos *Sobre o sentido e a*

*referência* (1892) e *Sobre o conceito e o objeto* (1892). Tendo em vista os objetivos deste trabalho teórico, será privilegiada a exposição da obra *Sobre o sentido e a referência*, não obstante a importância do outro artigo citado.

Frege busca fornecer um esclarecimento sobre um dos conceitos lógicos mais complexos, a saber, a igualdade, e elabora um quadro teórico fecundo sobre a relação da linguagem com a realidade. Colocado em termos de questionamento, como devemos entender a igualdade? Em que ela consiste? Se alguém afirma: “esses celulares são iguais”, o que está dizendo propriamente? Que são o mesmo? Que há semelhanças incapazes de distingui-los? Mas, se são o mesmo, como podem ser simultaneamente diferentes, já que se pode dizer que são distintos por serem dois, como ocorre diante de gêmeos univitelinos? É universalmente aceito logicamente que “*se A é igual a B, e se B é igual a C, então, A é igual a C*”. Não é tão simples quando se pretende dar conteúdo a A, B e C.

Quando se traça duas linhas diagonais em um quadrado, formando 4 triângulos internos, é possível referir-se, por exemplo, ao “ponto A,E,B” ou ao “ponto C,D,E”. No caso, têm-se dois sentidos para se referir ao mesmo ponto. Essa constatação tem consequências importantes para a reflexão sobre a relação da linguagem e de sua capacidade de referir-se à realidade, pois descortina a precedência semântica sobre a ontologia. Por exemplo, a afirmação de que “*A Terra é um planeta habitável*” tem por referência o mesmo objeto referido pela afirmação “*O terceiro planeta do sistema solar é habitável*”, embora os sentidos sejam diferentes. Portanto, pode-se referir à realidade de diferentes modos sob o pressuposto de corresponder à mesma referência.

A grande novidade produzida por Frege foi mostrar a força constitutiva da semântica em relação ao objeto referido, isto é, em relação à referência. Nessa perspectiva, a asserção “*Heitor foi derrotado por Aquiles ocasionando a ruína de Troia*” tem sentido, embora seja questionável se tem alguma referência. Nesse caso, os personagens de Homero e toda a narrativa da guerra de Troia podem ser mera criação literária e, mesmo assim, ela tem a força de produzir referências. A colocação de uma expressão na posição do sujeito proposicional induz a crença em uma referência, embora esta possa não corresponder a qualquer ente na realidade. Assim, diante da asseveração “*Chronos subjulgou Urano e o castrou*”, pressupõe-se uma referência mesmo sendo certo para nossa consciência científica sua inexistência.

A primeira consequência dessa reflexão é o reconhecimento da antecedência semântica sobre a realidade, ou a primazia semântica sobre a ontologia. Essa constatação gera consequências

importantes para a teoria do direito por limitar qualquer pretensão de objetividade dos institutos jurídicos. Nesse sentido, nem propriedade, nem posse ou constituição são “coisas” na realidade, mas fenômenos gerados semanticamente com conteúdos reconhecidos pela comunidade em contextos determinados, como a concepção vigente na Roma imperial atribuindo aos decretos do imperador a força normativa de uma constituição.

São irrelevantes, para a tese teórica defendida nesta dissertação, os equívocos de Frege ao considerar apenas as proposições descritivas como dotadas de significado. Importa, sobretudo, considerar a via aberta para a análise semântica e para o reconhecimento de impossibilidade de uma teoria com propósitos de descrição rigorosa da realidade. Em outras palavras, descrições são produções de sentido acerca do real muito mais que espelhos da realidade.

Essas questões teóricas interessam aqui por afetarem diretamente o campo do direito. Dentre as razões para o direito se iniciar com uma crítica da linguagem está sua pretensão de constituir-se como ciência. No contexto da cultura ocidental contemporânea, ciência implica, antes de mais nada, rigor conceitual e fundamentação racional. Para os objetivos deste trabalho, não se admite mais argumentos de autoridade, e tal fato enseja a tomada de reflexão sobre o reconhecimento das sociedades despersonalizadas, especialmente pela circunstância de elas terem sido contempladas na atual legislação civil brasileira. Decorre das premissas aqui fixadas a consequência da impossibilidade de negar o que foi instituído por lei, orientando a tarefa do intérprete jurídico para a unidade lógica e significativa dos institutos e normas jurídicas válidas.

“A língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o uso (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa... [...] para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra... [...] Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é nominal (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais...[...] uma posição convencionalista exige que se considerem os diferentes ângulos de uma análise linguística.”. (FERRAZ JR., 2010, p.13-15)

A exposição acima produzida revela a íntima vinculação entre linguagem, realidade e teoria da argumentação, porquanto apenas sistemas argumentativos reconhecidos como válidos podem sustentar legitimamente asseverações e teorias acerca da realidade. Cumpre, pois, esboçar algumas teorias sobre os processos argumentativos, particularmente no domínio das teorias do direito, para, então, ser colocado o problema do reconhecimento e da necessidade de tratamento das sociedades sem personalidade jurídica, embora sociedades, no domínio do direito pátrio.

### **2.3 Linguagem e Argumentação**

Ao adentrarmos o cerne da argumentação jurídica, vale ressaltar que a Dogmática jurídica, por tratar de questões finitas, postula que, no direito contemporâneo, os juristas devem sempre procurar compreender e tornar aplicável o estudo do direito, dentro dos marcos da ordem vigente e uma

limitação teórica pode comportar posicionamentos cognitivos diversos que podem conduzir, por vezes, a exageros, havendo quem faça do estudo do direito um conhecimento demasiado restritivo, legalista, cego para a realidade, formalmente infenso à própria existência do fenômeno jurídico como um fenômeno social; pode levar-nos ainda a crer que uma disciplina dogmática constitui uma espécie de prisão para o espírito, o que se deduz do uso comum da expressão dogmática, no sentido de intransigente, formalista, obstinado, que só vê o que as normas prescrevem. (FERRAZ JR., 2010, p. 25)

Entendemos que não existe uma sociedade sem dogmas, pois sem normas é impossível a organização social, mas nos dias atuais, somente as normas não são o suficiente, é indispensável ter-se regras de interpretação de acordo com a real atualidade e necessidade dessa mesma sociedade. Nesse sentido afirma Ferraz Jr. que a disciplina dogmática como a jurídica, não deve ser considerada como uma prisão para o espírito, mas um aumento da liberdade no trato com a experiência normativa, pois os dogmas não trabalham com *certezas*, mas, sim, com *incertezas*.

#### **2.3.1 Argumentação**

##### **2.3.1.1 Dworkin**

Para a cultura hermenêutica contemporânea, Ronald Dworkin se torna referência ao pensar a questão da interpretação, principalmente por apresentar e contrapor o modelo do positivismo jurídico e a analítica do discurso jurídico. Sem dúvida, é importante citarmos esse pensador norte-americano, professor de Teoria Geral e Jurisprudência da Universidade de Nova York, pois se posta em face do positivismo, do jusnaturalismo e do pragmatismo.

Apesar de se basear na linguagem do *Common Law*, não se circunscreve ao seu universo de problemas, na medida em que se pode mundializar, com toda pertinência, servindo como instrumento crítico apropriado para a reflexão em *civil law*. [...] o direito não pode simplesmente ser visto como fruto da legalidade estrita, mas sim como instrumento que realiza valores e expectativas de justiça que lhe são anteriores. Mais que isto, é um *récit* que se pratica e se constrói fazendo com que algo se some à estrutura da concepção de justiça do ontem para que se torne melhor. [...] (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p.477).

Para Dworkin,

o direito não é visto como uma investigação, especialmente no processo, que reconstrói dados do passado, como um historiador o faria, mas sim um tipo de atitude investigativa sobre a realidade que realiza interpretações sobre fatos ocorridos e juridicamente relevantes, dentro de um contexto decisório. (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p.479).

Na legislação brasileira, onde se adota o sistema da *civil law*, a interpretação da lei é fundada na intenção do legislador, os juízes levam em conta a jurisprudência no momento de decidir, não como os juízes da *common law*, embora haja toda uma pressão da maioria dos doutrinadores e do meio intelectual a uma certa restrição ao processo interpretativo; vemos, no próprio ensino jurídico, com a maioria esmagadora tradicionalista, ensinamentos conservadores e geralmente resistentes a respeito dos princípios e virtudes que informa a prática jurídica como um todo.

Devemos aplicar a lei de acordo com a atualidade, pois os paradigmas que conhecemos, foram construídos historicamente e podem e devem ser naturalmente modificados. Com certeza, torna-se lamentável desconsiderar os fatores de convergência, pois esses paradigmas são questionáveis, e novos modelos são indicados e benquistos, mesmo que a princípio por uma minoria, podendo, inclusive, chegar a formar novos paradigmas. Uma mesma prática social pode ter significados diversos em tempos distintos.

Não há propriamente apenas uma teoria interpretativa do direito, mas várias. As teorias interpretativas de cada juiz são diferentes porque cada um deles tem suas próprias convicções sobre a prática do direito: seus propósitos, objetivos ou princípios justificativos são identificados individualmente. Entretanto, embora existam inúmeras divergências entre os juízes, “toda comunidade tem seus paradigmas em direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância” (DWORKIN, 1999, p. 110).

Interessante é também a interpretação feita por Bittar e Almeida (2011, p. 479-480) dentro do capítulo que trata de Dworkin,

O ontem está sempre recebendo ajustes, adequações e acomodações para caber no hoje. [...] Na construção teórica dworkiniana, duas regras presidem a ideia da interpretação: a primeira consiste na ‘conveniência’: esta é a fase do levantamento dos casos relativos à situação a ser decidida, bem como na empírica constatação dos argumentos cabíveis; a segunda corresponde ao ‘valor’: trata-se da escolha do valor de justiça que se resolve acolher para orientar o processo de seleção dos argumentos a serem acolhidos, de acordo com a ‘moral política’, ou seja, de acordo com a ideia de que a justiça não prescinde da igualdade para se realizar. (BITTAR; ALMEIDA 2011, p. 479-480)

Isto quer dizer que a posição teórica de Dworkin não se afasta completamente da ideia de que os direitos individuais devam ser protegidos, tampouco que a ideia de igualdade deva ser abolida da reflexão sobre o justo e o injusto.

Dworkin tenta mostrar que o método interpretativo proposto por ele pode conferir à norma jurídica um sentido mais consistente com a nossa prática jurídica, analisada em uma perspectiva ampla; entende que, ao adotar uma teoria interpretativa, há fortes argumentos de que uma interpretação diversa seria mais coerente com os princípios e virtudes de nossa prática jurídica.

A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior (DWORKIN, 2007, p. 58).

Dworkin afirma que o Direito não se exaure em ser um conjunto de normas, pressupõe fatos, além de regras, como também princípios. Os princípios são invocados a partir da insegurança jurídica dos juízes e, para os mesmos, funciona “como instrumento de auxílio à decisão judicial, e para o Direito, como dados fundamentais para a construção da validade do sistema, dado este que leva Dworkin a raciocinar pensando na coerência de todo o Direito, incluindo

os princípios, e não somente a coerência” (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 482). Dworkin tende pelo caminho da interpretação, que é de fato um aspecto categórico do desenvolvimento do próprio Direito. Essas normas e princípios compõem o sistema jurídico, onde os princípios sempre se aplicam, e as normas jurídicas quando válidas se aplicam e quando inválidas não se aplicam. Interpretação e história andam juntas na definição e circunscrição do que seja a ideia de coerência no Direito. Os princípios, portanto, são vinculados à atividade do juiz, além de se considerar que são construídos no embate histórico dos valores morais.

Assim o Juiz, “na sua interpretação, é acompanhado por uma teoria política de fundamento histórica, baseada em estruturas, práticas, consensos” (SILVA FILHO, 1998, p. 73-94).

Dworkin sugere que o conceito suficientemente abstrato para gerar o consenso necessário à etapa interpretativa é o de que a aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo, autorizando a coerção apenas em decorrência de decisões políticas anteriores (DWORKIN, 1999, p. 116-26). Ele apresenta três concepções interpretativas do direito: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”.

A diferença prática entre as duas teorias da jurisdição é, portanto, a seguinte: em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente. Em um regime pragmático, nenhuma convenção desse tipo seria reconhecida, e ainda que os juízes normalmente ordenassem o cumprimento de decisões tomadas por outras instituições políticas no passado, eles não reconheceriam nenhum dever geral de fazê-lo. (DWORKIN, 2007, p. 181)

Ao tratar do pragmatismo e convencionalismo, Dworkin chega à conclusão de que o pragmatismo adapta-se melhor que o convencionalismo. “Para um pensador convencionalista, o direito é aquilo que realmente é, não o que deveria ser. Assim, a tarefa do juiz é simplesmente aplicar esse direito, sem procurar modificá-lo de acordo com sua própria ética ou política” (DWORKIN, 2007, p. 141).

Pusemos o convencionalismo à prova contra duas perspectivas de nossa prática: em corte transversal, como uma descrição em casos específicos, e ao longo do tempo, como uma narrativa do desenvolvimento e da evolução da cultura jurídica como um todo. O convencionalismo mostrou-se falho nessa última perspectiva. Sua imagem do direito como uma questão de convenções – um jogo com espaços vazios entre as regras – apresenta uma descrição muito distorcida do modo como as práticas estabelecidas vêm a ser questionadas e modificadas. O pragmatismo oferece uma versão mais promissora. Mostra que as estratégias para perseguir o interesse geral, que parecem óbvias em uma geração, passarão a ser questionadas em outra;

portanto, serão naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial, e não fora dele [...]. (DWORKIN, 2007, p. 192)

Dworkin levanta obstáculos quanto ao pragmático, pois

o pragmatismo só pode ser resgatado com uma boa explicação de nossa imagem transversal da decisão judicial por meio de um mecanismo procustiano que parece extremamente inadequado. Só pode ser resgatado se não tomarmos as opiniões judiciais em seu significado literal. (DWORKIN, 2007, p. 194).

Dworkin conclui que deve-se ver os juízes como se estes inventassem novas regras para o futuro de acordo com as próprias convicções dos mesmos, o que seria melhor para a sociedade como um todo, livres de quaisquer pretensos direitos que decorreriam da coerência com a jurisprudência.

O pragmatismo precisa de epiciclos para sobreviver como uma interpretação possível de nossa prática, e esses epiciclos só podem ser tolerados se o pragmatismo for tão poderoso a segunda dimensão da interpretação jurídica, tão atraente enquanto justificativa política para a coerção do Estado, que se torne merecedor de um apoio heroico para sua sobrevivência. (DWORKIN, 2007, p. 194-195).

Dworkin parte do pressuposto de que o direito é interpretativo, de maneira que os juízes devem decidir o que é o direito, interpretando-o. Assim, teorias gerais do direito são, na realidade, interpretações gerais de nossa própria prática judicial (DWORKIN, 2007, p. 488).

Para Dworkin, o Direito é produto do processo hermenêutico e não de processos de linguagem.

Em se tratando de casos difíceis *hard cases*, esses são extremamente problemáticos, pois obrigam os juízes a fazer uma escolha com critérios de justiça, alheios à ordem jurídica de fato, abrindo caminho para decisões polêmicas que parecem convidar o jurista a pensar os limites entre Direito e Política. (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 487).

Dworkin chega à conclusão de que a teoria geral do direito é interpretativa e justificadora, é parte do próprio direito, como parte geral de qualquer decisão. Entende que o direito deve ser interpretado e não descrito, pois essa é a melhor explicação do que é o direito e que o que explica melhor o que é o direito, é a integridade, mas a integridade não se impõe por si mesma.

[...] o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia de direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito (DWORKIN, 2007, p. 113).

Contudo, principalmente em se tratando de *hard cases* ou situações limite, são os princípios que informam a completude do sistema, o que é argumento bastante para avisar ao juiz que o seu papel crítico não está em repetir as decisões dos julgados anteriores, copiar regras do ordenamento, nem criar como se fosse o legislador, mas, sim, avaliar o peso dos valores que estão em discussão, onde busca incessantemente pelo razoável.

### **2.3.1.2 Theodor Viehweg**

Theodor Viehweg desenvolveu trabalho de pesquisa intitulado *Tópica e jurisprudência*, publicado em 1953. Essa pesquisa foi apresentada na Universidade de Munique que lhe concedeu o título de livre-docente. Foi escrita no pós-guerra, época em que a lógica e o positivismo jurídico estavam sendo questionados.

Ao contrário de Dworkin, Viehweg não é um contestador do positivismo jurídico, mas levanta uma alternativa ao perigo de seu tecnicismo “cego”. Em sua citada obra, ele faz um estudo analítico-histórico da tópica de Aristóteles, a civilística contemporânea; e não cria um novo conceito, introduz a argumentação como instrumento do Direito para a busca da decisão.

A tópica permite explicar – ou pelo menos dar conta de – certos aspectos do raciocínio jurídico que passam despercebidos quando abordamos esse campo por uma vertente exclusivamente lógica. Basicamente permite ver que não há apenas problemas de justificação interna, o que, por certo, não deve levar tampouco a pensar que a lógica formal não tenha nenhum papel na justificação externa. Mas obviamente a tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica. A tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito (ATIENZA, 2002, p. 75).

Sua principal intenção foi levantar um campo que, a seu ver, estava sendo negligenciado pelo Direito.

### 2.3.1.3 Chaim Perelman

Chaim Perelman (1912-1984), filósofo que nos contemplou com inúmeras obras nas áreas de filosofia e filosofia do direito; notabilizou-se, sobretudo, por sua vocação intelectual dedicada à emancipação do raciocínio jurídico e da lógica do pensamento jurídico das redes e tramas reducionistas e positivistas; deixa claro o seu combate ao positivismo jurídico, sobre o que suas obras reforçam as mais variadas vertentes para provar a improbidade do pensamento positivista. Perelman foi o autor que provavelmente contribuiu em maior grau para o ressurgimento da tópica e da retórica.

Quando Perelman aborda o papel da argumentação no julgamento observa-se que no sistema perelmaniano, não se pode opor a razão à argumentação: é uma atividade racional toda atividade argumentativa.

A verdadeira oposição dá-se entre a demonstração e a argumentação. [...] O raciocínio jurídico é o raciocínio dialético. [...] Com isso se percebe que a função do julgador é bem mais complexa que aquela que lhe é declarada. O julgador possui a atribuição de construir e completar o sistema jurídico, mas não que se fale em sistema jurídico fechado, hermético, distanciado da prática prudencial, do convívio, da argumentação, do razoável de cada situação. O absoluto, nesse campo, não pode, nesta concepção, prosperar. O julgador possui o poder, inclusive, de superar a lei para fazer justiça. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 471-473)

A proposta perelmaniana provoca o jurista a não pensar os fatos dentro dos ditames da lei, mas a pensar os fatos como ocorrências suscetíveis de valoração, ao lado de normas suscetíveis de valoração, justapostas a provas suscetíveis de valoração... que se aconchegam em argumentos favoráveis ou contrários aos interesses em jogo em determinada causa, mas que, de qualquer forma, se revelam por meio do discurso e da prática judiciária.

A nova retórica não reduz os meios de convencer e persuadir à argumentação, mas reduz sua pesquisa a esta exclusiva perspectiva, no sentido mesmo de não se deter sobre outras formas de manifestação humana senão aquela chamada argumentação. A argumentação é o modo de gerar convencimento e de produzir persuasão mais usual nos meios jurídicos; é pelo discurso que se acessa a consciência do juiz, que se invadem suas perspectivas pessoais, para se fazer instalar o germen de uma possível decisão favorável a determinado interesse judicial.

A argumentação retórica desenvolve-se em meio a um sistema de ideias tal que o ouvinte não está obrigado a aceitar as conclusões do raciocínio desenvolvido, pois as premissas não configuram um sistema rígido de valores e opções. Há sempre a possibilidade de o argumento não convencer, de o argumento ser contestado.

Quando avulta a retórica, também se destaca a responsabilidade humana, a ética na argumentação, a liberdade de dizer e de assumir os resultados do que se diz. É claro que não se detém Perelman em estudar o procedimento de má-fé dos operadores do direito, e muito menos em estudar as posturas desonestas na condução do processo. Presume-se que a retórica seja apenas um estudo técnico dos processos e dos instrumentos de produção de convencimento e persuasão, mas que o conteúdo dos expedientes retóricos utilizados caminhem para a verossimilhança, e não para a sofística pura e simples, na linha de preocupações aristotélicas. Eis aí o desafio teórico da retórica perelmaniana (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 471-473).

Conclui-se que a teoria perelmaniana, baseia-se em fatos concretos (justiça concreta de cada caso), em situações flagrantes, em meio ao justo, em contextos políticos e que inscreve à argumentação a tarefa de instrumentalizar as atividades do julgador.

#### **2.3.1.4 Manuel Atienza**

No âmbito da argumentação jurídica, convém reproduzir os ensinamentos de Manuel Atienza.

A teoria (ou as teorias) da argumentação jurídica tem (têm) como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos. Em princípio, pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas. Aqui, por sua vez, se poderia fazer uma diferenciação entre as argumentações que acontecem numa fase pré-legislativa e as que se produzem na fase propriamente legislativa. As primeiras se efetuam como consequência do surgimento de um problema social, cuja solução – no todo ou em parte – acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa.

Outro tipo de argumentação surge quando um determinado problema passa a ser considerado pelo Poder Legislativo ou por algum órgão do Governo, tendo ou não sido previamente discutido pela opinião pública. Enquanto na fase pré-legislativa pode-se considerar que os argumentos têm, em geral, um caráter mais político e moral que jurídico, na fase legislativa, os papéis se invertem, passando para o primeiro plano as questões de tipo “técnico-jurídico”. Em todo caso, as teorias da argumentação jurídica de que dispomos não se ocupam praticamente de nenhum desses dois contextos de argumentação.

Um segundo campo em que se efetuam argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos, embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes em sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares. Aqui, novamente, caberia distinguir entre argumentações relacionadas a problemas concernentes aos fatos ou ao Direito (esses últimos, em sentido amplo, poderiam ser designados como problemas de interpretação). Pode-se dizer que a teoria da argumentação jurídica dominante centra-se nas questões – os casos difíceis – relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça. Mas a maior parte dos problemas que os tribunais como órgãos não-jurisdicionais do Governo têm de conhecer e sobre os quais decidem é constituída de problemas concernentes aos fatos, e, assim, os argumentos que ocorrem, suscitados pelos mesmos, recaem fora do campo de estudo das teorias usuais da argumentação jurídica.

Finalmente, o terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da *dogmática jurídica*. A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções:

- 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre;
- 2) oferecer critérios para aplicação do Direito;
- 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico. As teorias comuns da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumprir a segunda fase.

Esses processos de argumentação não são muito diferentes dos efetuados pelos órgãos aplicados, uma vez que se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar

uma norma a um caso. A diferença que, não obstante, existe entre os dois processos de argumentação poderia ser assim sintetizada: enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos, o dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos. Contudo, parece claro que a distinção não pode sempre (ou talvez nunca) ser feita de forma muito taxativa. Por um lado, porque o praticante precisa recorrer a critérios fornecidos pela dogmática, pelo menos quando enfrenta casos difíceis, e ao mesmo tempo a dogmática se apoia também em casos concretos. Por outro lado, porque ocorre de os tribunais (ou certo tipo de tribunais) terem de resolver casos abstratos, isto é, suas decisões podem não consistir simplesmente em condenar X a pagar uma certa quantidade de dinheiro ou em absolver Y de um determinado delito, mas também em declarar que uma determinada lei é inconstitucional, que um regulamento é ilegal ou que uma determinada norma deve ser interpretada num determinado sentido. Além disso, alguns tribunais, ao decidirem um caso concreto, criam jurisprudência, o que significa que a regra em que baseiam a sua decisão – e que se expressa na *ratio decidende* da sentença – tem um caráter geral e abstrato, e conseqüentemente vale para os casos futuros.

“A teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente no contexto de justificação dos argumentos” (ATIENZA, 2002, p. 24).

Vimos a necessidade de citarmos alguns dos mais importantes autores e explanarmos brevemente sob as Teorias da Argumentação, pois percebemos que historicamente a argumentação constrói o direito e, sob esse prisma, chegamos à conclusão de que, ao tratarmos da personalidade dos entes atípicos, a argumentação é instrumento forte para a retórica do problema.

Contudo, não é nosso enfoque esgotar o tema num âmbito filosófico, mas, a partir de tais teorias, fundamentar nosso trabalho no que diz respeito à Argumentação, de tamanha importância para nós. Vejamos a evolução histórica do direito comercial.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL

Alguns comercialistas clássicos dividiam a história do direito comercial em três fases, sendo elas, Antiguidade, Subjetiva e Objetiva. A primeira apenas procurava buscar a origem de alguns institutos que, mais tarde, foram considerados típicos de direito comercial, reguladores de certas relações específicas, muitos dos quais chegaram até nós por sua inserção no *Corpus Juris Civilis*. Ainda segundo Rubens Requião (2003, v. 1, n. 7, p. 14-15), nos dias atuais, a doutrina acrescentou ainda uma última fase, a qual se intitula Subjetiva Moderna, que corresponde ao atual estágio de evolução do direito comercial.

O comércio existe desde a Idade Antiga. As civilizações mais antigas de que temos conhecimento, como os fenícios, por exemplo, destacaram-se no exercício da atividade mercantil. No entanto, nesse período histórico – Idade Antiga, berço das primeiras civilizações –, a despeito de até já existirem algumas leis esparsas para a disciplina do comércio, ainda não se pode falar na existência de um direito comercial, entendido este como um regime jurídico sistematizado com regras e princípios (RAMOS, 2011, p. 1).

No período Romano, que abrange mais de dez mil e trezentos anos, dividindo-se no período Pré-Clássico (até o ano 200 a.C.), o Clássico (desse ano até o século II de nossa era) e o Pós-Clássico (que termina com a morte de Justiniano em 566), embora prosseguindo com o Império Bizantino até o século XV, as eventuais regras comerciais que existiam faziam parte do direito privado comum, que era o direito civil, e não se pode afirmar a existência de um direito comercial como ramo autônomo do direito privado, distinto do direito civil.

Os Romanos assim como os povos da Antiguidade conheceram normas comerciais isoladas e fomentaram o desenvolvimento de diversos institutos, como a falência, a ação pauliana (atos em fraude contra credores), ações instrutória e exercitória (sobre a responsabilidade do dono do barco e do estabelecimento, que constituíram o ponto de partida para a solução das questões de representação), as ações de exibição, normas sobre atividade bancária, algumas espécies contratuais e os “colégios romanos” (embriões de associações de classe que, mais tarde, iriam inspirar a formação das corporações dos mercadores na Idade Média) (GONÇALVES NETO, 2008, p. 41).

Não há referência à pessoa jurídica na Antiga Roma ou mesmo no Direito germânico, somente podendo ser mencionada, já no Império Romano, a notícia das *universitates* ou *collegia* (grupos de estudo), sem qualquer personalidade reconhecida pela ordem jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 39).

A história do direito comercial como ramo autônomo do direito privado – isto é, como conjunto ordenado e científico de normas que regulam uma determinada matéria consoante princípios próprios, de caráter geral – tem suas origens na Idade Média. Durante a Idade Média, o comércio atingiu um estágio mais avançado, passava a ser uma característica não só de alguns povos, mas de todos eles. Costuma-se apontar o surgimento do direito comercial, nessa época, como a primeira fase, com o surgimento de um regime jurídico específico que disciplinava as relações mercantis.

Em 1804 e 1808, são editados na França o Código Civil e o Código Comercial, começa-se aqui a segunda fase, podendo-se falar agora em um sistema jurídico estatal destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais (RAMOS, 2011, p. 4).

O Código Comercial Francês, considerado pela doutrina o pai de todos os Códigos Comerciais modernos, procedeu a uma ampla reforma na legislação comercial para eliminar sua feição de direito classista, assim instaurando o período dito *objetivo* do direito comercial, pela aspiração de imprimir à nossa disciplina uma conotação não mais concentrada na figura do comerciante, mas nos *atos* inerentes ao comércio (GONÇALVES NETO, 2008, p. 45). Esse Código objetivou os atos do comércio, independentemente da qualidade do sujeito que os praticasse; porém o código Comercial Francês nascera ultrapassado, revelando-se um instrumento consolidador de normas antigas, incapaz de atender algumas exigências das operações comerciais daquela época.

A terceira fase é marcada pelo retorno do sistema *subjetivo*. O Código Comercial alemão de 1897 e o Código Civil italiano de 1942, resgatam a figura do comerciante ou do empresário como centro de suas atenções.

Como bem explica Gonçalves Neto, o Código alemão embora mantendo a categoria dos atos de comércio, deu-lhes outra feição, de ordem subjetiva, para considerá-los mercantis somente quando realizados pelo comerciante no exercício de sua atividade profissional. Com a entrada

em vigor do aludido Código, deixaram de existir os atos do comércio estranhos à atividade profissional do comerciante e os atos isolados e passaram a interessar apenas os atos praticados profissionalmente, no interior da atividade comercial desenvolvida pela pessoa do comerciante.

Já o Código italiano, tendo formalmente unificado o direito privado, resgatou formalmente o sistema subjetivo, substituindo as antigas noções de atos de comércio e de comerciante pela de empresário, sendo o mesmo considerado como aquele que realiza uma atividade econômica organizada, dirigida ao mercado.

Durante muito tempo o Brasil não possuiu uma codificação própria e eram aplicadas aqui as leis de Portugal, as chamadas ordenações do Reino (Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas). No início de 1800, começou-se a discutir em nosso país a necessidade de criação de uma codificação própria e, somente em 1850, foi promulgado o Código Comercial brasileiro, que começou a ser discutido 18 anos antes, em 1832, quando foi criada uma comissão com a finalidade de criar um código próprio, e, em 1834, a comissão apresentou ao Congresso o projeto de lei de número 556, o qual foi aprovado e promulgado em 15.06.1850.

### **3.1 Formação histórica das sociedades irregulares no Brasil**

No Código Comercial brasileiro de 1850, as sociedades que não tinham registro eram consideradas pela doutrina como sociedades irregulares ou sociedades de fato, e alguns autores, como João Eunápio Borges (1964, n. 261, p. 254), em sua obra, defendiam a inexistência de distinção. Como bem explica Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008, p. 137),

O art. 305 do Código Comercial de 1850 continha norma contemplando essa situação, porém, com indicativos das provas capazes de determinar-lhe a existência. Esses indicativos, que eram de natureza meramente enunciativa, podem ser ainda levados em conta na verificação prática da existência ou não de uma sociedade, para fins de incidência ou não das regras propostas neste do capítulo que é objeto de análise a se desenvolver. (GONÇALVES NETO, 2008, p. 137)

Por isso, convém reproduzir o preceito revogado:

Art. 305. Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade e que regularmente se não costumam praticar sem qualidade social. Dessa natureza são especialmente:

1) negociação promíscua e comum;

- 2) aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum;
  - 3) se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública;
  - 4) se duas ou mais pessoas propõem em administrador ou gerente comum;
  - 5) a dissolução da associação como sociedade;
  - 6) o emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais;
  - 7) o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma sócia;
  - 8) o uso de marca comum nas fazendas ou volumes;
  - 9) o uso de nome com a adição e companhia.
- (GONÇALVES NETO, 2008, p. 137)

O art. 304 do referido código estabelecia que terceiros pudessem contra ela intentar, sem a necessidade da apresentação do instrumento probatório da sociedade, mas, o código admitia, em favor de terceiros, todos os meios de prova admitidos em comercio e através de presunções fundadas, elencadas no art. 305, citado acima. Contudo, a sociedade que não possuía contrato escrito poderia figurar no polo passivo de uma demanda judicial, embora não lhe fosse permitido acionar terceiros ou seus próprios sócios.

Já a sociedade em conta de participação era uma sociedade comercial. O Código Comercial de 1850 regulava a mesma pelos arts. 325 e ss. que a conceituava deste modo:

Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima.

A letra textual do código ensejava a intrigante ideia de um ente que assumisse a qualidade de sujeito de direitos e que não fosse um ser humano; ainda não estava bem delineada a teoria da personalidade jurídica, como nos dias de hoje. Essa questão é aqui relevante por evidenciar uma concepção do Direito cujos institutos e conceitos são engendrados historicamente, diante das necessidades de adequar o próprio direito à crescente complexidade da realidade social.

A teoria da personalidade jurídica no direito brasileiro se consolidou com o Código Civil de 1916, embora tenha adotado idêntica sistemática, repetindo em seu art. 20, §2º, (as sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais), a ideia central da regra já disciplinada no Código Comercial, solidificando-se que, somente após o registro da sociedade, haveria o surgimento da pessoa jurídica. O Código Civil de 1916, apelidado de Código de Bevilacqua impediu a aquisição de personalidade, que fica claro no seu art. 18.

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

Mas para Carvalho de Mendonça, as sociedades irregulares possuíam personalidade jurídica

o Código e as leis subsequentes 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 comerciante, sujeitando-as à falência e, nesse estado, respeitando-lhes o patrimônio próprio, para evitar a confusão com os patrimônios dos sócios, as sociedades regulares ou irregulares produzem os mesmos efeitos jurídicos, salvo as limitações legais que as estas se impõem. Estas restrições se, na verdade, colocam as sociedades irregulares em plano de inferioridade econômica, não lhes prejudicam a personalidade. (MENDONÇA, 1933, v. 3, Livro 2, p. 89 e 92).

João Eunápio Borges compartilhava do mesmo posicionamento de Carvalho de Mendonça e, nesse mesmo entendimento, a 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação civil n. 51.554, julgada em 10.11.50, reconheceu a personalidade jurídica de uma sociedade comercial irregular sob o argumento de que esta sociedade não tinha privação total de sua personalidade, mas sim algumas restrições em sua capacidade.<sup>1</sup>

Contudo Rubens Requião refutava a tese de Carvalho de Mendonça e João Eunápio Borges, mas ficava a dúvida quanto à personalidade dessas sociedades despersonalizadas, pois tais sociedades não sendo consideradas pessoas, dificultava a explicação do art. 304 do Código Comercial de 1850 e o §2º, do art. 20 do Código Civil de 1916, que reconheciam a capacidade dessas sociedades de figurar no polo passivo da relação processual.

O regime atual submete as sociedades de fato e irregulares às novas regras (CC/02, arts. 986 a 990). Haverá sociedade se, à falta de previsão diversa, estiverem preenchidos os pressupostos do art. 981, cuja comprovação pode ser feita, sem restrições, por todos os meios em direitos admitidos. Por isso, provada por escrito ou não, a sociedade que não esteja registrada no órgão registrador competente, será uma sociedade não personificada, sujeita a uma disciplina peculiar (GONÇALVES NETO, 2008, p. 137). Embora o Código Civil de 2002 tenha seu

---

<sup>1</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 6ª Câmara Civil. Apelação civil nº. 51.554. Apelantes: João Batista Anhaia de Almeida Prado e outro e Sociedade Navegação e Comércio Independência Ltda.; apelados: Salmac, Salicultores de Mossoró e Macau Ltda. Rel. Des. Justino Pereira, v.u., j. 10.11.50. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 140, f. 585-6, p. 279-81, mar./abr. 1952.

texto modificado, o art. 927 prescreve que aos sócios, nas relações entre si ou com terceiros, só é dado provar por escrito a existência da sociedade, e os terceiros podem prová-la por qualquer meio de prova; o que mostra que, ainda hoje, é pertinente o questionamento sobre a capacidade desses entes, logo a personalidade, questão que será melhor explicada posteriormente.

### **3.2 O novo Código Civil de 2002**

O novo Código Civil de 2002, Lei 10.406/02, foi inspirado no *Codice Civile* de 1942 (Código Civil Italiano), que revogou grande parte do Código Comercial de 1850 (revogou a primeira parte que tratava do comércio em geral, restando apenas a segunda parte que trata do comércio marítimo, pois a terceira parte que tratava das quebras, já tinha sido revogado pelo Decreto-lei 7661/45, antiga Lei de Falências, também revogada e substituída pela Lei 11.101/05, intitulada Lei de Falência e Recuperação de Empresas) na busca de uma unificação, ainda que apenas formal do direito privado.

A Lei 10.406/02, que instituiu o novo Código Civil em nosso ordenamento jurídico, completou a tão esperada transição do direito comercial brasileiro, abandonou a teoria francesa dos atos do comércio e adotou a teoria italiana da empresa. No seu Livro II, Título I, do “Direito de Empresa”, desaparece a figura do comerciante, e surge a figura do empresário.

A teoria da empresa superou uma grande deficiência da antiga teoria dos atos do comércio, a qual acarretava um tratamento anti-isonômico dos agentes econômicos, na medida em que certas atividades eram excluídas do regime jurídico comercial, fazendo com que seus exercentes não gozassem das mesmas prerrogativas conferidas àqueles abrangidos pelo direito comercial de então. Essa teoria, sem se preocupar em estabelecer um rol de atividades sujeitas ao regime jurídico empresarial, optou por fixar um critério material para a conceituação do empresário, sem excluir, em princípio, nenhuma atividade econômica do seu âmbito de incidência, nem mesmo as sociedades despersonalizadas (RAMOS, 2011, p.29).

O Código divide as sociedades em dois grandes grupos, o primeiro grupo trata das sociedades personalizadas, que se encontra no Título II, subtítulo II do CC/02, e o segundo grupo das sociedades despersonalizadas, que se encontra no Título II, subtítulo I do CC/02, em que estão disciplinadas a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

Conforme preceitua o art. 45 do Código Civil de 2002, as sociedades regulares (que cumpram os requisitos legais) adquirem personalidade jurídica, ao contrário das sociedades que não arquivaram seus atos constitutivos de registro, seja no cartório Civil das Pessoas Jurídicas (sociedade simples – sociedades de pessoas) seja na Junta Comercial (sociedade empresária). O fato é que, embora seja apenas um ato formal, acarreta distinções significativas entre as duas.

O artigo 982 do Código Civil define a sociedade empresária, e o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, a sociedade simples:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se **empresária a sociedade** que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); **e, simples, as demais**. (Grifo nosso)

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

O art. 966 CC/02 conceitua o que é a atividade empresária, e o parágrafo único, a sociedade simples:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Nem toda atividade econômica configura atividade empresarial, já que nesta é imprescindível o elemento da organização de fatores de produção. Não são todas as sociedades que podem ser qualificadas como sociedades empresárias, pois o conceito de empresário previsto no art.966 do Código Civil não se aplica a determinados agentes econômicos específicos. Para esses agentes, a lei optou por critérios e outros para a determinação de sua submissão ou não ao regime jurídico empresarial.

Não são considerados empresários pelo Código Civil indivíduos e sociedades que exercem atividade econômica não empresarial, basicamente o profissional intelectual (profissional liberal), a sociedade simples, o exercente de atividade rural e a sociedade cooperativa. O que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social, se este for explorado

com empresarialidade (profissionalismo e organização dos fatores de produção), a sociedade será empresária, ausente a empresarialidade, ter-se-á uma sociedade simples.

Portanto a grande diferença entre a sociedade simples e a sociedade empresária é que a sociedade simples tem por objeto o exercício de atividade econômica não empresarial e a sociedade empresária tem por objeto o exercício de empresa (atividade econômica organizada de prestação ou circulação de bens e serviços).

O advento do Novo Código Civil de 2002, diploma com forte influência dos princípios Constitucionais e do moderno Estado Democrático de Direito, veio, assim, tratar de forma mais ampla as sociedades não personificadas e, ao discipliná-las, quis o legislador conferir um mínimo de segurança jurídica às suas relações, deixando as sociedades de fato não serem mais caracterizadas como irregulares, tendo em vista que estariam em conformidade à preceituação legal, abrindo exceção à regra, que é o registro, para considerar não personificadas essas sociedades (em comum e em conta de participação).

Destarte, não é mais razoável uma sociedade de fato (em comum) existir e estar sem personalidade jurídica constituída e sendo caracterizada ainda como irregular. A partir daí, demonstraremos que há a possibilidade de deliberação de constituir uma sociedade ou uma atividade empresária, sem a personificação legal, e sem ser irregular, por estar, a princípio, em conformidade à lei que reconhece sua existência e constituição.

Este espírito nos remete a um cotejo com a pessoa humana. Por exemplo, um ser humano nascido em Rincão desprovido de acesso aos desenvolvimentos da sociedade organizada, mas pertencente a território pátrio, não pode ser deixado à mercê de não possuir implícita personalidade humana, inclusive brasileira, ou até mesmo, de não poder exercer direitos fundamentais já estatuídos na Lei Maior.

Fizemos essa comparação, pois Cesar Fiúza, quando trata da personalidade, explica que a personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida, independente do registro de nascimento. Permanece por toda a existência da pessoa, que só a perde com a morte, e nunca uma pessoa poderá perder a personalidade. Remete-nos a pensar que o mesmo deveria acontecer com as sociedades, independente de um simples ato formal, o

registro; deveria ser considerada a personalidade da mesma, com o seu nascimento como acontece no nosso exemplo acima.

Enfim, a partir das observações feitas aqui, tentamos estabelecer, em resumo, as bases históricas do direito comercial e a evolução histórica do direito comercial no Brasil chegando até o regime atual, o novo Código Civil de 2002, o reconhecimento pela norma e a existência de fato das chamadas sociedades irregulares.

#### 4 CONCEITO DE SOCIEDADE

Sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, decorrentes da união de pessoas, que possuem fins econômicos, ou seja, são constituídas com a finalidade de exploração de uma atividade econômica e repartição dos lucros entre seus membros (RAMOS, 2011, p. 159).

O Código Comercial de 1850 não deixou explícito um conceito de sociedade, e essa falta levou nossos comercialistas à utilização daquele mesmo conceito genérico, particularizando-o com o objeto mercantil: fins comuns “de natureza comercial”. O art. 1.363 do Código Civil de 1916 foi o primeiro documento legislativo brasileiro a formular o conceito de sociedade: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”. O texto comportava qualquer ajuste entre pessoas com propósitos comuns, mesmo que não lucrativos, trazendo um desarranjo, pois não distinguiam as sociedades de outras figuras, como participações associativas, associações, etc. (REQUIÃO, 2003, v.1, n. 206, p. 327).

Como bem explica Gonçalves Neto (2008, p. 113-114), o Código Civil de 2002, com pouca variação, reproduziu o enunciado do Código Comercial de 1850. Aclarou a finalidade econômica de sua constituição e a partilha do resultado entre as partes, para bem distingui-la de associações. A sociedade é um negócio jurídico que tem por propósito criar um novo sujeito de direito, distinto das pessoas que o ajustam, capaz de direitos e de obrigações na ordem civil, para facilitar o intercâmbio no mundo do direito, interpondo-o entre seus criadores e terceiros na realização de negócios.

O propósito de criar novo *sujeito de direito* é essencial; sem ele não há sociedade. Como sujeito de direito, dotado ou não de personalidade jurídica, a sociedade passa a ter, em maior ou menor grau, patrimônio e vontade próprios, distintos das partes que a constituem. Trata-se de particularidade marcante da sociedade, que a isola dos demais negócios jurídicos, principalmente daqueles que, sem obter tal resultado, buscam, como a sociedade, a reunião de recursos ou esforços para a realização de empreendimento comum, como é o caso dos consórcios, dos grupos de sociedade, dos ajustes de participação e assim por diante.

E é preciso destacar, ainda, na busca de um conceito mais consistente, o *fim econômico* que particulariza a sociedade, para apartá-la de outras estruturas jurídicas que, à sua semelhança, são igualmente criadas pela atuação da vontade humana e às quais o ordenamento também outorga capacidade de direito ou atribui personalidade jurídica, como as fundações, as associações, as autarquias e, enfim, as pessoas políticas de nossa federação.

Com essas observações, e pondo em evidência a principal particularidade da sociedade, que é a criação de um ente, de um sujeito de direito, que visa a atuar como se fosse uma pessoa natural no preenchimento da função que justificou a celebração de tal negócio jurídico, Gonçalves Neto (2008, p.164) entende que

sociedade é a organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento chancela como modo de preencher uma determinada função – qual seja a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas entendidos.

#### **4.1 Sociedades personificadas**

O Código Civil de 2002 disciplina as sociedades personificadas, que são elas: a sociedade simples pura, a sociedade limitada, a sociedade anônima, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em comandita por ações e a sociedade cooperativa.

O mesmo código estabelece a necessidade do Registro. Para “a constituição ou nascimento da pessoa jurídica é necessária a conjunção de três requisitos: a vontade humana criadora, a observância das condições legais de sua formação e a liceidade de seus propósitos” (PEREIRA, 1992, p. 200).

Essas sociedades adquirem personalidade jurídica quando se inscrevem no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial (arts. 45 e 985) antes de iniciar suas atividades, sob pena de começar a exercer a empresa irregularmente; trata-se pois de uma obrigação legal prevista no artigo 967 do Código Civil de 2002. Porém, embora o registro na Junta Comercial seja uma obrigação legal imposta por lei tanto para o empresário individual quanto para a sociedade empresária, com exceção do empresário rural, previsto nos arts. 971 e 984 CC/02, não é requisito para a caracterização do empresário e sua consequente submissão ao regime

jurídico empresarial, ou seja, mesmo que o empresário individual ou sociedade empresária não se registrem na Junta Comercial antes do início de suas atividades, tal fato não implicará sua exclusão do regime jurídico empresarial.

De acordo com Walter Ceneviva, os registros públicos têm como finalidade a autenticidade, a segurança e a eficácia. A autenticidade é a qualidade do que é confirmado por ato de autoridade: de coisa, documento ou declaração verdadeiros. O registro cria presunção de verdade. É retificável, modificável e, por ser o oficial um receptor da declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina. Só o próprio registro tem autenticidade.

A segurança como libertação do risco é, em parte, atingida pelos registros públicos. Aperfeiçoando-se seus sistemas de controle e sendo obrigatório as remissões recíprocas, tendem a constituir malha firme e completa de informações.

Eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos. O Decreto n. 4.857/39 não se referia à eficácia, mas à validade dos atos jurídicos. A mudança se afina com a melhor doutrina. O legislador, entretanto, não adotou critério técnico desejável: nos arts. 132 e 172, permanece a *validade* como objetivo do registro.

Os efeitos jurídicos do registro público são de três espécies básicas, *constitutivos, comprobatórios e publicitários*. O primeiro estabelece que sem o registro o direito não nasce, o segundo, que são os comprobatórios, afirma que o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual se reporta, e, finalmente, os publicitários, que o ato registrado, com raras exceções, é acessível ao conhecimento de todos, interessados e não interessados.

Destaca-se que pelo conceito de empresário previsto no art. 966 CC/02, que adotou a teoria da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou

de serviços”, não impondo o registro como requisito para ser empresário. Afinal, conforme o enunciado 199 do CJF, aprovado na III Jornada de Direito Civil, “a inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não da sua caracterização”; portanto, mesmo que esteja irregular aquele que não faça o registro, mas exerça profissionalmente atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços, será considerado empresário, que é o caso das sociedades não personificadas que veremos a seguir.

#### **4.2 Sociedades não personificadas**

Via de regra as sociedades possuem personalidade jurídica; o Código Civil de 2002 abre exceção à regra para considerar não personificadas as chamadas sociedades em comum e sociedades em conta de participação. As primeiras se caracterizam por serem entes com certa autonomia reconhecida pelo direito, mas com restrições ao modo de agir das sociedades personificadas, e as últimas, contratos de participação, cuja execução cabe ao chamado sócio ostensivo.

Contudo, há a possibilidade de, e é muito comum, que apareça essas sociedades sem registro, visto que, de acordo com o enunciado do art. 981 do Código Civil, o que irá caracterizar essas sociedades não é o registro, conseqüentemente a personalidade jurídica, mas, sim, o contrato em que se acorda a contribuição de pessoas, com bens e serviços, para o exercício de uma atividade econômica em comum e a partilha de bens.

Tratando-se porém de sociedades de fato ou irregulares, chamadas de sociedades em comum pelo art. 986 do Código Civil, [...] a pessoa não é a sociedade, mas os sócios, que serão representados pelos seus administradores. Tratando-se porém de sociedade em conta de participação [...] Quem exerce as atividades sociais é um sócio ostensivo, em nome de quem todos os atos são praticados. Só ele responde, tendo direito de regresso contra os sócios ocultos, com base no contrato social. Estes por sua vez também poderão acionar o sócio ostensivo, com base no contrato social, que só vale entre os sócios, não gerando personalidade para a sociedade, que jamais será acionada ou acionará em juízo. Todas as ações serão propostas pelo sócio ostensivo contra terceiros ou contra os sócios ocultos, ou contra o sócio ostensivo, por terceiros ou pelos sócios ocultos. O mesmo se diga dos atos praticados pelo sócio ostensivo que os exerce em seu próprio nome, por eles respondendo pessoalmente. (FIÚZA, 2008, p. 162).

“No Direito Brasileiro, mas não só nele, há certos entes<sup>2</sup>, certos organismos abstratos, que considerados extrinsecamente, em seu conjunto, recebem, em alguns casos, o tratamento dado às pessoas, embora não os sejam” (FIÚZA, 2008, p. 159).

Vimos que as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, decorrentes da união de pessoas, que possuem fins econômicos com a finalidade de exploração de atividade econômica e repartição de lucro entre seus membros, independente de serem ou não personificadas, a diferença entre elas é somente o ato formal, que seria o registro. Essas sociedades (em comum e em conta de participação) serão mais bem explicadas ao longo desse trabalho.

---

<sup>2</sup> ENTES DESPERSONALIZADOS: a família, a sociedade irregular e a sociedade de fato, a massa falida, a herança vacante ou a herança jacente, o espólio e o próprio condomínio.

## 5 A REGULARIDADE DAS SOCIEDADES DESPERSONIFICADAS

### 5.1 *Regularis*

É fundamental, antes de se adentrar o cerne a ser delineado, aclarar o conceito da palavra “regular”, que tem sua origem no latim *regularis*, por se tratar do que serve de regra, canônico, ou seja, em conformidade com as regras ou leis, as praxes, costumes ou hábitos.

À luz do Direito Canônico, irregularidade – *irregularitas* – é o impedimento perpétuo que proíbe a recepção ou o exercício da Ordem sagrada (LEITE, 1983, p. 390). Com efeito, segundo o Código de Direito Canônico, para que alguém seja ordenado de presbítero ou de diácono, não se poderia estar incurso em nenhuma irregularidade ou impedimento, ou seja, além naquelas disposições taxativas do Capítulo II, Parte 1 – dos Sacramentos, através do cânone 1.041.

Em acréscimo catedrático, tem-se uma importante contribuição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, que conceitua como *irregular* tudo aquilo contrário à lei ou à justiça, e como *regular* a ação segundo as regras e leis (FERREIRA, 2001, p. 433-630).

Dessa forma, parametricamente, tem-se que as regularidades estão intimamente adstritas àquilo que seja conforme aos cânones, à lei, aos costumes, ou em consonância aos regramentos legitimamente instituídos.

### 5.2 *Pessoalidade e pessoa*

*Pessoalidade*, substantivo feminino que advém do latim *personalistas* e que significa a qualidade de ser pessoal. Pressupõe a ação do homem, onde ele é capaz de livremente tomar uma posição e ser reconhecido através dela.

A *pessoalidade* não é um pressuposto imposto ao indivíduo, é sim uma construção social de cada indivíduo humano, sendo que cada um tem liberdade para construir sua *pessoalidade*, de que decorrem suas ações e omissões, capazes de construir sua individualidade.

Como bem explica Moureira (2011, p. 1) na obra dedicada às *Pessoas e Autonomia Privada* a

*'pessoalidade'*, não se trata da assunção de uma qualidade imanente a espécie humana, mas pressupõe a ação do homem na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Pessoaalidade decorre, pois, da autodeterminação e auto-afirmação das configurações individuais dentro de um fluxo comunicativo. (MOUREIRA, 2011, p. 1).

Afirma-se que a pessoaalidade é algo da própria espécie humana, mas Moureira (2011, p. 2) explica que é

preciso evidenciar que a pessoaalidade não é um dado *a priori*, como algo extrínseco aos indivíduos humanos, tão somente pelo fato de serem ditos ou se autodenominarem seres humanos. Pelo contrário, *pessoaalidade*, implica processo de construção da auto-identidade de um ser livre e autônomo que se reconhece a si mesmo através do outro (alter), em um constante processo de autodeterminação de si e de reconhecimento de si pelo outro e vice-versa. (MOUREIRA, 2011, p. 2).

No teatro grego e posteriormente no romano, por exemplo, os atores vestiam máscaras para cada tipo de personagem que representavam. O conceito dado a *persona* por eles é a face que apresentamos ao mundo, referindo-se com esse termo às máscaras que os gregos usavam em suas encenações de tragédias.

O conceito de personalidade está totalmente relacionado ao conceito de pessoa, de acordo com o Código Civil de 2002, àquele que nasce com vida, torna-se uma pessoa, e adquire personalidade. Já para certas entidades morais, chamadas de pessoas jurídicas, esse mesmo código submete-as a preceitos legais para adquirir personalidade jurídica, ou seja, obrigatoriedade de fazer o registro das mesmas; e essa personalidade jurídica traz a capacidade para ser titular autônomo de relações jurídicas. É inerente à capacidade jurídica ou capacidade de exercício de direitos, sendo que a capacidade jurídica e a capacidade de exercício de direitos são conceitos distintos.

Será apenas no início do século XX que se dará a solidificação da teoria da personalidade jurídica, onde se estabeleceu na doutrina um conceito de pessoa. Clóvis Bevilacqua (1975, p. 129) filiou-se às teorias que afirmavam a realidade da pessoa jurídica, não apresentando, com clareza, os traços organicistas. Vários são os autores, como Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, Vicente Rao, Rubens Requião, entre outros, que adotaram o posicionamento tradicionalista, em que, ainda hoje, a maioria das doutrinas continua não atribuindo

personalidade jurídica às sociedades despersonalizadas. Rubens Requião foi enfático ao apregoar que tanto as sociedades de fato como as sociedades irregulares são desprovidas de personalidade jurídica autônoma. Em regra, apenas aos entes personalizados a doutrina reconhece capacidade de direito e afirmam que só podem ser sujeitos de direitos quem seja pessoa, e pessoa e sujeito de direito se fundem.

Foi sendo reproduzido, ao longo do tempo, por nossos juristas brasileiros com grande influência dos juristas europeus, o conceito tradicional de *pessoa* como único sujeito de direitos. Esse entendimento continua marcando presença em nossas doutrinas até hoje, destacando-se os autores tradicionais. Para se chegar ao conceito e entender o que é a personalidade jurídica e a quem se pode atribuir essa personalidade jurídica, antes é preciso conceituar e entender o que é *pessoa*, entender que o ser humano tem direitos e deveres, o que favoreceu a construção do conceito de sujeito de direitos e que sujeito de direito não é somente indivíduo humano.

Afirma Francisco Amaral (2008, p. 216) que o termo pessoa possui dois significados, um vulgar e outro jurídico. No sentido jurídico, “pessoa é o ser humano como sujeito de direitos”. Segundo Gagliano e Pamplona Filho, “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”.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 165) explicam que o vocábulo *pessoa* comporta diferentes significados. Tem um significado vulgar – reportando-se ao ser humano – e outro jurídico, mais amplo, agasalhando, além das pessoas humanas, também as pessoas jurídicas. No ponto, é relevante apresentar uma advertência: o conceito *jurídico de pessoa* não se confunde com a sua conceituação *antropológica, filosófica, biológica e psicológica*. A ciência jurídica parte de uma premissa distinta, estabelecendo como ponto fundante o referencial de que a pessoa é o *sujeito de direito*, aquele que pode titularizar relações jurídicas. Os autores chegam à conclusão de que pessoa é o ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres, na órbita da ciência do Direito, podendo se apresentar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica.

O ordenamento jurídico reconhece duas espécies de pessoas: “a pessoa natural, também chamada de física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano) e a pessoa jurídica,

igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum)” (MONTEIRO, 2003, p. 57).

Para Maria Helena Diniz (1993, p. 115), pessoa é todo e qualquer “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações. Sinônimo de sujeito de direitos”.

Venosa apresenta a pessoa natural e a pessoa jurídica e ensina que “no estágio atual do direito, entendemos 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 polos da relação jurídica”.

Poderíamos citar mais dezenas de autores consagrados, mas que aqui já se faz suficiente para demonstrarmos a ampla aceitação e reprodução da doutrina a qual coloca que pessoa e sujeito de direito são uma mesma coisa.

É nítido que esses conceitos de sujeito de direitos e pessoas pela doutrina tradicionalista, quando se fundem, têm gerado polêmica e grande insegurança jurídica em casos concretos, como, por exemplo, a cerca de discussões sobre a “personalidade” das sociedades de fato, a legitimidade processual de alguns entes despersonalizados e até mesmo da personalidade dos nascituros.

### **5.3 Capacidade**

Dentre os pressupostos processuais subjetivos destacamos dois que consideram personalidade, a saber, a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo. Como bem explica Daniel Amorim Assumpção Neves, vejamos.

#### ***5.3.1 Capacidade de ser parte***

A capacidade de ser parte (personalidade judiciária ou personalidade jurídica) diz respeito à capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações (art. 1.º do CC), existindo para as pessoas físicas, pessoas jurídicas, pessoas formais (art. 12 do CPC), e a maioria dos entes despersonalizados, tais como as mesas dos corpos legislativos para as ações de mandado de segurança. Registre-se a amplitude da capacidade de ser parte, que nem sempre vem

acompanhada da capacidade de estar em juízo, como ocorre com os incapazes, que têm capacidade de ser parte, mas que necessitam de um representante processual na demanda, por lhes faltar capacidade de estar em juízo.

De acordo com Neves (2011, p. 57), trata-se de *pressuposto processual de existência*<sup>3</sup>, sendo exemplo típico de processo inexistente o promovido contra um réu morto, que certamente não tem a capacidade de gozo e do exercício de direitos e obrigações. Ou, ainda, uma propaganda na internet por meio da qual se gravam anonimamente dois executivos de uma empresa de refrigerante conversando com um advogado sobre medidas judiciais a serem tomadas contra o setor responsável pelo refrigerante *diet* da mesma empresa, alegando a proximidade de sabor apta a confundir os consumidores. É natural que não passava de uma peça publicitária, mas seria típico caso de ausência de capacidade de ser parte o ingresso de um setor de uma empresa contra outro setor da mesma.<sup>4</sup>

### 5.3.2 Capacidade de estar em juízo

As partes no processo terão necessariamente que praticar atos processuais, que são uma espécie de ato jurídico. Dessa forma, as partes precisam ter capacidade processual *legitimatío ad processum* para a prática de tais atos. No tocante às físicas, é preciso observar que a incapacidade civil relativa e absoluta é resolvida no âmbito das relações jurídicas de direito material com a intervenção de um assistente ou representante, respectivamente. No âmbito processual, a representação importará a realização de atos de parte exclusivamente pelo representante, enquanto, na assistência, haverá realização conjunta dos atos (DINAMARCO, 2001, p. 283).

A capacidade de estar em juízo das pessoas jurídicas e formais está prevista no art. 12 do CPC, porque, sendo pessoas inanimadas, é indispensável a presença de uma pessoa física que a represente em juízo. Interessante que o art. 12, I, do CPC prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios serão representados em juízo por seus procuradores; já o art. 12, II, do CPC prevê que o Município será representado judicialmente pelos procuradores ou pelo prefeito, considerando que nem todos os municípios têm procuradores, o que não ocorre

---

<sup>3</sup> NEVES, 2011, p. 57 *apud* ORLANDO, José. **Teoria**, n. 33 3, p. 130-135; ORNARA, **Lições**, v. 1, p. 223; DIDIER, **Curso de direito processual civil**, p. 210. Em sentido contrário, MOREIRA, Barbosa, p. 91.

<sup>4</sup> NEVES, 2011, p. 57 *apud* TESHEINER-BAGGIO, **Nulidade**, n. 3, 1-32, p. 154, 2001.

com as pessoas de direito público previstas no inciso antecedente. Também é interessante notar que não existe pessoa jurídica processualmente incapaz, havendo o que parcela da doutrina prefere chamar de “presentação”, e não de representação propriamente dita (NEVES, 2011, p.58).<sup>5</sup>

A doutrina é tranquila no entendimento de que se trata de pressuposto processual de validade do processo. Trata-se, inclusive, de vício sanável, devendo o juiz conceder no caso concreto um prazo para que a parte adquira a capacidade de estar em juízo, somente sendo caso de extinção do processo – no caso do autor – e seguimento do processo à revelia – no caso do réu – havendo omissão da parte no suprimento do vício (CAMARA, 2003, v. 2, p. 226).

### ***5.3.3 Capacidade de fato das pessoas jurídicas e dos entes despersonalizados***

As pessoas jurídicas ou os entes atípicos têm que ser representadas em juízo por um indivíduo humano, que lhes faça toda a comunicação quando necessário; logo esses entes não são possuidores de capacidade de fato, mesmo quando dotados de personalidade e capacidade de direito, é o que afirmava a teoria da representação. Alguns autores ainda entendiam ser as pessoas que representavam as pessoas jurídicas mandatários, o que afirmava a existência da capacidade de fato dessas pessoas jurídicas, pois seriam as mandantes.

O problema da teoria da representação era englobar todos os representados com uma deficiência de capacidade, que, em relação à gestão de negócios e à representação da pessoa jurídica, era inverídica, ocorrendo essa incapacidade somente para os incapazes e para as pessoas jurídicas sem uma representação legal.

Afirma Caio Mario da Silva Pereira que a

representação legal, das pessoas naturais, ocorre quando há uma incapacidade, a reclamar proteção e suprimento, enquanto que a das pessoas jurídicas nem tem em vista a proteção nem se destina a suprir incapacidade, porém propõe-se a munir apenas um ser que é naturalmente abstrato, dos meios externos de realizar as faculdades jurídicas. (PEREIRA, 1997, p. 197).

---

<sup>5</sup> NEVES, 2011, p. 58. (Silva-Gomes, Teoria, p.141; Didier, Curso, p. 213. Contra: Furtado, Suprimento, p.111-112)

O cerne da discussão veio quanto à deficiência da teoria, pois, cessada a incapacidade da pessoa natural, por exemplo, os tutores e curadores não atuam mais como representantes daquela pessoa antes incapaz. Já as pessoas jurídicas são representadas por toda sua existência.

Várias foram às oposições feitas à *teoria da representação*, e sua nova sistemática passou a ser que nem todas as hipóteses de representação legal suprem necessariamente uma deficiência de capacidade.

Em seguida, foi reconhecida a capacidade de fato das pessoas jurídicas, surgindo, assim, uma nova teoria, a teoria da *realidade natural ou objetiva da pessoa jurídica*, mais tarde intitulada *teoria da organicidade*, que tinha um caráter imaginário, pois seria a pessoa jurídica dotada de vida e vontade própria como a própria pessoa física. Ideia que foi aos poucos sendo rejeitada, pois de acordo com essa teoria a pessoa jurídica possuía, em sua composição interna, órgãos, como a pessoa física, o que trouxe grande complexidade de entendimento, pois seria a pessoa jurídica e o órgão uma única pessoa.

Com o tempo a *teoria da organicidade* passou por transformações contínuas e se tornou majoritária, ficando consagrado o entendimento de que a pessoa jurídica é dotada de capacidade de fato, entendendo-se que órgão da pessoa jurídica é representado por uma esfera abstrata de funções, distinta da pessoa de seu titular.

Ao tratar dos *entes atípicos*, conclui-se que os mesmos possuem capacidade de fato, pois dependem de órgãos que lhe concretizem sua capacidade de fato. Podemos usar o mesmo entendimento dado para as pessoas jurídicas, logo onde existe um órgão, existe uma pessoa.

#### **5.3.4 A capacidade de ser parte dos entes despersonalizados**

Ao longo do tempo, doutrinadores evidenciaram a capacidade passiva dos entes despersonalizados. Quando esses entes se tornam parte, podem

reconvir; embargar de executado (aliter de terceiro); pedir decretação de nulidade, de anulação ou de resolução, condenação nas custas, aplicação das penas dos arts. 63 e 65 do Código de Processo Civil (CPC 1939), alegar

compensação; interpor recurso extraordinário; propor ação rescisória, propor ação revocatória em processo de falência, ou anulatória em concurso de credores, em que foi incluída como credora, bem assim alegar, na falência, ineficácia relativa; pedir indenização por danos sofridos em virtude de medida constritiva, cautelar ou executiva, que foi concedida contra ela. (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 342).

Desde 1850, o Código Comercial reconheceu capacidade passiva de atuar em juízo. Atualmente o art. 12, VII, do Código de Processo Civil aceita a representação em juízo das sociedades sem personalidade jurídica, ativa e passivamente, pela pessoa a quem competir a administração de seus bens, reafirmando a capacidade de ser parte da sociedade irregular. De acordo com Francisco Amaral (2008, p.300), “capacidade de direito pressupõe personalidade; logo, as sociedades de fato têm-na negado pelo ordenamento jurídico, mas de fato, é-lhes permitido agir como se tivesse personalidade jurídica”.

Para Farias e Rosenvald (2012, p. 419) de acordo com a legislação material e processual, aos entes não personificados é reconhecida a capacidade judiciária (de atuar em juízo) e não a capacidade de direito propriamente dita, e, reforçando a tese defendida por Barbosa Maciel (2001), registram uma crítica

ao tratamento jurídico dedicado aos grupos despersonalizados pelo texto legal (Código de Processo Civil) e pela jurisprudência. É que a capacidade de estar em juízo (capacidade judiciária) é espécie da própria capacidade jurídica, sendo incoerente afirmar aquela sem esta, à luz da teoria da capacidade jurídica.

Mostra-se sustentável com o entendimento de Farias e Rosenvald (2012, p. 420) que é necessária uma revisão do tratamento jurídico dispensado aos grupos despersonalizados, pois em relação as dívidas assumidas pelos entes despersonalizados, se aplica um benefício de ordem (art. 1024 do *Codex*), reconhecendo nestes entes, de algum modo, autonomia prioritária patrimonial; pois, segundo o texto legal, o pagamento das dívidas dos entes despersonalizados será feito primeiramente com os bens sociais da sociedade, respondendo, subsidiariamente, os sócios, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações assumidas em nome da sociedade.

## 5.4 Pessoa jurídica e personalidade

Sobre a evolução da pessoa jurídica, vale a pena invocar a preciosa lição de Arnold Wald para quem

o conceito de pessoa jurídica, não se firmou definitivamente no direito romano, reconhecendo-se, todavia, personalidade ou capacidade jurídica ao Estado, aos municípios, ao Fisco e, no campo do direito privado, certas sociedades e fundações [...] encontra-se no *Digesto* os princípios básicos que ainda hoje regem as pessoas jurídicas, distinguindo-se, já naquela época, o patrimônio social do patrimônio individual dos membros da sociedade. Devemos salientar, todavia, que, para o direito romano, a personalidade jurídica dependia de reconhecimento pelo Estado, que assim podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e a grupos sociais, [...] No Direito Medieval coube aos canonistas desenvolver a hipertrofiar o conceito de pessoa jurídica, a fim de atender à necessidade de organização interna da igreja. A pessoa jurídica é, então, definida como *persona ficta* ou *corpus mysticum*, pelos canonistas, que nela percebem uma realidade distinta e superior à soma dos seus membros, enquanto, para os glosadores, que anotavam os textos romanos, as corporações são apenas o conjunto de seus associados, sem terem qualquer unidade própria. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 391).

Concluem Farias e Rosenvald (2012, p. 391), “Foi no Direito Canônico, assim, que primeiro se fez referência expressa, em sede legal, às pessoas jurídicas, através de organismos intitulados *corpus mysticum*, que geram grupos eclesiais com patrimônio próprio, voltados a atividades religiosas”.

“Como regra, os sujeitos de direitos têm como característica fundamental a personalidade”. Fiúza coloca duas acepções para o termo personalidade. Na primeira acepção, “é atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes (pessoas jurídicas), em virtude do qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas”. Na segunda acepção, a personalidade é um valor, “o valor fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela”. Daí se falar em direitos da personalidade (FIÚZA, 2008, p. 121-122).

Contudo percebe-se que a pessoa natural, a pessoa jurídica é dotada de personalidade e capacidade jurídica por concessão do Estado, como sujeito de direitos e obrigações.

[...] É enfim aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades. Em um primeiro

raciocínio, poder-se-ia afirmar que pessoa é toda criatura humana. Todavia, essa ideia não é completa por excluir os entes morais (pessoas jurídicas), a quem a lei, também, atribui personalidade para praticar atos da vida civil. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 165)

[...] é possível notar que não podem ser consideradas pessoas jurídicas os chamados grupos despersonalizados, verdadeiros entes sem personalidade, por lhes faltar os requisitos necessários para sua subjetivação, notadamente por faltar o registro dos atos constitutivos no órgão competente. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 418)

Contudo esses entes despersonalizados existem e, apesar de não terem personalidade jurídica, podem titularizar relações jurídicas diversas, sendo sujeitos de direitos e tendo capacidade processual, de acordo com o art. 12 do Código de Processo Civil.

#### ***5.4.1 Personalidade jurídica e a regularidade das sociedades despersonificadas***

Na práxis jurídica, a noção de personalidade jurídica e sua problematização teórica sempre estiveram acopladas ao conceito de capacidade de direito. Percebe-se, mais fortemente em Savigny e até nos dias de hoje, que a própria noção de “capacidade jurídica” se apresenta como resquícios de uma compreensão e interpretação morais do Direito. A compreensão moral em Savigny é tão forte que o mesmo vai afirmar não somente que a pessoa jurídica refere-se a uma “pessoa” fictícia, uma construção artificial, como também que a própria capacidade da pessoa jurídica há que ser interpretada enquanto uma capacidade artificial, assim reconhecida em termos meramente funcionais numa lógica utilitarista a ser decidida pelo Estado em face dos “interesses públicos”.

Chamon Junior (2007, p.144), no capítulo que trata da “Personalidade para além da persona”, confronta a sua opinião com a de Savigny, e propõe

que tal noção de ‘personalidade’ merece ser melhor problematizada de forma, inclusive, a perder toda e qualquer carga moral e ontologicista que a ronda. Antes o que se deve reconhecer é que a ‘personalidade’ há que ser tomada em conta enquanto sempre centrada em, e referida a, uma situação tematizada e problematizada. Não há qualquer ‘personalidade’ fora da argumentação. (CHAMON JR., 2007, p. 144)

O autor tenta levantar uma questão para enfrentar tanto a argumentação de Savigny, quanto também de outros autores, como Gierke e Jellinek:

a ‘personalidade’ não há que buscar um fundamento moral ou ontológico, ou ainda positivista, que a um só tempo, esvazia tanto a própria práxis jurídica enquanto

referida ao Direito. Na verdade a própria expressão ‘personalidade jurídica’ está por demais carregada de argumentos morais/ontológicos que, por força da tradição, vem se perpetuando na práxis jurídica. (CHAMON JR., 2007, p. 144)

As noções de pessoa, personalidade, sujeito jurídico, foram construídas na argumentação sem perceber que é na própria argumentação que encontramos os fundamentos de tais figuras enquanto referenciais para imputação de direitos e deveres. E, assim, conclui que personalidade se trata de um centro de imputação de direitos e deveres.

Na mesma linha que Chamon Junior, Moureira (2011, p. 145) esclarece que

ser pessoa a partir da Teoria do Direito é ter reconhecida a possibilidade de escolher e agir em um recorte de determinada situação jurídica, podendo ali exercer efetivamente as liberdades (direitos) e não liberdades (deveres) normativamente estatuídas. E para tanto, ser indivíduo humano não é condição *sine qua non* de ser pessoa neste sentido, embora seja ele o primeiro referencial. (MOUREIRA, 2011, p. 145).

Ademais, vários autores contemporâneos como Sá e Naves, apresentam mudanças conceituais sobre a noção clássica de personalidade que expõe que

A noção naturalizante da personalidade perpassou o fundamento jusnaturalista ao juspositivista, chegando ao nosso tempo com força respeitável. O Estado Democrático de Direito reconhece que o ordenamento jurídico só ganha sentido num contexto linguístico; descrições adquirem sentido tão-somente na argumentação, mas parece que nossa Ciência do Direito disso têm se esquecido. Afirmações de que a personalidade é inerente, natural ou consentânea à própria realidade humana reduzem o Direito à esfera moral (SÁ; NAVES, 2004, p. 26).

Juridicamente o termo personalidade jurídica, pressupõe

um atributo normativo de construção de uma personalidade jurídica, que não fica adstrita tão somente ao indivíduo humano, mas estende, na medida em que compreende todo alguém ou algo que assume a posição de sujeito jurídico, trata-se, portanto de uma qualificação conferida pelo Direito. (MOUREIRA, 2011, p. 205).

Como explana Moureira (2011, p. 181), para Savigny, a capacidade de possuir propriedade é que determina a personalidade jurídica.

[...], son por su naturaleza una extensión del poder, un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre, relación que puede afectar á la persona jurídica como al individuo y los fines para que há sido creada a persona jurídica merecen atenderse por los mismos médios que los del individuo. (SAVIGNY *apud* MOUREIRA, 2011, p. 181).

Já, Kelsen (2005, p. 136), afirma que a pessoa “não é uma entidade separada dos seus deveres e direitos, mas apenas a sua unidade personificada ou – já que deveres e direitos são normas jurídicas – a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas”.

O professor Dr. Leonardo Macedo Poli (2008, p. 95), em sua obra *Direito Autoral, Parte Geral*, faz referência à personalidade e cita Eroulths Cortiano Junior

A atribuição de personalidade enquanto aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações reúne tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas como sujeitos de direito, partindo de uma premissa ontológica, isto é, tem a função de identificar os figurantes das relações jurídicas. Por outro lado, os direitos da personalidade partem de uma premissa axiológica: de tutela valorativa da pessoa humana. (CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 41).

Um dos grandes problemas enfrentado hoje nos tribunais é a respeito da personalidade jurídica das sociedades empresariais antes nominadas como irregulares. O cerne da discussão seria a possibilidade da pessoa jurídica não registrada ter personalidade jurídica. Como bem salienta Moureira (2011, p. 199),

A personalidade jurídica não é fruto do registro civil, mas sim da sua manifestação enquanto pessoa nas situações jurídicas na qual se apresenta como ser passível de direitos e deveres. Ainda que não registradas, a pessoa jurídica pode integrar quaisquer polos de situações jurídicas relacionais, além de se estabelecer em situações jurídicas uniposicionais. (MOUREIRA, 2011, p. 199).

E conclui Chamon Júnior<sup>6</sup>, citado por Moureira (2011, p. 199-202), que

Obviamente que o registro insere à sociedade situações jurídicas capazes de, concretamente, gerar direitos e deveres: mas isto não implica no reconhecimento de uma “capacidade abstrata”, antes no preenchimento de certos requisitos configuradores de determinadas posições legítima e concretamente problematizáveis. (CHAMON JR. *apud* MOUREIRA, 2011, p. 199-202).

E Moureira completa dizendo que

Na perspectiva de Lúcio Chamon, ora tomada em consideração, todos os referenciais para imputação dos direitos e deveres hão que ser tomados a sério na argumentação jurídica. Isto porque a argumentação é constitutiva tanto da própria práxis jurídica como também da personalidade jurídica. Não é em toda e qualquer situação jurídica que o nascituro, pessoa jurídica não registrada ou a comissão de

---

<sup>6</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 146.

formatura<sup>7</sup> será referencial para a imputação de direitos e deveres e assim terá personalidade jurídica.

Chamon Junior (*apud* Moureira, 2008, p. 200) exemplifica, em recente julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais enfrentando questão interessante, o que pode ajudar à compreensão da problemática acima referida.

Em uma determinada universidade no Estado de Minas Gerais, os formandos se reuniram e instituíram uma Comissão de Formatura. Por razão litigiosa qualquer, as alunas integrantes da Comissão de Formatura propuseram, em nome próprio, ação com pedido de rescisão contratual em desfavor da empresa contratada para o cerimonial. Em primeira instância, o processo foi extinto sem resolução de mérito face à constatação de ilegitimidade ativa, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil. Levada a questão ao TJMG, as alunas recorrentes defenderam ser legítimas para integrarem o polo ativo da demanda, uma vez que a Comissão de Formatura foi instituída sem qualquer formalidade, não apresentando qualquer ato constitutivo. Se isto não bastasse, disseram que no Contrato que pretendiam rescindir havia direitos e obrigações impostas às recorrentes e não à Comissão de Formatura. Diante da situação, o Relator do recurso manteve a sentença de primeira instância, respaldando os seus argumentos na existência da capacidade postulatória da Comissão de Formatura e na impossibilidade das recorrentes pleitearem direito alheio em nome próprio (art. 6º., CPC). Diz o Relator do recurso que focou evidente que o negócio jurídico objeto da contenda foi celebrado entre a empresa responsável pelo Cerimonial e a Turma de formandos, naquele ato, representada pela Comissão de Formatura. Deste modo, asseverou o julgador que, se o próprio contrato contém distinção formal de responsabilidades para a ‘Comissão’ e as Recorrentes, conferindo à primeira o status principal, cabendo às últimas responder na sua omissão, está nítida a eleição contratual do titular dos direitos e deveres convencionados’. (CHAMON JR. *apud* MOUREIRA, 2011, p. 200)

Moureira (2011, p. 201), ao comentar essa decisão, vai dizer que, embora possível e com razões jurídicas para tanto, o Relator não assumiu a possibilidade de a Comissão de formatura ter personalidade jurídica, mas apenas deu à mesma a possibilidade de deter a capacidade postulatória atribuída às sociedades de fato, nos termos do art. 12, VII do Código de Processo Civil, além de considerá-la uma universalidade de fato, capaz de integrar situações jurídicas relacionais:

Não se perca de vista que, em relação ao conjunto dos estudantes que deliberaram por sua criação fática, a “Comissão de Formatura” passa a integrar relações jurídico-materiais como uma universalidade de fato, sendo que o conjunto de seu acervo (formado pela contribuição pecuniária dos instituidores) pode ser objeto de relações jurídicas próprias, nos termos do art. 90 do NCC.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Caso da comissão de formatura ( Moureira, 2011, p. 200 )

<sup>8</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 1.0216.05.031426-1/001. Processual Civil, rescisão contratual, ilegitimidade ativa, art. 6º. CPC, comissão de formatura, sociedade de fato. Apelante: Fernanda Ribeiro Rosa e outros. Apelado: Format Brasil Produções Ltda. Relator: Des. Fernando Botelho, Minas Gerais, 15 fev. 2008.

Foram reconhecidos a Comissão de Formatura vários pressupostos jurídicos (como por exemplo a capacidade postulatória) que poderiam atribuir a ela personalidade, a falta de registro não seria requisito indispensável para atribuir à Comissão de Formatura a personalidade, pois como se mostrou no caso citado, ela preencheu os requisitos mais importantes que conceituam a personalidade.

A grande confusão em relação ao cerne da personalidade jurídica deve-se a que as sociedades de fato são sujeitos e somente as pessoas têm capacidade de direito, e se a personalidade sucede do registro, as sociedades sem registro não podem ser pessoas, logo não pode ser aplicada às sociedades despersonalizadas a regra que trata do início da personalidade. Outro fato intrigante é exatamente no que se refere à argumentação, como bem cita Moureira (2011, p. 202), “Se os referenciais de imputação normativa são construídos na argumentação jurídica, a análise particularizada do caso concreto é fundamental para a constatação da personalidade jurídica [...]”.

Complementarmente, expõe o sociólogo alemão Niklas Luhmann (1983, p. 169)

Para a antiga tradição européia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. Era exatamente por consistir de homens que ela apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral. Nesse contexto, o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia constituir-se de outras sociedades – ou seja, de corpos sociais formados por outros homens. Consequentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou dos limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes.

Dessa forma, o Direito sempre teve a função precípua de garantir a mediação dos conflitos e anseios sociais, sejam ambos derivados da ética compartilhada ou não, e se torna imperativa a necessidade da partilha dos valores da vida ética na própria comunidade, o que ensejou a ampliação e o reconhecimento das sociedades antes irregulares, porém, existentes em sua plenitude, como forma de desenvolvimento e integração social, impedindo assim a possibilidade de uma coerção de sua profunda origem, que vem garantir a permanência dos laços orgânicos que engendram uma das formas de sustentação social.

Assim, pode-se identificar que o mundo fático das tradições e valores culturalmente estabilizados na sociedade tem sua validade e pretensão moral como integrante desta, ou seja,

as instituições da vida social são protegidas na validade das tradições, por meio da coerção jurídico-moral (HABERMAS, 1997, p. 42-43).

Destarte, as lacunas das leis naquela época vieram deixar para a doutrina a responsabilidade na elaboração dos conceitos, efeitos e repercussões de tais sociedades no mundo empresarial e jurídico.

Em complemento, tem-se que, mesmo uma sociedade regularmente constituída em toda sua plenitude formal e legal de personalidade jurídica, pode ainda ser caracterizada como irregular, pois será também irregular a sociedade que se organiza legalmente, que arquiva seus atos constitutivos no Registro do Comércio, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social, ou funcione sem cumprir obrigações impostas por lei (MARTINS, 1998, p. 237).

Obviamente, as sociedades não personificadas somente serão irregulares no caso de seus sócios praticarem atos que desnaturem a sua forma societária, já que são tipos especiais de sociedades abarcadas pela hodierna previsão legal, e que são constituídas para o exercício de atividades empresariais reconhecidas em verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Destarte, a regularidade ou não das sociedades não personificadas – comum ou em conta de participação – está condicionada aos atos praticados por estas e sua coerência legal, analisando-se os efeitos de licitude ou não dos atos praticados em nome desta atividade empresarial, e não às suas formas de constituições.

Nos ensinamentos de Barros *et al.* (2002, p. 996), tem-se que as espécies de sociedades disciplinadas pelo novo Código Civil de 2002 vão ao encontro das concepções inovadoras do conceito de empresa, dispensando-se a divisão do Direito Romano em separar atividades civis e comerciais, dando-se uma forma de ente economicamente organizado que transforma fatores de produção em bens e serviços de utilidade ou necessidade pública.

No que tange à pessoa jurídica Chamon Junior (2007, p. 146) levanta a seguinte pergunta: será que o registro de pessoa jurídica transforma a argumentação?

O autor questiona se somente uma sociedade que realiza o registro pode ser considerada “pessoa”, ser referencial de direitos e deveres ou se, mesmo não tendo o registro, uma sociedade irregular pode ser assim considerada.

Cada vez mais, as pessoas jurídicas estão tendo mais direitos e, como exemplo desses direitos, surgem os direitos autorais das pessoas jurídicas, a partir de que o professor Dr. Leonardo Macedo Poli (2008, p. 94-97) explica que as pessoas jurídicas não ficam à margem da proteção legal. Vejamos.

A LDA prevê que a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos ali previstos. A redação da LDA pode gerar certa confusão. A proteção concedida ao autor tem conteúdo dúplice, moral e patrimonial. A previsão de aplicação da proteção concedida ao autor à pessoa jurídica pode gerar, à primeira vista, a ideia de que também possa ser titular do Direito Autoral em ambos os aspectos.

Essa transposição mecânica não se mostra, contudo, admissível tendo-se em vista que os direitos de autor tem por substrato um valor existencial humano que difere do valor existencial atribuível ao ente abstrato (PERLINGIERI, 1999, p. 158). Aquele é anterior à própria norma enquanto que este é por ela criado.

É de se reconhecer que há cada vez mais vozes defendendo a possibilidade de se reconhecer a titularidade originária às pessoas jurídicas e, conseqüentemente, a plenitude do Direito Autoral. Segundo De Sanctis, da mesma forma que em relação à filiação admite-se a paternidade natural e a adotiva, muitas vezes a obra se ligará à personalidade da pessoa jurídica e não à de seu autor material. (DE SANCTIS, 2005, p. 66-67).

Não se pode realmente negar que haja um valor jurídico a ser reconhecido à personalidade da pessoa jurídica, mas é de se reconhecer que tal valor é, porém, diverso do valor existencial humano, o que pressupõe construção jurídica diversa e não simplesmente a efetivação de uma transposição mecânica de tutela<sup>9</sup>.

Isso porque a proteção jurídica aos direitos da personalidade parte da premissa de elevação da pessoa humana, e apenas ela, ao centro do ordenamento jurídico e a realização de uma transposição mecânica, por mais que na superfície aparentasse progresso jurídico nada mais seria que retrocesso. Trata-se de tutela da personalidade humana e não simplesmente de tutela da personalidade jurídica.

E conclui que a pessoa jurídica não receberá os direitos autorais em sua plenitude, pois em nosso ordenamento a titularidade dessa pessoa jurídica será sempre derivada, “a titularidade

---

<sup>9</sup> Ao que parece, é essa a ideia do art. 52 do CC que prevê a aplicação às pessoa jurídicas, no que couber a proteção dos direitos da personalidade. Não se trata de mera transposição de tutela, mas de abertura para construção de um valor existencial da pessoa jurídica a quem poderão ser reconhecidos direitos análogos aos direitos da personalidade, mas que não terão, via de regra, o mesmo conteúdo.

de direitos autorais por uma pessoa jurídica restringe-se à titularidade dos direitos patrimoniais de autor, tanto nos casos de cessão voluntária como nos casos de cessão legal”<sup>10</sup>.

Como no caso da comissão de formatura citado por Chamon Junior, faremos a mesma indagação do autor, só que agora em relação aos direitos autorais de uma sociedade despersonalizada: somente uma sociedade que realiza o registro teria a possibilidade de ter direitos autorais?<sup>11</sup>

J. Lamartine Corrêa de Oliveira, João Eunápio Borges assim como José Xavier Carvalho de Mendonça e vários outros autores já entendiam que a sociedade sem registro fosse personalizada. Vejamos o entendimento de Mendonça (1933, v. 3. p. 90-92).

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. p. 90)

As restrições mediante as quais as leis procuram dificultar a existência das sociedades irregulares afeta-lhes por ventura a personalidade jurídica? Absolutamente não. Personalidade jurídica significa capacidade para ter direitos patrimoniais; quer dizer autonomia patrimonial [...]. Se o Código declara que a sociedade irregular existe com todos os efeitos da sociedade regular relativamente a terceiros com quem trata, estes não a podem desconhecer para acionar os sócios. [...] Os sócios das sociedades irregulares são solidariamente responsáveis nos mesmos termos em que o são os sócios das sociedades regulares e os sócios ocultos. (MENDONÇA, 1933, v. 3. p. 92).

Ramos (2011, p. 172) esclarece que parece contraditória em si a expressão sociedade não personificada. De fato, se a sociedade é uma categoria de pessoa jurídica, não se pode admitir que uma sociedade não tenha personalidade jurídica. Ou se trata de uma sociedade, consequentemente dotada de personalidade jurídica, ou não se trata de uma sociedade.

É notória uma grande confusão na doutrina no que diz respeito à personalização das sociedades não registradas, pois ficou sem resposta a questão da natureza deste ente que não possui personalidade jurídica, mas pleno de capacidade jurídica; a sociedade empresária (mesmo que sem personalidade jurídica) é uma pessoa jurídica. Na atualidade, é tema dos

---

<sup>10</sup> Direito patrimonial é instrumento que visa garantir ao autor a obtenção das vantagens econômicas decorrentes da utilização da obra. Assim, o exclusivo de exploração econômica incide apenas sobre utilizações públicas ou coletivas da obra (POLI, 2008, p. 67).

<sup>11</sup> Cf. nota 10.

mais fascinantes o tratamento emprestado à pessoa jurídica, por força de suas complicações jurídicas.

Cristiano Chaves de Faria juntamente com Nelson Rosenvald (2012, v. 1, p. 386) explicam que

é indubitosa a necessidade de emprestar personalidade jurídica a agrupamentos humanos. Pela impossibilidade de exercer, realizar, por si só, certas atividades e atingir determinadas finalidades que ultrapassam suas forças e limites, a pessoa natural precisa se unir a outras pessoas humanas, formando grupos com desiderato próprio. A estas entidades o ordenamento jurídico empresta autonomia e independência, dotando-as de estrutura própria e personalidade jurídica distinta daqueles que a instituíram, (FARIA; ROSENVALD, 2012, v. 1, p. 386)

e assim completam como surge a pessoa jurídica das próprias necessidades sociais.

[...] Tem como pano de fundo a tendência humana ao convívio em grupos (não se pode olvidar que o homem é um ser gregário) e a imprescindibilidade da cooperação de mais de uma pessoa para a consecução de determinadas atividades. É neste passo que o ordenamento jurídico também atribuiu personalidade – e via de consequência, capacidade para titularizar relações jurídicas e praticar atos da vida civil – a entes morais, surgidos a partir da vontade humana. Nasce, assim, a pessoa jurídica como fruto de um fenômeno cultural e social, ao revés das pessoas humanas que são oriundas de um processo biológico (ou afetivo), mesmo quando tenha participação afetiva do homem [...]. (FARIA; ROSENVALD, 2012, v.1, p. 386).

J. L. Corrêa de Oliveira juntamente com Arnold Wald propuseram uma nova redação ao texto do Projeto de Código Civil, o que não foi recepcionado para superar a crise de reconhecimento. Vejamos.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado com a conclusão dos atos de constituição, mas a capacidade plena de direito só é adquirida com a inscrição de tais atos no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação. (CORRÊA DE OLIVEIRA; WALD, 1984, p. 27)

Autores contemporâneos como Simone Eberle (2006, p. 75-77) mantêm a ideia de que as sociedades despersonalizadas seriam dotadas de personalidade, pois “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”.

Entendemos a preocupação do legislador, desde o código comercial de 1850 (no código comercial de 1850 não havia uma disciplina legal específica para as sociedades sem registro e na atualidade o legislador tratou especificamente das sociedades não personificadas) até a realidade atual, ao disciplinar essas “sociedades”, que foi a de conferir um mínimo de segurança jurídica às relações, que de fato são muitas. O que não entendemos é serem essas “sociedades” sujeitos de direitos, conseqüentemente, terem capacidade jurídica e não possuírem personalidade jurídica, pois não se deu uma explicação razoável para a situação jurídica da sociedade com capacidade jurídica e sem personalidade. Tal mudança já deveria ter acontecido.

#### **5.4.1.1 Sociedade em comum**

O Código Comercial de 1850 considerou o princípio da publicidade em favor de terceiros, impondo a publicidade de certas informações, como a obrigatoriedade da presença de cláusulas contratuais com informações relevantes como, objeto, capital, poderes de gerência, responsabilidade dos sócios, etc., juntamente com a obrigatoriedade do registro do contrato.

Como já citado no começo desse trabalho, convém reproduzir o artigo 304 novamente, pois o mesmo teve como objetivo uma proteção para com terceiros. Além disso, o próprio Código Comercial de 1850 determinou a obrigatoriedade do registro; e, inexistindo esse registro, admitiu-se regra que não prejudicasse terceiros.

Art. 304 – São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que por terceiros possam intentar contra a sociedade 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 comercio (art.122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu a sociedade.

Em comentário a essa normatividade proposta à legislação comercial do século XIX, Carvalho de Mendonça (1933, p. 88-89) expressa:

O Código [Comercial brasileiro] e as Leis subsequentes 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 comerciante, sujeitando-as à falência, e, nesse estado, respeitando-lhes o patrimônio próprio, para evitar a confusão com os patrimônios dos sócios.

O texto de lei reconheceu um patrimônio na sociedade, diverso dos sócios, e conferiu a esta sociedade sem registro a capacidade para a condição de sujeito de determinadas obrigações e sujeito passivo de demandas. Portanto as sociedades não registradas foram disciplinadas pela própria legislação, e a dificuldade encontrada até os dias atuais é explicar um ente com capacidade jurídica, porém sem registro, como comenta João Eunápio Borges (1975, p. 287 e 289): “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.”

Para alguns autores como Gonçalves Neto (2008, p. 136), o fato de ser atribuído ou não personalidade jurídica às sociedades em geral é irrelevante, pois segundo suas concepções a criação de uma pessoa jurídica não é fator decisivo para caracterizá-la, tanto que em outras legislações, como a alemã e a italiana, por exemplo, só as sociedades de capital são dotadas de personalidade jurídica; as sociedades de pessoas não o são, mas nem por isso deixam de se comportar como entidades, isto é, como sujeitos de direitos e de obrigações na ordem jurídica, conclui o autor.

Tradicionalmente a sociedade em comum se dividia em sociedade de fato e sociedade “irregular” (conforme já declinado no introito), e o artigo 986 do Código Civil de 2002 disciplina essas sociedades que ainda não inscreveram seus atos constitutivos no órgão de registro competente, Junta Comercial para as sociedades empresárias e Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas para as sociedades simples; se ela não se registra é penalizada, “a omissão é sancionada com a ausência de personalidade jurídica” (FRANCO, 2001, v.1, p. 189).

Boa parte da doutrina entende que a chamada sociedade de fato é aquela que não possui instrumento escrito de constituição, ou seja, não possui um contrato social escrito. Por outro lado, existe a possibilidade de uma sociedade de fato possuir um contrato escrito, mas que não está registrado na Junta Comercial, o que enseja a sua validade somente entre sócios e não contra terceiros. Essa distinção, a rigor, nunca teve muita relevância prática, uma vez que o regime jurídico aplicável a ambas era o mesmo.

Para Ramos (2011, p. 174), interpretando com cuidado a regra do artigo 986 do Código Civil, não há como negar que a sociedade em comum não corresponde à sociedade de fato ou

irregular, como preconiza boa parte da doutrina. As regras da sociedade em comum, na verdade, aplicam-se às sociedades contratuais que estão se constituindo.

Continua Ramos, grosso modo, que pode se fazer um paralelo com as pessoas físicas (pessoas naturais): embora elas só adquiram personalidade após o nascimento com vida, o ordenamento jurídico lhes reconhece existência e confere proteção desde a concepção (art. 2º do Código Civil). Da mesma forma, embora a sociedade só adquira personalidade após o registro, o ordenamento jurídico reconhece sua existência e lhe confere proteção desde a exteriorização dos primeiros atos tendentes à constituição do vínculo societário (por exemplo: assinatura de contrato social).

E por fim conclui, portanto, que sociedade em comum, sociedade de fato e sociedade irregular são categorias distintas:

- a) sociedade de fato é a sociedade sem contrato escrito, que já está exercendo suas atividades sem nenhum indício de que seus sócios estejam tomando as providências necessárias à sua regularização;
- b) sociedade em comum é a sociedade contratual em formação, isto é, aquela que tem contrato escrito e que está realizando os atos preparatórios para o seu registro perante o órgão competente, antes de iniciar a exploração do seu objeto social; e
- c) sociedade irregular é a sociedade com contrato escrito e registrado, que já iniciou suas atividades normais, mas que apresenta irregularidade superveniente ao registro (por exemplo: não averbou alterações do contrato social).

Também é o entendimento, mesmo antes do Novo Código Civil de 2002, do professor Dr. Eduardo Goulart Pimenta que, em seu artigo científico intitulado *Considerações sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais irregulares* (2001), dispõe que, apesar de muitos estudiosos como Rubens Requião, entre outros, conceituarem a sociedade de fato como aquela que não tem contrato e a sociedade irregular como aquela que tem contrato mas não foi legalizado, ou seja, levado a registro, é ineficiente tal critério distintivo baseado apenas na existência ou não de contrato social e

realmente, se adotado tal critério distintivo, a utilidade prática da separação entre sociedades irregulares e de fato cai por terra. Em nada difere a situação jurídica de uma sociedade que dispõe de contrato social escrito mas não registrado daquela que

seu elaborou tal documento, principalmente com relação à sua personificação ou à responsabilidade de seus sócios. (PIMENTA, 2001, p.54)

O professor Dr. Eduardo Goulart Pimenta é adepto da corrente de que a melhor orientação, a que se apresenta como a mais correta, é a de que se deve distinguir nitidamente a sociedade de fato e a sociedade irregular, tomando-se por referência a existência ou não do elemento-registro-que lhes confere a personificação, ou seja,

Sociedades de fato, portanto, são aquelas desprovidas de personalidade jurídica, uma vez que seus atos constitutivos, existentes ou não, jamais foram levados a registro. Não há formalização da estrutura social que, perante terceiros, se rege pela situação fática do momento. Sociedades irregulares são aquelas que, constituídas validamente pela elaboração e competente registro de seu contrato social, posteriormente apresentam alteração em sua estrutura sem a necessária modificação junto aos órgãos oficiais de registro. As sociedades irregulares adquirem este perfil quando a situação *interna corporis* é alterada sem que tal mudança seja levada ao meio juridicamente eleito-registro para lhe conferir publicidade e valor perante terceiros. (PIMENTA, 2001, p.56)

Para ele, tais sociedades apresentam diferentes realidades, pois a situação fática em relação aquela que, constando de seu registro, vigora perante terceiros. Em apoio a sua tese, o jurista trata de duas decisões diferentes, com motivo idêntico, a saber, a falta de alteração contratual.

O primeiro caso ocorreu no Tribunal de Justiça de São Paulo, 7ª Cam. Cível, AI. 107.241-1 onde houve uma alteração contratual não levada a registro, acarretando, conseqüentemente, solidariedade e responsabilidade ilimitada de todos os sócios – arrecadação de seus bens pessoais nos autos de falência; e, no segundo caso, julgado RTJESP, 130/343 (COELHO, 1997, p. 135), em sentido diverso, a decisão judicial não acolheu o conceito de sociedade irregular, cujos atos constitutivos arquivados no Registro de Comércio, ou seja, alterações contratuais posteriores não registradas, não tornaram a sociedade regular, “irregular”, indeferindo a arrecadação dos bens particulares dos sócios da falida.

O artigo 1024 do Código Civil traz a regra geral do direito societário, em que os sócios respondem subsidiariamente pelas obrigações sociais, em razão de a sociedade (pessoa jurídica) ter autonomia patrimonial, quando devidamente registrada, ou seja, não se aplica a regra do art. 1024 do Código Civil à sociedade em comum; afinal a sociedade em comum não tem personalidade jurídica. Essa responsabilidade deveria ser ilimitada e direta entre os sócios. O legislador, porém, estabeleceu para os sócios desse tipo de sociedade uma

responsabilidade ilimitada e subsidiária e a responsabilidade ilimitada e direta somente do sócio que contratou com a sociedade, à luz do art. 990 do Código Civil.

Parece imprópria a regra usada; e, para Ramos, a incongruência do sistema em atribuir responsabilidade subsidiária pelas dívidas sociais aos sócios da sociedade em comum, com exceção daquela que contratou pela sociedade, com responsabilidade direta, gera um problema de ordem prática, pois as pessoas jurídicas possuem um patrimônio próprio, separado e distinto do patrimônio dos sócios, possuem responsabilidade patrimonial autônoma, e, com seus bens e direitos, devem garantir suas dívidas perante seus credores. Contudo, se a sociedade em comum não possui personalidade jurídica, não seria possível identificar o seu patrimônio.

A regra usada para esse problema se encontra no artigo 988 do Código Civil, em que é constituído um patrimônio especial, e o seu patrimônio social é formado de bens e direitos titularizados por cada um de seus sócios; o Código Civil estabeleceu uma especialização patrimonial, um patrimônio de afetação.

Dessa forma, despida de personalidade jurídica, a prova de sua existência encontra regra no artigo 987 do Código Civil, onde, em demandas judiciais, terceiros podem provar a existência da sociedade por qualquer meio de prova, diferentemente dos sócios que só conseguem provar a existência da sociedade por meio de apresentação do instrumento contratual, prova por escrito ou um documento probatório de que o terceiro sabia que não se estava negociando com os sócios e sim com a sociedade.

O professor Dr. Eduardo Goulart Pimenta (2001, p.57-58) continua,

pensamos ser irrefutável a atribuição de personalidade jurídica autônoma às sociedades irregulares, ao contrário do que ocorre em relação às sociedades de fato. Decorre desta assertiva a convicção de que a responsabilidade ilimitada dos sócios, presente em ambas as modalidades de sociedade, também não é exatamente igual. Isto porque o reconhecimento de personalidade jurídica à sociedade irregular faz com que haja a necessária separação entre o seu patrimônio e o de seus sócios, individualmente considerados. Desta forma, a responsabilização pessoal dos membros somente pode se verificar após a completa liquidação dos bens integrantes do referido patrimônio social, configurando-se a subsidiariedade da obrigação dos sócios pelas dívidas contraídas em nome da sociedade. Por outro lado, no que se refere às sociedades de fato, desprovidas de personalidade jurídica, não há que se falar em patrimônio sócia. As dívidas contraídas pelo empreendimento comum podem ser direta e imediatamente cobradas dos sócios de tal ente, sem que se possa falar em subsidiariedade. Tendo em vista tais aspectos, não há como atribuir

validade àquelas que desconsideram a distinção entre sociedades irregulares e sociedades de fato, [...]. (PIMENTA, 2001, p.57-58)

Por fim, Dr. Eduardo Goulart Pimenta (2001, p.58), considerando que a sociedade irregular tem seus atos constitutivos devidamente levados a registro, mas que, por algum motivo, veio a negligenciar determinações legais ao seu funcionamento, esclarece que não

parece lógica qualquer intenção de negar a sua personalidade jurídica, autônoma em relação à de seus membros individualmente considerados. [...] É de se concluir, então, que as sociedades irregulares efetivamente ‘nasceram’ como entes autônomos, enquanto que as sociedades de fato permaneceram apenas no estado potencial. (PIMENTA, 2001, p.59)

Aqui vemos que surge a complexidade resultante da imputação por lei de direitos a entes considerados despersonalizados. A lei reconhece esses entes despersonalizados, mas não atribui a personalidade aos mesmos, posto que o art. 45 CC torna formalmente o início da personalidade depois de feito o registro. Ademais, a maioria dos manuais de direito comercial divide a sociedade em comum em sociedade de fato e sociedade irregular. Optamos por seguir a linha de pensamento de André Luiz Santa Cruz Ramos, que divide a sociedade em comum em sociedade de fato, sociedade irregular e a própria sociedade em comum. Assim é inconcebível para nós a ideia de que a sociedade irregular não tenha personalidade, já que a mesma tem registro, como já explicado anteriormente.

#### **5.4.1.2 A sociedade em conta de participação**

Noutro particular de sociedade sem personalidade jurídica constituída, eleva-se a chamada Sociedade em Conta de Participação e, conforme o disposto no art. 991, do Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.402/2002), pode-se conceituá-la de forma simples, como sendo: uma sociedade formada por dois tipos de sócios, o chamado sócio ostensivo – aquele que traz para si todas as obrigações contraídas em virtude da execução do objeto social da sociedade, devendo prestar contas somente aos demais sócios – e o sócio (ou ainda sócios) participante – aquele se obriga ao primeiro, participando apenas dos resultados auferidos pela sociedade constituída.

Dessa forma, resume-se que as atividades da sociedade em conta de participação serão desenvolvidas apenas pelo sócio ostensivo, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade, cabendo aos demais sócios participantes – também caracterizados pela

doutrina como sócios ocultos – a participação nos resultados correspondentes, cite-se o aludido artigo civilista, *ipsis litteris*:

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.

Não se trata de um conceito exaustivo para as amplas nuances do moderno direito de empresa, transcendendo-se os limites de meras sociedades empresárias e que se mostram como alternativas bastante viáveis e seguras de investimento, o que possibilitou a conciliação entre capital e os meios de produção, preenchendo-se os anseios de uma sociedade pluralista e organizada e que, por consequência, vêm gerar mais riquezas que pequenos investimentos especulativos.

Historicamente, observa-se que a sociedade em conta de participação remonta sua disciplina ao antigo Código Comercial de 1850; havia, contudo, restrições de cunho particular, onde a peculiaridade estava no fato de o chamado sócio ostensivo ter que ser obrigatoriamente comerciante, e, em conformidade aos preceitos daquele diploma, o mesmo, para ser considerado comerciante, deveria ser devidamente aceito pelo tribunal doméstico e ter o respectivo registro na Junta Comercial.

Tal disciplina não era vista com ótima receptividade pela doutrina e jurisprudência, particularmente pelo seu caráter de sigilo, fato este engendrado pelo não aparecimento dos sócios participantes.

Destarte, o instituto tinha uma característica adjetiva de ser uma espécie de “sociedade menor” e, portanto, receberia uma menor importância no direito societário brasileiro.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002, passou-se a disciplinar a sociedade em conta de participação de uma forma mais clara e incisiva, o que veio conferir uma maior segurança ao tipo societário, permitindo, assim, uma utilização mais ampla nos hodiernos negócios empresariais, especialmente naqueles destinados a investimentos de maior risco como um dos exemplos nas chamadas *joint ventures*.

Desse modo, como não há mais a limitação legal de que o sócio ostensivo obrigatoriamente tenha que ser comerciante (e que antes deveria ser aceito pelo tribunal doméstico com a respectiva inscrição competente em Junta Comercial), as sociedades em conta de participação que não preenchiam tal exigência, e eram adjetivadas também como irregulares, passam agora à categoria de regularidade conforme a moderna lei civilista.

Embrionariamente, a origem da sociedade em conta de participação remonta à Idade Média, onde havia uma figura similar que se utilizava naquela época do chamado “contrato de comenda”, e seu sujeito (comendador) investia parte de suas riquezas em empreitadas marítimas com a presença de um responsável efetivo para a realização prática dos empreendimentos (mercador). Então, os frutos destas empreitadas eram ao final repartidos entre o primeiro e o último – o financiador e o que geriu os negócios – fazendo-se assim o possível alcance dos pretensos resultados positivos.

Tal modalidade de exploração comercial passou então a ser utilizada também para a mercancia terrestre, criando-se assim, ao longo do tempo, algumas variações, e sua institucionalização como modelo levou à necessidade de uma formalização dos negócios através de instrumentos públicos para determinadas situações, com o competente registro perante as chamadas “corporações de ofício”.

Noutras situações, havia também uma preocupação com a imagem das pessoas investidoras de tal prática comercial, que era mal vista à época, inclusive com condenação religiosa por ser encarada como usura, ou até mesmo por outros motivos pessoais; e o sigilo de seus “comendadores” (investidores) permanecera inerente ao tipo peculiar desta associação.

Dessa forma, as sociedades em conta de participação se tornam uma sociedade sem personalidade jurídica (despersonificadas), porém absolutamente *sui generis* das demais também disciplinadas no novel códex civilista.

O fato de serem sociedades sem personificação, não possuírem domicílios ou nacionalidades, além de nomes empresariais, torna-as uma espécie de sociedades ocultas, onde somente os sócios têm conhecimento de suas existências. Assim sendo, as pessoas que buscam contratos

com esses tipos de sociedades, em tese, não possuem conhecimento disto, e acreditam estar contratando individualmente com as pessoas dos sócios ostensivos.

Outro fator peculiar para este tipo de sociedade é o fato da legislação ser omissa em disciplinar a respeito de sua classificação, podendo ser de pessoas ou de capital, e ainda contratual ou institucional.

No entendimento de Requião e Mamede (1. 2003, p. 399-400 ut 2. 2004, p. 49), a sociedade limitada e a sociedade em conta de participação são sociedades de pessoas, enquanto que as sociedades anônimas são sociedades de capitais.

Já para Coelho (2002, p. 25-476), as sociedades em nome coletivo, comandita simples e as limitadas podem ser de pessoas ou de capital, e em concordância às previsões contidas em seus contratos sociais. Porém, ressalta, ainda, que as sociedades anônimas e em comandita por ações serão sempre de capitais. Além disso, não considera que a sociedade em conta de participação seja um tipo societário, mas, sim, uma modalidade de investimento comum com contrato.

Conforme Mendonça (1952, p. 228), as sociedades em conta de participação são verdadeiras sociedades mercantis, visto que possuem todas as características societárias fundamentais, compreendendo-se como uma sociedade empresária na íntegra pelo fato de possuir atribuição originária da *affectiosocietatis*, ou seja, apesar de sua informalidade de constituição, há a vontade das partes contratantes de se constituir uma sociedade empresária para a busca de um fim comum aos sócios (o resultado positivo).

A confirmação de tal abertura – natureza de pessoas ou de capital – é preenchida na disposição do art. 995 do Código Civil, em que o sócio ostensivo não poderá admitir novo sócio sem o consentimento dos sócios participantes, salvo estipulação em contrário, o que comprova a possibilidade de existência de uma sociedade em conta de participação de capitais, desde que haja previsão em seu contrato ou estatuto social da livre cessão das cotas ou partes sociais independentemente com anuência ou não dos demais sócios.

Ademais, a sociedade em conta de participação não possui um patrimônio autônomo ou até mesmo o chamado patrimônio social; e, em virtude do art. 994 do moderno Código Civil brasileiro, terá o chamado “patrimônio especial”.

Não obstante, como a sociedade em conta de participação normalmente não enseja conhecimentos por terceiros de sua existência, denota-se que a sua especialização patrimonial somente produzirá efeitos em relação aos próprios sócios e não a terceiros. Dessa forma, depois de constituído o patrimônio especial, o mesmo é então entregue e transferido ao sócio ostensivo, havendo assim a presunção para terceiros de que tais recursos somente a este pertença.

Ressalte-se, ainda, que a legislação confere a aplicação das normas dispostas para a sociedade simples às sociedades em conta de participação, porém, observando-se a subsidiariedade e compatibilidade.

Além disso, como não há exigência formal para que as sociedades em conta de participação tenham suas inscrições obrigatórias no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o que caracteriza suas despersonalizações, há de se ressaltar ser opcional a apresentação de escrituração das suas operações em livros do sócio ostensivo ou próprios.

Frise-se, ainda, que quando houver registros em livros do sócio ostensivo, esses deverão evidenciar lançamentos referentes à sociedade e seus resultados deverão ser demonstrados em separado, com a indicação hialina de vinculação deste com a sociedade.

No caso de processo falimentar, ocasiona-se a dissolução da sociedade e respectiva liquidação da conta, momento em que seus créditos irão constituir-se como quirografários, por ausência de garantia real ou especial.

Noutro lado, havendo a hipótese de falência do sócio participante, o contrato social estabelecido estará então sujeito às normas regidas pela Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial).

Por fim, no particular de tributação, em conformidade ao regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999 e suas alterações, os lucros apurados pelo sócio ostensivo e os apurados pela

sociedade em conta de participação deverão obedecer às hipóteses do regime de tributação com base no lucro real, havendo em alguns casos a opção pelo regime de lucro presumido.

A sociedade em conta de participação diferente da sociedade em comum, jamais terá personalidade jurídica, visto que a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não irá conferir personalidade a esse tipo societário, que nada mais é que um contrato especial de investimento; e, apesar do Código Civil de 2002 apresentar esse tipo societário de forma mais clara, não deixou de ser bastante informal.

### **5.5 Condomínio edilício**

O Código Civil de 2002 não revogou a Lei 4.591/64 que trata dos condomínios edilícios; modificou a lei que regia o setor; permanece, todavia, a sua validade quanto aos assuntos que o Código Civil não abrange. Passou a disciplinar apenas o Título I da referida Lei, referente ao condomínio, restando preservado o Título II referente às incorporações.

A lei de 1964, também conhecida como lei do condomínio, trata de direito de propriedade, assuntos referentes às assembleias, despesas do condomínio, além de outros assuntos; enquanto o Código Civil trata principalmente da parte comum e privativa, como formar uma convenção, sobre as multas, destituição do síndico, entre outros.

Não se pode negar a capacidade de ser parte dos condomínios edilícios, visto que em nome do condomínio podem-se movimentar contas bancárias, pode-se ser empregador, titular de créditos e débitos. E, quando a construção se realiza sob o regime de administração, os recibos, faturas, duplicatas e qualquer outro documento alusivo a aquisições para construção ou transações devem ser emitidos em nome do condomínio, entre tantos outros direitos e deveres.

Dada a confusão de ser pessoa ou não o condomínio, logo ser parte legítima em uma ação, constantemente, deveres jurídicos ou direitos subjetivos são imputados às sociedades irregulares, e a jurisprudência brasileira, que não são poucas, fica responsável por tratar tais questões.

No Recurso Especial n. 14.180-0 de 1993, o voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira representa bem a retórica, ao decidir que os condomínios irregulares existentes no Distrito Federal tinham legitimidade ativa para ajuizar Ação de Cobrança das cotas para satisfazer as despesas comuns. O Ministro argumentou que a capacidade para, pessoalmente ou por representante, exercer atos da vida civil surge com a personalidade, somente quando passa a existir uma “pessoa”; mas, ao apresentar uma solução, abre mão do argumento de que nesse caso haveria uma “situação excepcional”.<sup>12</sup>

O voto da desembargadora Carmelita Brasil, em situação idêntica, seguiu a mesma argumentação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “os condomínios irregulares existentes no Distrito Federal têm legitimidade ativa para ajuizar Ação de Cobrança das cotas para satisfazer as despesas comuns consoante proclama a jurisprudência desta Colenda Corte”, prestigiando inclusive o pensamento de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, afirmando que as sociedades irregulares possuem capacidade, tanto ativa como passiva, de estar em juízo.

Enquanto não desfeita a sociedade irregular subsistem e irradiam seus efeitos jurídicos, principalmente em assembleia. (...) as sociedades ou associações irregulares fazem parte da realidade desse País. (...) impossível é ignorar as repercussões de seus atos no mundo jurídico. E negar o pagamento de despesas condominiais, pelo simples fato de o condomínio ser irregular, é buscar o enriquecimento ilícito, que repugna o direito.<sup>13</sup>

Nos dias atuais, o mesmo posicionamento vem sendo contemplado. Vejamos jurisprudências recentes:

“É pacífico o entendimento desta egrégia Corte, no sentido de que o condomínio, ainda que irregular, é parte legítima para promover ação de cobrança de taxas condominiais”. (Trecho do voto da Relatora Nídia Corrêa Lima, no julgamento do processo APC 2005.06.1.00.0914-4, 3ª Turma Cível, julgado em 05/12/2005, DJ 14/02/2006)

Em uma ação de cobrança proposta por um condomínio no Distrito Federal, a Relatora Haydevalda Sampaio conheceu o Recurso e deu provimento parcial sob a argumentação de que os Condomínios irregulares têm legitimidade para ajuizar ação de cobrança contra os seus

---

<sup>12</sup> BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 14.180-0 SP. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ. 28.06.1993.

<sup>13</sup> TJDF. **Embargos Infringentes na apelação cível**, n. 1999.01.1.052850-9. 1.Câmara Cível. Relatora Desembargadora Carmelita Brasil, j.13.12.2000.

condôminos, mesmo não havendo registro dos atos constitutivos no órgão competente, pois a situação fática, qual seja, a união de pessoas com intuito de formarem condomínio, realizando assembleias e instituindo taxas de comum acordo, geram direitos e deveres entre os associados. A decisão foi unânime. (TJ-DF – AC: 29975320068070008 DF 0002997-53.2006.807.0008, Relator: Haydevalda Sampaio, Data de Julgamento: 30/11/2006, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 08/02/2007, DJU Pág. 92 Seção: 3)

De mais um caso, também no Distrito Federal, convém reproduzir trechos do voto da Relatora Gislene Pinheiro da 2ª Turma Cível:

(...) Entretanto, ainda que se trate de condomínio irregular, o certo é que ele existe. É na realidade um condomínio de fato e os imóveis regulares ou irregulares neles contidos, são ocupados pelos seus proprietários, detentores de direitos, ocupantes etc., qualquer que seja a nomenclatura que a eles se possa atribuir. O condomínio de fato existe e funciona. Tanto que realiza assembleias (fls. 12 e 13), com eleição de representantes, prestação de contas dos respectivos exercícios etc.. Assim, eventual irregularidade no condomínio não confere ao condômino o direito de deixar de cumprir com suas obrigações de pagar a cota condominial. (...) ‘Com efeito, a associação de moradores e proprietários de unidades imobiliárias constitutivas de condomínio, ainda que irregular, tem legitimidade para cobrar parcelas condominiais daqueles que se beneficiam dos serviços e equipamentos implementados em proveito de todos. É evidente que o Poder Judiciário, no âmbito do Distrito Federal, não pode desconhecer o fato de que se criaram situações em matéria de condomínio que não se amoldam à concepção legal. No entanto, não se pode privar o condomínio irregular de cobrar as cotas condominiais em atraso. A mera existência fática do condomínio mescla o direito exclusivo sobre a unidade autônoma com a fruição dos serviços prestados pelo condomínio para conservação da área comum, de forma a amparar o direito à cobrança de taxas condominiais’.<sup>14</sup>

Neste, um trecho do Relator Otávio Augusto: “O condomínio constituído de forma irregular é parte legítima para efetuar a cobrança de despesas condominiais aprovadas em assembleia geral, em conformidade com o disposto no art. 12, VII, CPC. [...]”.<sup>15</sup>

Diante de todo o exposto, é incongruente tratar como pessoa quem não o seja, e o condomínio está a delatar a sua condição de pessoa. Somente sendo uma pessoa, poderia titularizar tantos direitos fundados em argumentações sólidas. Portanto, ao ser parte ativa ou passiva em juízo, não deixa dúvida da sua personalidade; logo capacidade de ser parte ativa ou passiva em juízo.

---

<sup>14</sup> Trecho do voto da Relatora Gislene Pinheiro, da 2ª Turma Cível, no julgamento do processo APC 2006.04.1.01.0990-9, julgado em 05/09/2007, DJ 11/10/2007.

<sup>15</sup> Proc.: 0001647-87.2013.8.22.0001. (TJDFT, 6ª Turma Cível - APL 228695720068070007 DF 0022869-57.2006.807.0007, Rel.: Des. Otávio Augusto).

## 5.6 As sociedades despersonalizadas à luz do direito do trabalho

Conforme demonstrado, as sociedades sem personificação são uma realidade social e suas constituições devem ser vistas como uma forma de integração social, onde os anseios pela busca de tais reuniões empresárias foram abarcados no moderno Direito civilista e têm o manifesto intuito de abastecimento da mola mestra da economia, que é o trabalho, e que possibilita o alcance da dignidade da pessoa humana além da formação de riquezas e patrimônio.

Obstante ao alinhavado, há ainda a presença marcante na sociedade brasileira da peculiar característica de uma arraigada posição negativa com restrições às inovações da vida social, ou seja, a forte cultura jurídica de que haveria sempre a mascambilha da ilegalidade por detrás das novidades, e que essas mudanças deverão obrigatoriamente passar pelo crivo de uma previsão legal.

Saliente-se, pela oportunidade, que inexistem formalidades na constituição das sociedades em comum; e a inspiração contida no novel códex civilista, que tem como espírito a coibição do mau uso desse chamado “*affectio societatis*”, se demonstra incoerente em fundilhar uma informalidade pragmática de tais sociedades constituídas, antes irregulares à luz do antigo Código Civil, e a própria limitação de uso do direito fundamental pétreo à ampla possibilidade de qualquer tipo de prova dessa mesma constituição.

E, acompanhando a novel legalidade destas sociedades despersonalizadas, a Justiça Especializada do Trabalho em contraposição à aludida limitação tem o entendimento pacificado de que é plenamente possível a formação de uma sociedade em comum, onde um dos sócios contribua com capital e o outro, ou ainda outros, contribua(m) com sua força de trabalho, tendo em vista a qualificação e especialização técnicas, admitindo a sua prova na forma fática e considerando que tal realidade não caracteriza fraude às normas trabalhistas.

Ocorre que, no particular da sociedade em comum, apesar de haver a limitação civilista quanto à utilização dos meios de prova, na forma escrita para os sócios, poder-se-á investigar mais detidamente cada caso concreto, em conformidade ao princípio da primazia da realidade fática importantemente presente no Direito do Trabalho.

Noutro giro, há o mesmo entendimento quanto às sociedades em conta de participação, observando-se a cautelar distinção entre o que seja pacto laboral de um contrato de sociedade, que não seja calcada apenas quanto ao vínculo de subordinação, mas novamente no chamado “*affectio societatis*”.

Ou seja, está-se diante da obediência fundamental à ampla defesa e da utilização de todos os meios de prova admitidos, insurgindo assim uma importante exceção à regra, que demonstra a incoerência tratada no novel códex.

Contribuindo ao entendimento esposado, cita-se um dos ensinamentos de Rodriguez (1975, p. 234) em que, na matéria trabalhista, importa o que ocorre na prática mais que o pactuado, seja na forma mais ou menos solene ou expressa, ou que se insere em documentos, formulários e instrumentos de contrato. Vejamos algumas decisões entre as centenas que achamos do mesmo teor:

A exemplo do aludido, têm-se as hodiernas decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que comungam mesmo entendimento, onde foi demonstrado nos autos que a reclamante trabalhou para o reclamado de forma eventual, esporádica, e, no período seguinte, em sociedade de fato estabelecida entre as partes, não foi reconhecido vínculo empregatício entre elas em nenhum dos períodos em discussão. Como se infere dos arts. 2º e 3º da CLT, caracteriza contrato de emprego a prestação de serviços pessoal e por pessoa física, de forma não-eventual, subordinada e mediante remuneração, para empregador que assume os riscos do negócio.<sup>16</sup>

Em mais uma decisão de Rondônia, ficou provado que o reclamado obteve êxito no seu intuito de aclarar a verdadeira relação mantida com o trabalhador – efetivamente uma sociedade de fato, sob a argumentação de que o verdadeiro contrato de trabalho somente se caracteriza pela presença simultânea de todos os pressupostos e requisitos previstos nos artigos 2º, 3º e 442, *caput*, da CLT (subordinação, recebimento de salário, pessoalidade e não eventualidade).<sup>17</sup>

No caso aqui apresentado, o fato de o reclamante ter concordado em assumir despesas inerentes à atividade econômica, as quais deveriam ser arcadas pela empresa, sinaliza a existência de uma sociedade de fato. Portanto não há como reconhecer, nessa relação, as

---

<sup>16</sup> 0000449-43.2013.5.03.0082 RO (00449-2013-082-03-00-5 RO) Data de Publicação: 14/10/2013. Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Convocada Sabrina de Faria F. Leao. Revisor: Fernando Antonio Viegas Peixoto.

<sup>17</sup> 0001391-39.2012.5.03.0073 RO (01391-2012-073-03-00-5 RO). Data de Publicação: 02/08/2013. Órgão Julgador: 8ª Turma. Relator: Convocada Ana Maria Amorim Rebouças. Revisor: Marcio Ribeiro do Valle.

características de um autêntico contrato de trabalho. Ainda mais quando não é possível identificar, no caso concreto, a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego. Dentre as características do contrato de trabalho está o princípio da alteridade, consagrado pelo artigo 2º da CLT. Isso significa que sobre o empregador devem recair os riscos e ônus da atividade econômica por ele desenvolvida, assim como os custos e resultados do trabalho realizado pelo empregado em seu benefício.<sup>18</sup>

Destarte, poderá sim haver a combinação de esforços para alcançar fins comuns, onde pessoas com o intuito do “*affectio societatis*” assumem os riscos de uma atividade econômica; e o reconhecimento de como se efetuou a constituição desses peculiares tipos societários não personificados independe de qualquer formalidade, podendo-se prová-la amplamente por todos os meios lícitos.

Acrescente-se ainda – como já explanado no trabalho anteriormente e que atinja uma vertente adicional sobre a descoberta de uma personalidade latente das sociedades em comum –, esse que está presente no regramento processual civil brasileiro, através do contido em seu artigo 12, preceituando a representação em juízo das sociedades sem personalidade jurídica, seja ativa ou passivamente, pela pessoa a quem lhe cabe a administração dos seus bens.

Dessa forma, o legislador instituiu uma espécie de representação da capacidade civil das sociedades em comum, forma próxima à do menor incapaz, externando assim a peculiar capacidade de fato que nada mais seja que a suposição de uma vontade, comungando-se dos ensinamentos de LIMA (1977, p. 176) e outros já citados.

Inegável é o fato de que, a partir do momento em que a capacidade trata da extensão de uma personalidade, e em que essas sociedades despersonalizadas possuem uma capacidade de fato reconhecida à luz do direito processual, se estaria então face à possibilidade de as sociedades em comum possuírem personalidade jurídica moral.

## 5.7 José Lamartine Corrêa de Oliveira

---

<sup>18</sup> 0000434-31.2012.5.03.0043 RO (00434-2012-043-03-00-3 RO). Data de Publicação: 25/03/2013. Órgão Julgador: 5ª Turma. Relator: Convocado Milton V. Thibau de Almeida. Revisor: Paulo Roberto Sifuentes Costa. Tema: Contrato de Trabalho – Alteridade. Divulgação: 22/03/2013. DEJT. p. 152. Boletim: Não. Ementa: Vínculo de Emprego. Princípio da Alteridade.

José Lamartine Corrêa de Oliveira, em 1979, com um pensamento inovador, publicou o livro intitulado *A Dupla crise da pessoa jurídica*, no qual propõe uma crítica ao desacerto entre a realidade ontológica dos agrupamentos sociais (a personalidade seria reconhecida por analogia ao ser humano) e o *tratamento jurídico* por eles percebido, em que é visível uma dupla crise, conexas ao reconhecimento e à função dessas entidades.

Com a entrada do Código de Processo Civil em 1973, Lei 5.869/73, o art. 12 atribuiu capacidade para ser parte a todas as entidades discriminadas no referido artigo, e Lamartine (1979) levantou as seguintes questões: se as entidades previstas no referido artigo podem ser parte, não seriam elas autênticas pessoas? Sendo titulares de ação em sentido processual e, portanto, de direitos subjetivos, não seriam pessoas jurídicas? A cada vez que o artigo 12 indica operações de representação como da sociedade sem personalidade ser representada pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, implicitamente não estaria reconhecendo personalidade a essas entidades?

Convém reproduzir a respectiva norma pelo efeito esclarecedor que ela própria contém.

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

Para Lamartine Corrêa, nosso Direito seria dotado de uma característica monista no que diz respeito à personalidade jurídica. Posicionou-se como rigoroso crítico do normativismo jurídico e por diversas vezes assumiu ser o seu pensamento “jusnaturalista”. O autor identifica elementos que justificam seus argumentos.

Ao tratar do condomínio edilício, por exemplo, J. Lamartine aponta o artigo 63, §3º, da Lei de Incorporações, n. 4591/64, que conferia ao condomínio, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização do leilão final, por decisão unânime de assembleia geral em condições de

igualdade com terceiros, a preferência na aquisição dos bens, caso em que seriam adjudicados ao condomínio, ou seja, o condomínio teria o direito de preferência, e conclui que o mesmo possui personalidade jurídica, pois este se torna titular do direito de propriedade.

“Não temos a menor dúvida em afirmar a personalidade jurídica do condomínio por unidades autônomas, uma vez que irrecusável sua aptidão à titularidade de direitos, deveres, obrigações, pretensões, no plano do direito material (...)”. (CORRÊA DE OLIVEIRA, 1979, p. 227).

Quanto às sociedades irregulares, J. Lamartine afirma que não há como negar a personalidade dessas sociedades, concluindo que

são pessoas jurídicas, pois que têm alguns direitos, e basta ter algum direito, ou só um direito, para ser pessoa. E elas têm vários direitos, reconhecidos pela ordem jurídico-positiva. E não é possível ser-se sujeito de direitos sem se ser pessoa, o que seria uma *contradictio in terminis*. (CORREA DE OLIVEIRA, 1964-1967, p. 161)

Diante de todo o exposto nota-se a grande confusão a respeito da personalidade jurídica das sociedades despersonalizadas, particularmente da sociedade em comum; e o problema transfere-se para cada caso concreto. Contudo a ampla argumentação dá embasamento para acreditarmos que essas sociedades possuem personalidade, pois as mesmas contraem direitos, deveres e capacidade postulatória em juízo, como já vimos ao explanarmos sobre as sociedades despersonalizadas. Vejamos a nova leitura do direito civil sob a ótica do direito constitucional.

### **5.8 Nova leitura do direito civil sob a ótica do direito constitucional (a pessoa jurídica na visão civil-constitucional)**

Farias e Rosendal (2012, p. 159), no Capítulo III, da obra Curso de Direito Civil que trata “A personalidade jurídica e os direitos da personalidade, 1- A dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro”, explana no seu parágrafo primeiro o seguinte comentário:

Em que pese ser da tradição dos clássicos (e importantes) “manuais” de Direito Civil, na literatura jurídica brasileira, introduzir o estudo do capítulo pertinente à personalidade jurídica com os conceitos fundamentais de pessoa e de personalidade jurídica, encarecemos vênias ao leitor para tecer relevantes considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual a análise da teoria da personalidade e dos efeitos dela decorrentes tornar-se-ia vazia, caindo em verdadeiro marasmo formalista, despido de significado concreto.

Os autores propõem a unificação da personalidade jurídica ao redor de uma ideia central, que é o princípio maior, firmado na dignidade da pessoa humana; ressaltam que o Direito Civil, em hipótese nenhuma, pode distanciar-se da legalidade constitucional, onde é imposta a submissão às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consiste nos valores mais acentuados da ordem jurídica brasileira.

Em princípio, o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, enquanto o Direito Privado reger-se-ia pela liberdade e pela igualdade. Enquanto no Direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido por ela seria válido. Mas essa dicotomia não é um obstáculo intransponível e a divisão não é absoluta, como nada é absoluto nos nossos dias atuais. (TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 51).

Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (PERLINGIERI, 2002, p. 5).

O conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *Visão unitária do ordenamento jurídico* (TEPEDINO, 2005, p. 11).

Para Tartuce e Simão (2008, p. 53), o Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa *uma atitude bem pensada* que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do Direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso.

Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de alteração entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar neoconstitucionalismo, ou da Invasão da Constituição. E, por certo, o movimento brasileiro é único, é autêntico. Ressalta Eduardo Ribeiro Moreira que

as outras inovações do direito civil-constitucional têm de ser esse ponto de encontro. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, interação vital com a transposição e redução entre o espaço privado e o espaço público garantizador. Dois pontos basilares do direito civil-constitucional que funcionam em prol da dignidade humana. Outro ponto a ser destacado é que, apesar de partir do direito civil italiano, o direito civil constitucional brasileiro é uma expansão e produção autêntica. (MOREIRA, 2008. v. 7, p. 114).

Como já observamos, vários são os conceitos de pessoa. Ao adentrar a constitucionalização do Direito Civil, Farias e Rosenvald (2012, p. 166-167) “reconhecem que ser pessoa não pode significar tão-somente a possibilidade de titularizar relações jurídicas”. Os autores lembram que a pessoa tem uma existência que deve ser digna, ou seja, será o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características, que são os direitos da personalidade.

A outro giro, a pessoa jurídica é a entidade formada pela soma de esforços de pessoas naturais ou por uma destinação específica de patrimônio, visando, numa hipótese ou na outra, a consecução de uma finalidade específica e constituída à forma da lei. Em outras palavras, é um ente formado pelo conjunto de pessoas naturais ou por um acervo patrimonial afetado para uma finalidade, ganhando personalidade jurídica e patrimônios próprios, autônomos, distintos de seus instituidores. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 167).

Lembrando que as sociedades despersonalizadas têm um patrimônio de afetação, onde serão executados os bens dos sócios depois de executados esse patrimônio: “A toda e qualquer pessoa, vale frisar, é reconhecida a potencialidade de ser sujeito de direitos e, além disso, uma proteção básica e fundamental, materializada em direitos elementares compatíveis com sua estrutura” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 167).

Fica fácil perceber que a noção de personalidade jurídica é o que ampara juridicamente todas as pessoas, garantindo-lhes um ínfimo de proteção fundamental; e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em uma perspectiva civil-constitucional, explicam que

a personalidade não se esgota, na possibilidade de alguém (o titular) ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Não se pode olvidar que determinadas entidades ou grupos não personalizados (isto é, desprovidos de personalidade jurídica, existindo, apenas, pelo prisma fático), como por exemplo, o condomínio edilício, a sociedade de fato ou a massa falida, podem titularizar diversas relações jurídicas, mesmo não possuindo personalidade. Veja-se, ilustrativamente, que um condomínio edilício, no plano concreto trava inúmeras relações jurídicas, atuando como contratante, como empregador, como parte no processo e como contribuinte, dentre outras varias hipóteses. Ou seja, mesmo não dispondo de personalidade jurídica (que não lhes foi reconhecida pelo sistema jurídico), os entes despersonalizados podem ser sujeitos de direitos, titularizando, no polo ativo ou passivo, incontáveis relações jurídicas. Dessa forma, não se pode, efetivamente, atrelar a personalidade jurídica, simplesmente, à possibilidade de titularizar relações jurídicas. Não se pode, enfim represar a ideia de personalidade jurídica, tão somente, na potencialidade de ser sujeito de direitos, afinal é possível sê-lo, independentemente dela. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 168). (Grifo nosso).

O autor evidencia que a personalidade jurídica não pode estar aprisionada no conceito simplório de sujeito de direito, tendo que ser mais que isso,

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica, com uma brilhante visão civil-constitucional, o autor, atribui a personalidade jurídica a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizar as mais diversas relações e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. [...] A personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeitos de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 168).

Fredie Didier Jr. (2007, p. 27-29), no que se refere a Processo Civil, aponta algumas características do pensamento jurídico contemporâneo ressaltando que a metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX, e o Direito Processual Civil não ficou imune a toda essa transformação; logo, a compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia, mas por óbvio também não podem desprezar as antigas construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno processual. A teoria do processo é composta por conceitos jurídicos fundamentais, quais sejam, as situações jurídicas, fatos jurídicos, norma jurídica, etc., aplicáveis ao processo; e o autor destaca o rol das mais importantes características do pensamento jurídico atual:

- a) Reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.

O autor afirma que após a Constituição de 1988, que a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional, como norma jurídica. Passasse, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado Legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional).

- b) Desenvolvimento da *teoria dos princípios*, de modo a recolher-lhes eficácia normativa<sup>19</sup>: o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.
- c) Transformação hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto e norma*, sendo esta o produto da interpretação daquele (GUAUSTINI, 2005, p. 131). Consagra-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas. Identifica-se o método da *concretização* dos textos normativos, que passa a conviver com o método da *subsunção*<sup>20</sup>. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> A bibliografia sobre o tema é vastíssima. Além do livro de Humberto Ávila, citado ao longo do texto, com muito proveito, podem ser consultadas as seguintes obras, apenas como exemplos sem qualquer pretensão de exaurimento: CANOTILHO, 2002; ALEXY, 2002, p. 81-172 e 2008; BARROSO, 2003; BACELLOS, 2002, p. 59-102.

<sup>20</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, tratando da insuficiência da dogmática tradicional para resolver os problemas jurídicos do mundo contemporâneo observa que: “muitos são os pontos em que se evidencia a fragilidade, ou pelo menos a insuficiência, do raciocínio dedutivo e da lógica formal e pura, instrumentos típicos da dogmática tradicional” (WAMBIER, 2009, item 2.2, p. 37).

<sup>21</sup> Grifo nosso.

- d) Expansão e consagração dos *direitos fundamentais*, que impõe ao Direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos.

Examinadas isoladamente, essas características podem parecer não ser grande novidade: em países diversos, em momentos históricos diversos, uma ou outra aparecia no pensamento jurídico e na prática jurídica<sup>22</sup>. Talvez o que marque este momento histórico seja a conjunção de todas elas, que vêm inspirando doutrinadores em inúmeros países.

Após análise da visão civil-constitucional sobre a personalidade, percebe-se o desenvolvimento do pensamento privado e um diálogo entre os juristas das mais diversas áreas em que os próprios constitucionalistas reconhecem a alteração entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, denominado neoconstitucionalismo; portanto fica evidente que a personalidade jurídica não pode estar aprisionada no conceito de sujeito de direito.

## 5.9 Dano moral

Historicamente, se diz que a personalidade jurídica era a aptidão para ser sujeito de direito. Ser sujeito de direitos é poder titularizar relações jurídicas, seja no polo ativo ou polo passivo.

A personalidade é medida pela capacidade jurídica, esta por sua vez traduz-se na aptidão de praticar atos pessoalmente.

Assim, capacidade e personalidade são conceitos correlacionados, como já vimos.

Todavia, o problema da teoria jurídica da personalidade se deu em relação aos entes despersonalizados, já que tais entes, em que pese não disporem de personalidade jurídica, podem titularizar relações jurídicas, sendo, pois, sujeitos de direitos. Entes despersonalizados não dispõem de personalidade jurídica, mas podem praticar atos pessoalmente.

---

<sup>22</sup> Demonstrando que a força normativa da constituição e a interpretação flexível dos textos normativos não são novidades históricas (DIMOULIS, 2008, p. 43-53).

Coube à doutrina, então, trazer uma nova perspectiva acerca da personalidade jurídica. A ideia de ter personalidade jurídica é ter proteção fundamental diferenciada, ou seja, é possuir uma tutela jurídica especial consistente em reclamar direitos fundamentais a fim de promover uma vida digna.

A partir daí, somente quem tem personalidade titulariza relações existenciais. Todavia, todos aqueles que possuem personalidade, e também aqueles que não a possuem titularizam relações patrimoniais. Aquele que não dispõe de personalidade, embora possa titularizar relações patrimoniais, jamais disporá de relações existenciais. Por exemplo, os entes despersonalizados não podem sofrer dano moral, mas podem sofrer dano patrimonial.

A Súmula 227 do STJ preconiza que a pessoa jurídica reúne potencialidade para experimentar dano moral, podendo, assim, pleitear a devida compensação quando for atingida em sua honra objetiva.

Mas a condição necessária para conseguir a indenização por dano moral, é que esteja caracterizado devidamente o dano por abalo de crédito.

No tocante à pessoa jurídica, impende destacar a necessidade de que a violação ao seu direito personalíssimo esteja estreita e inexoravelmente ligada à sua honra objetiva, haja vista não ser ela dotada de elemento psíquico.

Portanto, pela leitura da súmula, permite-se tão somente o reconhecimento de relações existenciais para as pessoas jurídicas. Caso uma sociedade de fato sofra dano moral em relação à sua atividade desempenhada no mercado, de acordo com a legislação e jurisprudência, não poderá pleitear proteção jurídica pelo dano moral sofrido, já que, como entes despersonalizados, não titularizam relações existenciais.

O que distingue a sociedade de fato da sociedade irregular é que aquela sequer possui contrato social, ao passo que esta possui contrato social que não fora registrado. Não se pode represar a ideia de que o simples fato de não levar a registro o contrato social deixaria uma sociedade irregular desprovida de proteção caso sofresse abalo moral em seu crédito.

O ato formal de registro tolheria o direito de proteção existencial da sociedade irregular, o que permitiria que ela sofresse dano moral, e nada poderia fazer diante da falta de personalidade jurídica.

No presente trabalho, não se defende a personalidade jurídica a uma sociedade de fato, já que esta sequer possui contrato social para se levar a registro. Mas, sim, atribuir personalidade jurídica e, conseqüentemente, direitos de uma sociedade irregular que não cumpriu com o requisito formal de registro do seu contrato social.

Não se pode permitir que, por exemplo, uma sociedade irregular sofra dano moral em relação a seu crédito e que não poderá pleitear no plano judiciário a devida reparação ante a falta de registro dos seus atos constitutivos.

Em que pese o enunciado 58 do CJF (Conselho de Justiça Federal), conferir tratamento igual tanto à sociedade irregular quanto à sociedade de fato, o que se tem é nitidamente uma clara distinção entre ambas, uma sem atos constitutivos e a outra com os atos constitutivos sem o devido registro.

A sociedade irregular reclama, sim, de direitos patrimoniais e existenciais. Em uma visão civil constitucional, a interpretação que se faz dos institutos do direito civil se dá a partir de valores constitucionais. É a incidência de tábua de valores nas relações privadas.

Os contratos, a família, sucessões, a propriedade e a sociedade, enfim, exigem-se a imposição dos institutos do direito civil conforme a constituição. O que não implica da mudança na natureza da norma que será privada, porém se interpretam de acordo os princípios e valores consagrados na lei fundamental.

A sociedade irregular na análise do caso concreto reclama a proteção de direitos patrimoniais e existenciais, já que o único motivo que a impede de titularizar relações existenciais é a falta de registro dos seus atos constitutivos.

A sociedade irregular não pode ser comparada a um ente despersonalizado, como por exemplo a sociedade em conta de participação, pois esta ainda que quisesse não poderia

regularizar a sua situação. Ao passo que, a sociedade em comum (de fato ou irregular) poderá a qualquer momento registrar o ato constitutivo.

A legislação ao prever como condição de uma sociedade personificada o devido registro, os seus atos praticados são existentes, válidos e eficazes. Por que não se permitir atributos outros que não apenas os patrimoniais a estas sociedades?

A legislação dá um tratamento diferenciado para as sociedades que não possuem os atos constitutivos, mas, ao incluir as sociedades irregulares dando o mesmo tratamento dado às sociedades em comum, fere o Princípio da Igualdade.

Princípio da igualdade *lato sensu* ou isonomia; eis que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5., *caput*, da CF/1988).

Trata-se de duas situações distintas, mas a que o Código Civil deu o mesmo tratamento. O caso concreto, isto é, na sua análise é que se pode dizer ou não se a sociedade irregular preconiza certos direitos da personalidade advindos da personalidade jurídica, e não aprioristicamente – abstratamente – sem a devida análise do caso concreto.

As sociedades irregulares, por óbvio, não possuem personalidade jurídica, já que não levaram a registro os seus atos constitutivos. É um requisito obrigatório previsto no CC/02 no artigo 985, mas não se quer de forma indiscriminada trazer direitos por conta da personalidade jurídica a qualquer sociedade que não tenha sido levada a registro. E, sim, aquelas que possuem, no mínimo, contrato escrito que possa levar a registro.

Não obstante a falta de personalidade jurídica ante a ausência do registro, o Código de Processo Civil permite a estes entes despersonalizados a capacidade de ser parte, isto é, possibilita de o sujeito apresentar-se em juízo como demandante ou demandado em uma ação processual.

Conforme leciona professor Daniel Assunção Amorim (2013, p. 57),

A capacidade de ser parte (personalidade judiciária ou personalidade jurídica) diz respeito à capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações (artigo 1º do CC), existindo para as pessoas físicas, pessoas jurídicas, pessoas formais (art.

12 do CPC), e a maioria dos entes despersonalizados, tais como as mesas dos corpos legislativos para as ações de mandado de segurança. (AMORIM, 2013, p.57)

A capacidade de ser parte liga-se à existência de personalidade civil. Para a pessoa natural, a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, embora a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Ao passo que para a pessoa jurídica, a personalidade civil é adquirida a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro. Todavia, em alguns casos, a legislação atribui capacidade para ser parte a determinados entes despersonalizados, assim como ocorre com a massa falida, o condomínio, o espólio, a herança jacente e com certos órgãos públicos que não detêm personalidade jurídica.

O STJ dá o nome de personalidade judiciária à possibilidade de entes despersonalizados ingressarem em juízo como autor ou réu, como mostra a ementa em que um advogado

(...) ocupante de cargo em comissão na Administração Pública exerça a advocacia estritamente institucional e na excepcional hipótese de defesa de direitos-função do órgão público a que pertença, não há ofensa ao art. 30, inciso I da Lei n.º 8.906 /94, enquanto "assentada em circunstância que se modifica no tempo", qual seja a tomada de providências para organização de seu quadro jurídico mediante regular certame público. II - E direito público subjetivo do Tribunal de Contas do Estado do Acre a defesa de seu direito-função ao controle das contas públicas, profanada por ato coator que sustou repasse de setenta por cento dos recursos referentes aos duodécimos da dotação orçamentária, em desobediência à norma da Constituição Estadual que reproduz o art. 168 da CF-88.<sup>23</sup>

Em que pese a ausência do registro, a legislação concede a ela alguns direitos seja no campo processual tal como ocorre na capacidade de ser parte, seja na esfera civil ao tratar no capítulo I da sociedade em comum, e, por fim no campo empresarial, já que permite-se o pedido de autofalência, Lei 11.101/05.

Não é crível incluir as sociedades irregulares na categoria da sociedade em comum, já que a distinção entre ambas está em que aquela possui atos constitutivos que não foram levados a

---

<sup>23</sup> **Ementa:** CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. ART. 30, INCISO I DA LEI N.º 8.906/94. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DE ASSESSOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ACRE EXCLUSIVAMENTE NA DEFESA DE PRERROGATIVA INSTITUCIONAL, DEVIDAMENTE INSCRITO NOS QUADROS DA OAB. EXCEPCIONALIDADE. ATO COATOR DE GOVERNADOR DE ESTADO QUE GLOSA REPASSE DOS DUODÉCIMOS CONSTITUCIONAIS PARA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ENTE **DESPERSONALIZADO, DOTADO DE PERSONALIDADE JUDICIÁRIA**. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO JUS POSTULANDI PELO PROCURADOR DO ESTADO, TENDO EM VISTA A COLIDÊNCIA DE INTERESSES. NÃO CONFIGURAÇÃO DE IMPEDIMENTO, AINDA QUE O PATROCÍNIO DA CAUSA SEJA CONTRA O ESTADO, PORQUE VIOLADO DIREITO-FUNÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO PELO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. Data de publicação: 03/04/2000. (Grifo do STJ)

registro, enquanto que esta sequer possui ato formativo para fins de registro ou até mesmo está registrada, mas por algum ato se torna irregular. Ademais, a legislação brasileira concede aos entes despersonalizados categorias de direito, e inclui também as sociedades irregulares que podem ser usufruídas independentemente de ter ou não a personalidade jurídica, em que pese alguns desses direitos serem titularizados apenas por aqueles que a possuem. Todavia, a doutrina e jurisprudência excepciona a regra e permite aos entes despersonalizados a capacidade de ser parte mesmo na falta de personalidade jurídica.

O que implica dizer que a situações distintas se é dado o mesmo tratamento: a sociedade em conta de participação não poderá regularizar a sua situação, ao passo que a sociedade irregular poderá a qualquer momento registrar o ato constitutivo.

Se é perfeitamente possível a existência de sujeitos de direitos não dotados de personalidade, negar-lhes outros direitos pelo simples fato de não ter efetuado o registro é também negar a sua existência como sujeito de direitos.

O que se busca neste presente trabalho é exatamente diferenciar situações completamente distintas, mas a que é dado o mesmo tratamento porque assim quis o legislador. Todavia, cabe ao intérprete da lei, na análise do caso concreto, dizer se a situação se encaixa ou não na hipótese normativa.

A sociedade irregular possui contornos diametralmente opostos de uma sociedade em comum, só que a lei preferiu colocá-las na mesma vala, equiparando-as.

A própria lei e até mesmo a doutrina com aval da jurisprudência vêm reconhecendo outros direitos a esses entes, ainda que desprovidos de personalidade jurídica. Assim, somente o caso concreto poderá dizer se é cabível ou não aquele direito pleiteado pela sociedade irregular, jamais abstratamente sem as devidas ponderações.

A sociedade irregular que não realiza o registro, seja por descuido ou qualquer outro fator, não deve ser tratada como uma sociedade de fato, já que ao menos possui ato constitutivo.

Em obra decorrente de Tese de Doutorado sobre sujeitos de direito a qual foi intitulada como *Apontamentos para uma Teoria do sujeito de Direito*, apresentado por Cláudio

Henrique Ribeiro da Silva e também em artigo disponível, o autor sugere o reconhecimento de capacidade jurídica a entes despersonalizados, o que comunga com nosso entendimento.

Ademais, quando o professor Dr. Leonardo Macedo Poli (2011, p. 248), no trabalho realizado sobre *Ato ilícito e responsabilidade civil*, levanta uma questão atual e polêmica sobre dano moral devido às pessoas jurídicas:

Questão que surge é se a pessoa jurídica pode sofrer dano moral ou se seria titular de direitos da personalidade. A tendência em nosso direito se inclina para resposta afirmativa, tendo-se em vista a posição do STJ (Resp. 177.995/SP) e do novo código civil (art. 52) que lhes confere proteção análoga. Posição que deve ser vista com cautela, uma vez que os direitos reconhecidos à personalidade jurídica não possuem o mesmo conteúdo dos direitos da personalidade humana, quais sejam, são inatos, inalienáveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais e absolutos. A atribuição dessas mesmas características aos direitos decorrentes da personalidade jurídica poderia obstaculizar o livre exercício de suas atividades. Por exemplo, a inalienabilidade do direito ao nome impossibilitaria o contrato de *franchising*, ou mesmo o de representação comercial. (POLI, 2011, p. 248)

levando em consideração que as sociedades despersonalizadas não são consideradas pessoas jurídicas (mas que encontramos várias características da personalidade), não podem, pelo simples fato de um ato formal que é o registro, pleitear dano moral sofrido?

De acordo com a Súmula 227 “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, mas não seriam as sociedades despersonalizadas, pessoas jurídicas?

O que oferece aos textos jurídicos uma adaptação adequada a situações divergentes, conflitantes, contraditórias entre outras, é a interpretação, que é extremamente importante para a subsistência do sistema jurídico, que, nesse sentido, passa a representar uma saída para o funcionamento do sistema jurídico.

[...] A interpretação é construtiva para o Direito. Não cabe ao legislador, mas ao *sujeito-da-interpretação*, ou ao usuário da linguagem jurídica de modo geral, atribuir sentidos a textos normativos. Se o usuário for a um só tempo intérprete e aplicador, então a aplicação, a decisão, se forjará de acordo com uma interpretação sustentada em provas racionais. Com esse tipo de atitude ante a discussão da interpretação, não se está a atribuir ao texto-em-si um sentido único; em verdade, a atribuir ao usuário o poder de “dizer” o sentido jurídico (*júris-dictio*). É nesse sentido que se pode dizer que a completude do sistema jurídico é um mito. O sistema jurídico em si, e por si, não pode ser completo; pode, sim, apresentar soluções para necessidades aplicativas, para hipóteses de lacuna..., mas nada disso se faz sem que o *sujeito-da-interpretação* atue construindo o sentido jurídico, preenchendo uma lacuna. [...] Deve-se repisar que interpretar é fazer da literal letra

da lei um dado real da vida de existentes e palpáveis cidadãos e cidadãs. O estudioso do Direito que só aplica a lei em sua frieza (*summus ius, summa iniuria*) desconhece a verdadeira razão de ser do Direito, vale dizer, seu potencial transformador e equanimizador das relações sociais. (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 592-596).

Vejam a argumentação de Dworkin (2007, p. 286-292), no caso da Sra. McLoughlin, no qual chamou de teoria funcional de Hércules:

O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. (...) O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. [...] Os juízes devem tomar suas decisões sobre o ‘common law’ com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” [...]. (DWORKIN, 2007, p. 286-292).

A opção de Dworkin, será pela concepção do direito como integridade, uma vez que, em sua opinião, mostra o direito sob sua melhor luz. Usamos a teoria da argumentação para aplicar o dano moral, por exemplo, em uma sociedade irregular (aquela que tem registro, mas por algum motivo se torna irregular (RAMOS, 2011, p. 175)) ou mesmo uma sociedade de fato. Por que não aplicar os princípios do Direito e analisar cada caso de acordo com o caso concreto?

Não estamos propondo que nossa justiça mude para *common law*, mas sim que aplique os princípios do Direito. Contudo, se aceitarem o método de Dworkin, os juízes não estarão livres para decidir como quiserem. Dworkin usa a integridade que é a base de sua teoria para adentrar uma racionalidade na tomada de decisão judicial; conseqüentemente, imporá a esse juiz até mesmo aplicar uma solução contrária àquela que seria adotada, caso sua preferência prevalecesse; os juízes poderiam até divergir sobre qual o melhor sentido a ser atribuído à norma, pois podem ter concepções distintas a respeito de quais princípios informam nossa prática jurídica e em que medida devem ser levados em conta (peso dos princípios). Contudo Dworkin não reafirma as teses positivistas e nem autoriza os juízes a procederem da maneira que quiserem, pelo contrário,

para que um sistema seja coerente e completo, é necessário que se avalie os princípios que a ele pertencem, estes que às vezes estão consagrados em regras, mas que em sendo coisas separadas delas, continuam a possuir a mesma capacidade de vinculação da decisão que as próprias regras. (*apud* BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 487).

Suponhamos que uma “sociedade em comum” ou uma “sociedade em conta de participação” esteja construindo um prédio. Sai um boato “mentiroso” de uma concorrente que a construção está sendo feita com material de baixa qualidade. Contratos já firmados são desfeitos, possíveis vendas são canceladas e logo a construção fica prejudicada, trazendo assim um enorme prejuízo a essa sociedade, podendo acarretar inclusive sua falência. Qual a situação real que podemos aplicar para reparação dos danos causados a essa sociedade?

Mais um problema se coloca diante de um possível caso, onde podemos recorrer à interpretação de Dworkin para tentar resolver o problema acima

[...] no contexto do caso McLoughlin, [...] Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias. [...] Uma legislatura pode justificar suas decisões de criar novos direitos para o futuro ao mostrar de que modo estes vão contribuir, como boa política, para o bem-estar do conjunto da comunidade. (DWORKIN, 2007, p. 294).<sup>24</sup>

O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário como o McLoughlin, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história que ele tem de interpretar e continuar, em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética.) Uma vez mais, podemos estabelecer uma distinção rudimentar entre duas dimensões principais desse juízo interpretativo. Dworkin relata sobre um caso de dano moral, onde “Hércules (juiz)” deveria ter sua própria opinião sobre o assunto, porém Hércules deve encontrar alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, e começa por solucionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes [...]. Hércules então faz uma lista parcial de interpretações com bases em princípios competitivos mas contraditórios, ou seja, interpretações contraditórias que alguém poderia querer examinar. O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido

---

<sup>24</sup> Caso McLoughlin (DWORKIN, 2007, p. 286-293).

processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Em decisão recente do STJ, a 4ª Turma entendeu que não é possível que um ente público seja indenizado por dano moral, mas admitiu que as pessoas jurídicas de direito privado podem sofrer dano moral. No caso concreto, o município de João Pessoa pretendia receber indenização da Rádio e Televisão Paraibana Ltda., sob a alegação de que a empresa teria atingido, ilicitamente, sua honra e imagem.

Segundo alegou o município, os apresentadores da referida rede de Rádio e Televisão teriam feito diversos comentários que denegriram a imagem da cidade. Entre os comentários mencionados na petição inicial estava o de que a Secretaria de Educação e o seu secretário praticavam maus-tratos contra alunos da rede pública.

Ao analisar o recurso do Município, o Min. Luis Felipe Salomão ressaltou que o STJ admite apenas que pessoas jurídicas de direito PRIVADO possam sofrer dano moral, especialmente nos casos em que houver um descrédito da empresa no mercado pela divulgação de informações desabonadoras de sua imagem.

Para o STJ, contudo, não se pode admitir o reconhecimento de que o Município pleiteie indenização por dano moral contra o particular, considerando que isso seria uma completa subversão da essência dos direitos fundamentais. Seria o Poder Público se valendo de uma garantia do cidadão contra o próprio cidadão. (4ª.Turma STJ – Resp. 1.258.389-PB, Rel. Min Luiz Felipe Salomão, Julgado em 17/12/2013)

Conclui-se que a pessoa jurídica de direito privado pode sofrer dano moral e pleitear indenização. Por analogia o trabalho busca dar o mesmo tratamento aos entes despersonalizados que podem sofrer dano moral como os entes personalizados, mas que, infelizmente, têm seus direitos cerceados por não serem consideradas pessoas jurídicas, logo sofrendo prejuízos que poderiam ser reparáveis no âmbito moral e financeiro.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, tem-se que as chamadas sociedades sem personificação em princípio não podem ser mais caracterizadas como irregulares, e a inovação jurídica civilista veio abarcar os conceitos modernos de empresa, caracterizando-as como uma forma de ente econômico que abastece não só a utilidade pública, mas também uma necessidade pluralista social.

O aludido diploma veio ainda disciplinar essas sociedades sem personificação com o intuito de regular as situações jurídicas de seus sócios, subdividindo-as em duas espécies, sociedade em comum e em conta de participação, onde ambas não possuem personalidade jurídica formal, porém, concebem a chamada personalidade moral por possuírem direitos e obrigações.

Considera-se, também, que as suas constituições são extremamente simples e conferem uma maior versatilidade prática e flexibilidade aos sócios, numa necessidade empresarial moderna, sem se haver perdas na segurança jurídica de suas relações.

Ressalte-se que o último instituto (sociedade em conta de participação) vem sendo cada vez mais utilizado, e demonstra que os anseios sociais do Moderno Estado Democrático de Direito estão sendo preenchidos em sua plenitude, especialmente no particular das importantes explorações empresárias às vezes com vestes de não serem sociedades tão menores.

Contudo o direito não pode abrir-se em leques de sentido infinitos, caso contrário essas espaçosas amplitudes afetariam sua finalidade primordial, acarretando insegurança jurídica e inaplicabilidade da lei, que foram feitas para a resolução de conflitos suscitados no mundo fático, na esfera do ser.

A nossa proposta no que se refere à tomada de decisões foi mostrar caminhos possíveis a serem percorridos, dentro de uma lógica que seja coerente, sustentável, aceitável, desejável socialmente e digna em todos os sentidos sob o polêmico assunto a respeito das sociedades despersonificadas.

A nova leitura indicada pelo Texto Constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana e na cidadania como valores soberanos, confere novo conteúdo à legislação infraconstitucional, a partir de que é obrigatória uma nova compreensão da personalidade como lastro fundamental, de modo a afirmar a primazia da pessoa humana e destruir a solidificação da ordem jurídica, pois toda pessoa é dotada de personalidade, sendo possível ser titular de relações jurídicas, de direitos e deveres, de reclamar o exercício da cidadania, que será praticada através dos direitos da personalidade, garantida constitucionalmente.

Sem qualquer pretensão de exaurir a investigação sobre o tema, apontamos algumas questões como a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais trazendo alguns pontos incompreensíveis para nós, como os direitos e obrigações que fundamentam a personalidade jurídica, mas que, no nosso entender, basta que a lei lhe atribua algum direito para que se deva reconhecer a personalidade. Logo os entes despersonalizados teriam sim personalidade jurídica, pois a capacidade está sempre presente. E é inegável que as sociedades irregulares passam a ser consideradas pessoas, dada a sua aptidão à obtenção de direitos e deveres na esfera da relação processual.

Concluimos que muitos contestam a personalidade jurídica desses entes sob o argumento de que eles não possuem capacidade processual. Contrários a isso, tentamos mostrar, sob outros fortes argumentos, que estes entes são possuidores de capacidade processual, são sujeitos de direitos, posto que são capazes de contrair direitos e obrigações e, em face à evolução do pensamento jurídico, a personalidade existe muito além da muralha do registro das sociedades.

Saliente-se, ainda, que a personalidade jurídica moral implícita dessas sociedades demonstra sem dúvida a possibilidade de existência de trabalhos colaborativos, próprios do mundo contemporâneo, afastando-as das relações jurídicas trabalhistas.

Por fim, tais formas organizadas de trabalho que possuem essas personalidades morais implícitas conferem desenvolvimento econômico impactante ao país, e abastecem a capacidade de participação dos cidadãos consumidores em sua plenitude, enquanto integradores economicamente importantes da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-172.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Gomes da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: filosofia analítica, semiótica e hermenêutica. São Paulo: Loyola, 2000.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorías de la argumentación jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002.

BACELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-102.

BARROS, Ana Maria Porto de *et al.* **O novo código civil comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2002. v. 3.

BARROSO, Luiz Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio e Livraria Francisco Alves, 1975.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 9ª ed. rev. e aum. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Institui o Código Comercial. **Diário do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 1850.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a Tributação, Fiscalização, Arrecadação e Administração do Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1999.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2002.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

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

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. Personalidade jurídica da sociedade irregular. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano. 10, n.10, p. 161, 1964-1967.

\_\_\_\_\_. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_; WALD, A. **Emendas ao projeto de código civil**. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1984.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DE SANCTIS, Vittorio M. **I soggetti del diritto d'autore**. Milano: Giuffrè, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993. 461p.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito).

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Parte geral e LINDB. 10ª ed. rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. v. 1.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, denominação. 6ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI**. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira. 2001.

FIÚZA, César. **Direito civil**, curso completo. 12ª ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2001. v. 1, 251p.

FREGE, Gottlob. Função e conceito (1891). In: **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: EDUSP, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre o conceito e o objeto (1892). In: **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: EDUSP, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre o sentido e a referência (1892). In: **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: EDUSP, 2009.

\_\_\_\_\_. Digressões sobre o sentido e a referência (1892-1895). In: **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: EDUSP, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 142p.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil de 2002. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, António S. J. **Código de direito canónico**, promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. 4ª ed. rev. Lisboa: Ed. Conferência Episcopal Portuguesa, 1983.

LIMA, João Franzen. **Curso de direito civil brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. **Capacidade e entes não personificados**. São Paulo: Juruá, 2001.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. São Paulo: Ed. Atlas, 2004. v. 2.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Livraria Freitas Bastos; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v. 3. Livro 2.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Livraria Freitas Bastos, 1952. v. 4.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil n. 1.0216.05.031426-1/001**. Processual Civil, recisão contratual, ilegitimidade ativa, art. 6º. CPC, comissão de formatura, sociedade de fato. Apelante: Fernanda Ribeiro Rosa e outros. Apelado: Format Brasil Produções Ltda. Relator: Des. Fernando Botelho, Minas Gerais, 15 fev. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo** – a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. v. 7 (Coleção Professor Gilmar Mendes).

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais das pessoas a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Condomínio e incorporações**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Occo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Considerações sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais irregulares. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 50-62, 1º e 2º sem. 2001.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral – parte geral**. Belo Horizonte: Ed. Del Rei, 2008.

\_\_\_\_\_. Ato ilícito e responsabilidade civil. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Orgs.). **Teoria do direito e conflitos jurídicos**. Teoria do direito e conflitos jurídicos. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 1, p. 234-251, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti . **Tratado de direito privado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Ed. Método, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. v. I.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Los principios del derecho del trabajo**. Montevideu: Ed. Biblioteca del Derecho del Trabajo, 1975.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAVIGNY, Friederich Karl von. **Derecho romano actual**. Tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t. I. [System dês heutigen Romischen Rechts, Band I, 184].

\_\_\_\_\_. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de Los bienes. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1923 [1878].

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Dworkin e os princípios**: os avanços da hermenêutica crítica do direito. Estudos Jurídicos, v. 31, n. 81, p. 73-94, jan./abr. 1998.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil constitucional**. São Paulo: ed. Método, 2011.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 11.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, 2, 3, v. 1, n. 22, p. 28.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2003. 147p. v. I.

WALD, Arnold. **Direito civil**: introdução e parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: introdução e parte geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.