

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós Graduação em Direito

**A SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM COMUM: UMA ANÁLISE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Michel Carlos Rocha Santos

Belo Horizonte

2010

Michel Carlos Rocha Santos

**A SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM COMUM: UMA ANÁLISE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

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.

Professor Orientador: Dr. Rodrigo Almeida Magalhães.

Belo Horizonte

2010

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237s Santos, Michel Carlos Rocha
A sociedade empresária em comum: uma análise na perspectiva dos direitos da personalidade / Michel Carlos Rocha Santos. Belo Horizonte, 2010.
119f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Pessoa jurídica. 2. Personalidade. 3. Sociedades. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.442

Michel Carlos Rocha Santos

**A sociedade empresária em comum: uma análise na perspectiva dos direitos
da personalidade**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (orientador) – PUC MINAS

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC MINAS

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich - FUMEC

Belo Horizonte, 2010.

Estas linhas são dedicadas à minha amada mãe, Maria da Consolação, porque sei que estás sempre comigo.

AGRADECIMENTOS

Escrevo estas linhas para externar minha gratidão a todos aqueles que, direta ou indiretamente, me ajudaram neste projeto.

Obrigado Isabella, querida florzinha, por estar sempre comigo, me apoiando, incentivando, me trazendo paz e tranquilidade. Agradeço o amor e o carinho que tens por mim.

Agradeço a minha família, especialmente Papai, Ivanzinho e meus avós, pessoas fundamentais na minha vida.

Meu muito obrigado ao Professor Rodrigo, por sua paciência, prontidão, presteza e simplicidade na tarefa de me orientar.

Obrigado aos meus colegas de pós-graduação, em especial, a Rosane Castro, Ricardo Murari, Thais Habib, Juju Evangelista, Rodrigo Pereira, Áurea Chaves, Luciana Leão e Cláudio Ribeiro. Vocês tornaram nossa caminhada bem mais agradável, instrutiva e divertida!

Agradeço também à Professora Taisa. Foi em suas aulas que despertei para o tema aqui desenvolvido. Igual agradecimento aos Professores Eduardo Goulart, Leonardo Poli, César Fiúza e Lucas Gontijo, que proporcionaram excelentes diálogos e lições em suas aulas.

Não posso esquecer dos amigos Davidson Mallaco, Antonio Fabrício, Maria Emília e Alessandra Brandão, que sempre me ajudaram e orientaram.

Agradeço também aos meus diletos amigos, Adriano Magno, Heloisa Godoy, Henrique Maciel e José Martins, pessoas que muito contribuem para minha formação profissional. Obrigado pela amizade de vocês.

Por fim e, não menos importante, registro meu agradecimento a Deus, por me dar força, perseverança, saúde e paciência.

“O objetivo do diálogo não é demonstrar quem é o melhor, mas chegar a um acordo ou, pelo menos, clarear as idéias de ambas as partes”. (Norberto Bobbio).

RESUMO

A pessoa jurídica é tema dos mais importantes para a ciência jurídica. Como entidade autônoma e independente, dotada de personalidade e com existência distinta da de seus membros, sempre gerou tentativas de se elucidar a sua natureza e razão de ser. Entre as categorias da pessoa jurídica, figuram as sociedades, fruto do fenômeno associativo dos homens. A formatação jurídica em torno das mesmas, visa proporcionar a consecução de determinados empreendimentos que os homens, sozinhos, não podem ou não lhes convém realizar. A empresa é uma atividade que pode ser exercida mediante a organização societária, cuja teoria foi acolhida pelo Código Civil de 2002, sendo nota peculiar das sociedades empresárias. Assim, a empresa pode ser exercida individualmente pelo empresário ou, pela sociedade. Esta, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, pode ou não, se tornar pessoa jurídica, devendo, para tanto, providenciar o arquivamento dos seus atos constitutivos. Determinadas sociedades, contudo, não realizam tal arquivamento, o que não impossibilita a sua existência e atuação no mundo, sendo o arquivamento apenas critério para lhe atribuir personalidade. Este universo pertence à chamada sociedade em comum, não personificada, em que os sócios respondem de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais. Devido à sua importância e presença nas relações jurídicas, recebe tratamento peculiar no Código Civil de 2002. Dessa forma, o presente trabalho pretende abordar a sociedade em comum, suas características, o tratamento legal que lhe é dispensado e, principalmente, elucidar a natureza jurídica dessa entidade, para afirmar ou não se a mesma possui personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa jurídica. Personalidade. Sociedades. Empresa. Sociedade em comum.

ABSTRACT

The juridical person is one of the most important themes for the legal science. As an autonomous and independent entity, endowed with personality and existence, distinct from its members, has always generated attempts to elucidate its nature and reason of being. Among the categories of legal entities, there are the societies, as a result of an associative phenomenon of men. The juridical format around them, aims to provide the achievement of certain developments that men alone cannot achieve or does not suit them. The company is an activity that can be exercised by the corporate organization, whose theory was upheld by the Civil Code of 2002, being a peculiar note of business companies. In this manner, the company can be exercised individually by the entrepreneur or by the society. This one, according to the Brazilian legal system, may or may not become a legal entity, and, thus, provide the filing of its charter. Certain companies, however, do not do that filing, which does not preclude their existence and operation in the world, being the only criterion for archiving give it personality. This universe belongs to the company called in common, not personified, in which partners respond in solidarity and unlimited for corporate obligations. Because of their importance and presence in legal relations, it receives treatment peculiar in the Civil Code of 2002. Thus, this study addresses the society in common, their characteristics, the legal treatment it is dispensed and, especially, to elucidate the legal nature of that entity, to confirm or not, if it has personality.

KEY WORDS: Juridical person. Personality. Society. Enterprise. Society in common.

LISTA DE SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

CC/1916 – Código Civil de 1916 (Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

CC/2002 – Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas

CPC – Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

IP – Internet Protocol

MEI – Micro Empreendedor Individual

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas.

SIMPLES - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. A PESSOA JURÍDICA..... | 13 |
| 2.1. Conceito e breve notícia histórica | 13 |
| 2.2. A personificação e a natureza das pessoas jurídicas..... | 18 |
| 2.3. A pessoa jurídica na sua perspectiva funcional..... | 27 |
| 3. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS COMO CATEGORIA DE PESSOA JURÍDICA . | 31 |
| 3.1. As sociedades: aspectos históricos | 31 |
| 3.2. Sociedades: conceito e natureza jurídica | 40 |
| 3.3. A teoria da empresa e a caracterização das sociedades empresárias..... | 48 |
| 4. A SOCIEDADE EM COMUM | 55 |
| 4.1. As sociedades não personificadas..... | 55 |
| 4.2. Sociedade em comum: características e tratamento legislativo | 66 |
| 5. A SOCIEDADE EM COMUM E A BUSCA DE PERSONALIDADE JURÍDICA.... | 80 |
| 5.1. Ponto de partida: a sociedade em comum e os direitos da personalidade | 81 |
| 5.2. Pessoa de direito, sujeito de direito ou ente não personificado: onde | |
| repousa a sociedade em comum? | 89 |
| 6. CONCLUSÃO | 105 |
| REFERÊNCIAS..... | 111 |

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como diretriz a análise da sociedade em comum. Trata-se de um formato societário que ganha destaque na legislação civil e empresarial, devido ao tratamento que lhe é dispensado atualmente. A sociedade em comum é aquela sociedade que não promoveu o arquivamento dos seus atos de constituição, sendo designada como sociedade não personificada, ou seja, destituída de personalidade jurídica.

Em outros tempos, foi denominada de *sociedade irregular* ou *sociedade de fato*. Atualmente, de acordo com o texto do Código Civil de 2002, se denomina sociedade em comum.

Apesar de existir no plano fático, podendo inclusive possuir contrato social escrito, não encaminha este documento ao órgão de registro. Por isso não se torna pessoa jurídica. Visando apresentar adequadamente o tema da sociedade em comum e, ao final, elucidar a natureza jurídica desta entidade, este trabalho fez incursão sobre o instituto da pessoa jurídica, abordando sua gênese, natureza e função.

A pessoa jurídica é expediente da técnica do direito, que garante à determinadas coletividades o *status* de pessoa, vale dizer, atribui-se personalidade, a aptidão genérica para ser titular de direitos e obrigação, a algumas entidades coletivas, visando facilitar o surgimento, regularização e atuação destas no mundo.

A pessoa jurídica é resultado da técnica jurídica, expediente colocado a serviço do homem, instituto com perfil funcional, que se mostra útil à consecução de seus desideratos, empreendimentos e objetivos. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece taxativamente quais entidades são pessoas jurídicas, fixando também, os requisitos que as mesmas devem preencher para adquirirem esta condição.

Basicamente, deve haver o arquivamento dos atos de constituição no órgão competente de registro, para que nasça a pessoa jurídica, o novo sujeito de direito, a entidade coletiva que passa a ser pessoa, titular de direitos e obrigações na ordem civil.

Mostra-se necessária a abordagem do tema da pessoa jurídica, para que, em seguida, seja possível estabelecer as premissas básicas das sociedades, uma das espécies de pessoa jurídica. A sociedade decorre do fenômeno de associação dos

homens, que unem esforços para a realização de objetivos comuns. Como pessoa jurídica, possui autonomia, independência e existência própria, destacando-se da pessoa de seus membros nas relações jurídicas de que participa.

As sociedades sempre auxiliaram os homens na realização de atividades econômicas. Seu formato possibilita agregar esforços, capital, experiências e perspectivas, que se canalizam em prol de um objetivo comum. Assim, nascida de um pacto entre os sócios, a sociedade, quando arquiva os atos de constituição, se torna também pessoa jurídica.

A empresa, cuja teoria foi contemplada no Código Civil de 2002, entendida como atividade profissional e organizada, que possui fim lucrativo e que visa a produção ou circulação de bens ou serviços, pode ser exercida por meio das sociedades.

Existem, nessa perspectiva, sociedades empresárias, que se dedicam ao exercício da empresa e sociedades não empresárias, que desenvolvem outras atividades, diversas da empresa. É importante esclarecer se determinada sociedade é empresária, justamente, para delimitar o regime jurídico ao qual está subordinada, como por exemplo, o regime de insolvência.

Os temas aqui desenvolvidos possibilitam compreender melhor o fenômeno da sociedade empresária em comum. Trata-se de tipo societário que não é dotado de personalidade jurídica, apesar de exercer a atividade econômica. Não chega a ser pessoa jurídica, mas, de certo modo, atua como se fosse, porque partícipe de relações jurídicas, o que denota a importância e relevância da pesquisa.

A sociedade passa a existir desde o momento em que os sócios agregam seus esforços para realizar determinada atividade e a iniciam. Nesse momento já existe sociedade. Até que os atos de constituição sejam levados ao órgão de registro, regula-se pelas normas da sociedade em comum. Existindo no plano fático, já pode desenvolver a empresa, organizando os fatores de produção com intuito lucrativo.

A sociedade em comum é dotada de um patrimônio próprio, chamado de patrimônio especial. Este, tem por objetivo garantir o pagamento das obrigações contraídas pela sociedade. Contudo, será verificado que os sócios, neste tipo de sociedade, respondem pelas obrigações sociais contraídas pela sociedade.

Contextualizada a sociedade em comum, busca-se enfrentar a questão relativa à sua personalidade jurídica, tema que sempre suscitou debates na doutrina.

De acordo com o texto legal, não há dúvida: a sociedade em comum não possui personalidade. Contudo, será verificado que a mesma participa de relações jurídicas, firma negócios e contratos, se torna titular de direitos e obrigações, atributo que é característico da pessoa natural e da pessoa jurídica.

Além disso, a lei processual brasileira fixa que as sociedades não personificadas serão representadas em juízo, ou seja, afirma-se que tais entidades podem figurar no pólo ativo ou passivo das relações processuais. Parte-se da premissa de que, somente quem detém direito ou obrigação pode demandar e ser demandado em juízo. Possuir direitos e obrigações é atributo peculiar das pessoas naturais ou jurídicas, como sabido, seres dotados de personalidade.

Com efeito, propõe-se analisar se o não arquivamento dos atos constitutivos da sociedade empresária, realmente, lhe prejudica a personalidade. O objetivo é verificar se, não obstante o texto legal, a sociedade em comum pode ser considerada detentora de personalidade jurídica, já que participante das relações jurídicas e titular de direitos e obrigações, podendo, inclusive, defender tais direitos judicialmente.

Mais que isso, busca-se pesquisar e verificar a natureza jurídica da sociedade em comum, especialmente quanto à manifestações de personalidade jurídica nesta entidade. A pesquisa espera contribuir para o debate sobre o tema da sociedade em comum, que atualmente possui espaço próprio de regulamentação no Código Civil de 2002, cujos contornos necessitam de análise e reflexão por parte da comunidade jurídica.

2. A PESSOA JURÍDICA

A pessoa jurídica é um dos grandes temas da Teoria do Direito. Através de um expediente da técnica jurídica, às entidades coletivas, criadas, organizadas e idealizadas pelos homens, são outorgados alguns dos direitos da personalidade, essencialmente aqueles que lhe sejam compatíveis. Tais entidades se tornam pessoa para o Direito, passando a figurar nas relações jurídicas.

O ordenamento jurídico brasileiro indica quem são as pessoas jurídicas e traz os requisitos que devem ser preenchidos pelas agremiações de homens, para que o novo ser possa surgir regularmente.

Como figura que participa das relações jurídicas e que atua no mundo com extrema desenvoltura, suscitou diversas teorias acerca da sua natureza, que procuraram elucidar a essência da pessoa jurídica.

A par dessas discussões, percebe-se a grande utilidade que a pessoa jurídica tem para os homens, seu perfil funcional, que proporciona a realização de empreendimentos às vezes não exequíveis por aqueles, individualmente.

2.1. Conceito e breve notícia histórica

Os seres humanos são dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso quer dizer que os mesmos são titulares de direitos e obrigações na ordem civil e possuem a aptidão genérica para figurarem nas relações jurídicas como detentores de deveres e direitos. Essa orientação é a que se extrai dos artigos 1º e 2º da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil de 2002.¹

O Homem, ao nascer com vida, se torna para o ordenamento jurídico pessoa, conceito que proporciona a ele, a possibilidade de fazer parte das relações jurídicas e de atuar na defesa de seus direitos e interesses. Nesse sentido, o termo pessoa coincide com o de ser humano, homem, que é o titular das relações jurídicas.

¹ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direito e de deveres na ordem civil; Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro.

A ordem jurídica também reconhece personalidade a alguns entes ou organizações coletivas que são formados pela reunião de indivíduos. Trata-se da pessoa jurídica, entidade reconhecida pelo ordenamento como titular de direitos e obrigações na ordem civil, possuindo igualmente a aptidão genérica para essa titularidade. Esses “entes formados pelo agrupamento de homens, para fins determinados, adquirem personalidades distintas dos seus componentes. Reconhece-lhes a lei capacidade de ter direitos e contrair obrigações”. (GOMES, 2001, p. 185).

Em verdade, o homem, a pessoa natural, pode figurar nas relações jurídicas como detentor de direitos e obrigações, sendo tal realidade consequência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CR/88 (ROSENVALD, 2006; FARIAS, 2006; AMARAL, 2006). E por questão de necessidade, sistematização do ordenamento jurídico e segurança nas relações, o direito passou a reconhecer também às entidades coletivas criadas pelos homens a condição de pessoa, sendo que esta não coincide com o ser humano, mas que igualmente será considerada titular de direitos e obrigações.

Os homens, as pessoas naturais, agregam esforços comuns para a realização de determinados atos e empreendimentos, visando facilitar a consecução dos mesmos diante das diversas limitações de ordem material e econômica. A necessidade e possibilidade de realização desses empreendimentos, que podem ser de cunho social, altruístico ou econômico, provoca a união dos homens para o exercício de uma atividade específica que eles, individualmente, não pretendem ou não podem levar a cabo sozinhos.

Essa reunião de pessoas faz surgir um novo ente para o direito, que atua no mundo jurídico de forma independente das pessoas de seus criadores ou idealizadores. E para que essa independência seja efetiva e materialmente possível, o ordenamento lhes reconhece personalidade jurídica.

De acordo com Francisco Amaral (2006):

Conclui-se, portanto, que o direito permite a formação de centros unitários de *direitos e deveres* que, à semelhança das pessoas naturais, são dotados de personalidade jurídica para servir aos interesses dos seres humanos. Com uma diferença, porém. Nas pessoas físicas, a sua personalidade jurídica é autônoma e originária, no sentido de que é inerente ao ser humano como atributo de sua dignidade pessoal, enquanto nas pessoas jurídicas, ou coletivas, ela é meramente instrumental e derivada ou

adquirida, meio de realização de infinita variedade dos interesses sociais. (AMARAL, 2006, p. 276/277).

É a atribuição de personalidade jurídica a esses entes que os torna capazes de direitos e deveres na ordem civil. O ordenamento facilita e incentiva o fato associativo dos homens, fazendo com que o resultado da sua reunião ou agremiação seja dotado, então, de personalidade jurídica, o que lhe permitirá agir com autonomia e independência no mundo jurídico.

Importante nesse sentido, a lição de Fran Martins sobre a pessoa jurídica:

Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que esse fato incida no seu organismo. É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social. (MARTINS, 1977, p. 227).

Há autores como Pontes de Miranda (1999), que defendem ser a pessoa jurídica apenas criação do homem. O homem a cria segundo seus interesses e objetivos e o ordenamento reconhece aquela situação fática como merecedora de tutela, porque tais entes são capazes de direitos. Acrescenta-se a opinião de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2002), quando defende que a pessoa jurídica não nasce do acaso, porque é produto da vontade humana, vontade que é manifestada em conformidade com o regramento estabelecido pelo direito.

Ruggiero (1999), com entendimento próximo, leciona que a pessoa jurídica não se forma a partir de qualquer reunião de pessoa ou bens, mas tão somente daquelas que são reconhecidas pelo Estado com individualidade e capacidade de direitos patrimoniais próprios.²

Dessa forma, percebe-se que a idéia central que permeia o conceito de pessoa jurídica é a possibilidade de atuação autônoma e independente no meio

² Pessoa jurídica pode, pois, definir-se qualquer unidade orgânica resultante de uma coletividade organizada de pessoas ou de um complexo de bens a que, para consecução de um fim social duradouro e permanente, é pelo Estado reconhecida uma capacidade de direitos patrimoniais. (RUGGIERO, 1999, p. 550).

jurídico, o que se torna capaz a partir da outorga, pelo ordenamento jurídico, da personalidade jurídica.

O termo *pessoa jurídica*, nos dizeres de Francisco Amaral (2006) é de aparição moderna, sendo fruto dos esforços da dogmática alemã dos séculos XVIII e XIX. No direito romano não há notícia da existência de tais entes, já que os romanos eram extremamente práticos e não dados a muitas abstrações. O termo pessoa usava-se como sinônimo de homem.

O Direito Romano não chegou a conhecer a pessoa jurídica, da forma como a entende-se hoje. Em verdade, “o estudo das pessoas jurídicas começa pelo Direito Romano, embora a noção nele havida de pessoa jurídica seja bastante embrionária” (FIÚZA, 2006, p. 144). A partir da expansão territorial romana começou-se a desenvolver a idéia de pessoa jurídica, no sentido de se conceder aos Estados, Municípios e algumas sociedades e fundações, a idéia embrionária de personalidade, outorgando a estes, território e autonomia administrativa e contratual.

Assim é que tais entes contratavam, firmavam negócios, assumiam deveres e podiam exigir o cumprimento de obrigações, a semelhança do que já ocorria com os cidadãos romanos. Mas o Direito Romano não se valia da expressão “pessoa jurídica”. Haviam os chamados *collegium*, *sodalitas*, *fiscum*, entes coletivos, que se assemelhavam ao que conhecemos hoje como pessoa jurídica, porque eram, por exemplo, representados em juízo por uma única pessoa e tinham a faculdade de possuir um patrimônio próprio (DANTAS, 2001).

Para Ruggiero (1999), os romanos afirmavam que a herança jacente era uma pessoa jurídica (é claro, sem a utilização do termo hoje consagrado *pessoa jurídica*), considerada como o patrimônio deixado pelo morto até que ocorresse a partilha, sendo em verdade uma forma de ficção, o que evidencia já entre os romanos uma idéia técnica de pessoa jurídica.

A doutrina afirma que foi no pensamento jurídico medieval, devido aos estudos da escola dos glossadores e canonistas, que se desenvolveu os elementos centrais do conceito de pessoa jurídica (FIÚZA, 2006). Os glossadores distinguiam as coletividades ou *universitas* dos indivíduos que a formavam, reconhecendo capacidade para praticar alguns atos e, os canonistas³, criam a noção de pessoa

³ Para San Tiago Dantas: Deve-se o conceito de pessoa jurídica ao direito canônico. O direito canônico teve sempre um problema: definir a natureza da eclesía. O que é a Igreja? A Igreja não é, de modo algum, a coletividade dos fiéis, a Igreja não era uma corporação de oficiais do mesmo ofício

ficta com personalidade abstrata. Coube ao Papa Sinibaldo de Fieschi (ou Inocêncio IV) o conceito de pessoa ficta, distinguindo de forma clara a pessoa física da pessoa jurídica (AMARAL, 2006).⁴

Foi na época moderna que se chegou à concepção de pessoa jurídica que se tem nos dias atuais, reconhecida como sujeito de direito totalmente distinto da pessoa humana. A expressão pessoa jurídica, segundo Pontes de Miranda (1999) vem do começo do século XIX, em substituição a outros, como “pessoa mística” ou “pessoa moral”, sendo empregada, por exemplo, por Savigny. O Código Civil de 2002 adotou esta terminologia.

A pessoa jurídica está, portanto, ligada à idéia de personalidade jurídica, porque o direito, a exemplo do que acontece com o homem, concede aos entes coletivos o status jurídico de pessoa, fazendo com que os mesmos sejam titulares de direitos e obrigações. A atribuição de personalidade aos entes coletivos é expediente do direito que garante segurança para aqueles que irão contratar com a pessoa jurídica, concede publicidade aos seus atos de organização e facilita o comércio.

Pode-se dizer, dessa forma, que as pessoas jurídicas são formadas a partir da união de pessoas em torno de um objetivo ou empreendimento comum, notadamente, uma união de pessoas que se direciona à realização de determinados fins. Por serem importantes e amplamente presentes no mundo, os ordenamentos jurídicos passaram a pensar numa conceituação e numa forma de individualização dessas uniões, fazendo florescer um novo ente para o direito.

A pessoa jurídica é um grupo social, que pode atuar nas relações jurídicas de forma autônoma e independente em relação às pessoas deste grupo. A entidade denominada pessoa jurídica age diretamente, em seu nome, por sua conta e responsabilidade, assumindo deveres e obrigações, passando também a titularizar

no mundo romano, ou, no mundo medieval, uma organização corporativa. Os fiéis estavam na Igreja, mas não eram a Igreja: a Igreja era um *corpus* místico, era uma entidade espiritual e, entretanto, dotada de uma existência material sensível. Partindo destes dados, os canonistas imaginaram esta personalidade abstrata que pode ter certas organizações coletivas e que não se confunde com os membros que nela momentaneamente se encontram. (DANTAS, 2001, p. 165).

⁴ De acordo com o citado autor: Deve-se, portanto, aos canonistas e, particularmente, a Inocêncio IV, o verdadeiro início da teoria da pessoa jurídica. Ficava, assim, clara a distinção entre a pessoa do homem e as pessoas fictas, que compreendiam os *corpora* e as *universitas*, tornando-se definitivamente independentes, distintos, na ciência jurídica, os conceitos de pessoa física, ou homem, e o de pessoa jurídica, coletividade dotada de espírito e individualidade próprias, com patrimônio e responsabilidade independentes da de seus membros (AMARAL, 2006, p. 279).

direitos. Essa construção jurídica em torno da entidade coletiva, que se denomina pessoa jurídica, se concretiza a partir da chamada personificação.

Nesse contexto, se faz importante esclarecer em que consiste o expediente da personificação, ato que reconhece à pessoa jurídica a possibilidade de se tornar titular de direitos e obrigações. Nesse sentido muitas teorias procuraram estabelecer a natureza jurídica da pessoa jurídica a partir do ato que outorga existência legal a tais entes.

2.2. A personificação e a natureza das pessoas jurídicas

Diversas teorias tentaram desvendar a natureza das pessoas jurídicas, tomando como base fundamentalmente a questão da outorga de personalidade a esses entes pelo ordenamento jurídico. Assim, algumas teorias defenderam a existência das pessoas jurídicas e outras não. Dentre as teorias assim chamadas negativistas, Gomes (2001) leciona que estas com toda certeza, por negarem a existência, não são capazes de explicar a natureza das pessoas jurídicas.

Para Francisco Amaral (2006), as teorias que procuraram demonstrar a natureza da pessoa jurídica podem ser divididas, em resumo, em dois grandes grupos, o da ficção e o da realidade, cabendo ainda, conforme o autor estudado, diversas subdivisões. A teoria que se pode chamar de pioneira é a teoria da ficção. Quando os homens se unem para a realização de um fim comum, são eles próprios os sujeitos de direito envolvidos, porém considerados em seu conjunto. Somente através de uma ficção dogmática e apenas para explicar certas situações jurídicas é que o conjunto de indivíduos pode ser entendido como algo que exerce atividade jurídica.

O alicerce desta teoria, que nega a existência da pessoa jurídica, é que apenas o homem é sujeito de direito, de forma que a personalidade sempre vai estar ao lado dos indivíduos que formam a sociedade. Nessa perspectiva, todo o direito se justifica na medida em que assegura ao homem certa vantagem, sendo o homem o destinatário e a razão de ser do sistema jurídico. Assim, os direitos advindos do reconhecimento da pessoa jurídica serviriam unicamente para aproveitar aos seus membros ou idealizadores, considerados individualmente.

Savigny foi o precursor da teoria da ficção e “preferiu ver no conceito de pessoa jurídica mais um exemplo de *fictio juris*, existente apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum” (REALE, 2000, p. 234). Carlos Alberto da Mota Pinto (1999) também esclarece a idéia central daqueles que negam a existência e a capacidade de exercício de direitos da pessoa jurídica.⁵ As teorias que negam a pessoa jurídica, especialmente a da ficção, sofreram forte combate de Caio Mário da Silva Pereira:

Contra esta conceituação podemos de início objetar que, sendo possível um conflito entre a pessoa jurídica e um dos seus membros componentes, litígios que se esboçam com relativa freqüência, dos quais resulta o reconhecimento de direito da sociedade ou associação contra o associado ou *vice versa*, não explica a doutrina como se realizaria o exercício do direito da entidade contra o seu membro componente, se fosse verdade que ela não é o sujeito da relação jurídica, mas apenas um meio técnico pelo qual os seus componentes o exercitam. Analisando a situação em suas últimas conseqüências, atinge-se a um invencível paradoxo: a pessoa natural como efetivo sujeito de direito, de que a pessoa jurídica seria sujeito aparente, encontrar-se-ia numa condição de estar exercendo direitos contra si mesma. (PEREIRA, 2000, p. 191).

O *ficcionismo* considera que apenas o homem pode ser concebido como sujeito de direito, sendo a pessoa jurídica mera criação legislativa que se impõe pelas necessidades e pelas circunstâncias. Seus fundamentos são extraídos das lições iniciais de Sinibaldo de Fieschi (AMARAL, 2006) e sua idéia central é que a reunião de pessoas ou bens para a realização de determinados fins é tolerada e reconhecida pelo Estado, fingindo-se que existe uma pessoa, um sujeito de direitos.

Nessa perspectiva, a pessoa jurídica é apenas uma idéia pensada, um conceito que justifica a atribuição de direitos a certas reuniões de bens e pessoas. Segundo Amaral (2006) a teoria da ficção está ligada a interesses de política jurídica e representam o espírito do individualismo, que enxergava apenas no homem um ser dotado de direitos imanentes a sua própria existência. O Estado, por

⁵ De acordo com este autor: À primeira vista parece que as pessoas colectivas não tem capacidade para o exercício de direitos, nem a poderiam nunca ter com efeito, a capacidade para o exercício de direitos ou capacidade de agir consiste na aptidão para pôr em movimento a capacidade jurídica por *actividade própria*, sem necessidade de se ser *representado* ou *assistido* por outrem. Ora as pessoas colectivas – todas as pessoas colectivas (associações, fundações e sociedades) – carecem de um organismo físico-psíquico, só podendo agir por intermédio de certas pessoas físicas, cujos actos projetarão a sua eficácia na esfera jurídica do ente colectivo. Logo, as pessoas colectivas, não pode agir elas mesmas, mas apenas através de determinadas pessoas singulares (assembléia geral, conselho de administração, directores, administradores-delegados, gerentes, etc.), estariam necessariamente privadas daquela capacidade. Tal a conclusão a que chegam, com carácter de verdade apodíctica, alguns autores (PINTO, 1999, p. 313).

conveniência, concede titularidade jurídica às coletividades, o que não passa de mera ficção ou abstração do direito.

Carvalho Santos (1953) resume os fundamentos da teoria da ficção de forma bem clara e objetiva, veja-se:

Não pode haver direito sem sujeito; mas na pessoa jurídica falta um indivíduo, que seja o sujeito de direito; daí para evitar a contradição entre o fato e o princípio racional que exige um sujeito, finge-se um sujeito que não existe e personifica-se uma abstração da mente (SANTOS, 1953, p. 340).

A teoria ficcionista não apresenta sustentação porque fecha os olhos para a realidade do mundo e ignora que a pessoa jurídica é antes de tudo uma realidade reconhecida pelo ordenamento, que a transforma em centro de imputação de direitos e obrigações. O seu grau de abstração é muito alto e isso dificulta a compreensão do fenômeno, já que trabalha com idéias meramente pensadas ou idealizadas, afastando-se do plano prático e empírico dos entes coletivos.

Ruggiero (1999) a rechaça com os seguintes fundamentos:

A ficção é um mero artifício e não é com ela que se cria um ente, que seja distinto das simples pessoas dos componentes da corporação, ou dos administradores dos destinatários dos bens da fundação. Se o sujeito de direitos só pode ser o homem e que não existe tal sujeito, nada se obtém fingindo que ele existe. Nem vale de muito declarar que a ficção se deve reduzir a uma relação de analogia, em virtude da qual, devendo o direito referir-se a um sujeito diverso do homem, a entidade se concebe antropomorficamente, sendo a ela que como sujeito se atribui o direito, analogamente ao que sucede com a pessoa física. Na verdade, também nada há de real no sujeito se a sua existência é e permanece apenas imaginária (RUGGIERO, 1999, p. 551/552)

Francisco Amaral (2006), contudo, esclarece que ao atribuir-se ao Estado o poder de estabelecer a titularidade jurídica aos entes coletivos, estar-se-ia proporcionando mecanismos de intervenção estatal nos domínios privados. Eis porque, segundo o citado autor, a teoria teve aceitação junto àqueles que queriam impedir a ascensão do estado liberal, como aos próprios estados liberais então nascentes, que poderiam impor sua autoridade de acordo com o controle sobre o reconhecimento das pessoas jurídicas (AMARAL, 2006). Percebe-se, pois, que o desenvolvimento da teoria da ficção é fruto de sua época, especialmente quanto ao individualismo, não podendo, dessa forma, ser aceita nos dias de hoje.

Ademais, ela também se apresenta insuficiente na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro esclarece que começa a “existência legal” da pessoa jurídica com os atos de registro. Ou seja, tem-se a existência real antes da legal, caracterizada previamente ao momento da inscrição dos atos constitutivos e estatutos. Assim, o que se tem é a afirmação, pelo direito, de que aquele ente, até então presente apenas no mundo fático, também será protagonista do mundo jurídico.

Entre as teorias que enxergam a pessoa jurídica como algo existente no mundo jurídico, está a chamada orgânica ou da realidade objetiva, defendida por diversos autores, como Otto von Gierke e Lacerda de Almeida (AMARAL, 2006). Ela defende que a pessoa jurídica é algo vivo, sendo organismo social capaz de vida própria e independente, assim como acontece com a pessoa física. A citada teoria leciona que os seres com vontade própria podem ser titulares de direito, existindo duas categorias, os indivíduos, que são seres naturalmente sociáveis e, os grupos de indivíduos, portadores de interesse e vontade próprios, que se expressam por meio de órgãos. Cabe ao Estado apenas reconhecer a qualidade de pessoas, porque seres atuantes no mundo jurídico (AMARAL, 2006).

Para Washington de Barros (1997), a teoria da realidade objetiva indica que:

Por outras palavras, junto à pessoa natural, como organismo físico, há organismos sociais, ou pessoas jurídicas, que têm vida autônoma e vontade própria, cuja finalidade é a realização do fim social. Por conseguinte, pessoas jurídicas são corpos sociais, que o direito não cria, mas se limita a declarar existentes. (MONTEIRO, 1997, p. 102).

É a doutrina preferível para Carvalho Santos (1953), que enxerga na mesma uma lacuna, no que diz respeito ao fato de a pessoa jurídica possuir personalidade jurídica distinta da de seus membros ou idealizadores. Sustenta que “a personalidade jurídica não surgirá enquanto não houver uma abdicação da autonomia individual, visando interesses outros, interesses comuns aos associados” (SANTOS, 1953, p. 344).

Essa teoria possui fundamentação ideológica liberal, porque coloca o Estado como mero conhecedor de realidades já existentes, além do que, favorece o aparecimento de centros de poder e grupos sociais, o que termina por limitar a força do Estado (AMARAL, 2006). O Estado desempenhava a função de permitir aos indivíduos a liberdade para alcançar seus interesses, na máxima realização de seus

interesses individuais (JUSTEN FILHO, 1987). A liberdade individual, obviamente, se manifestava no empreender, na atividade econômica dos indivíduos, que precisava ser garantida pelo Estado e pelo ordenamento.

Para Pontes de Miranda (1999) essa teoria peca ao assimilar a pessoa jurídica a um ser vivo, dotada de órgãos à semelhança dos órgãos humanos, sendo o conceito de organismo supérfluo ao direito, não sendo as associações e fundações organismos vivos, nos moldes pretendidos pela teoria.

Conforme se observa, foi a analogia extrema da pessoa jurídica em relação à pessoa humana que representou o ponto de radicalismo ou, melhor dizendo, de extremismo da teoria orgânica. Parece que seus idealizadores quiseram tão somente evidenciar que o direito conseguiria reconhecer e permitir de forma mais tranqüila a atribuição da personalidade jurídica aos entes coletivos se estes fossem enxergados como imagem e semelhança do homem. A transferência da personalidade do homem para o ente coletivo teria, assim, maior fundamento e aceitação.

Ou talvez, tal teoria tenha querido, simplesmente, reforçar que o ente coletivo será dotado de órgão de administração e execução, que em certa medida, seriam como os órgãos vitais do ser humano, cada um deles responsável por uma função e pelo funcionamento regular de todo o organismo vivo. Esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado à pessoa jurídica.

Outra teoria que vale a pena citar é aquela preconizada por Hans Kelsen (2007). Afirma este autor que a pessoa jurídica é apenas expressão unitária de um complexo de normas, de um ordenamento jurídico que, por sua vez, regula, através dessas normas, a conduta de uma pluralidade de homens. Percebe-se nas idéias de Kelsen a importância do ordenamento e da norma jurídica que permite e aceita a pessoa jurídica, sendo esta, uma idéia pensada e concebida pela norma, o que torna a pluralidade de indivíduos uma figura atuante nas relações jurídicas.

Colhem-se ainda as reflexões de Maciel (2008) sobre a teoria kelseniana, no sentido de que a pessoa jurídica é um conceito que auxilia a ciência jurídica e que verifica a existência de um fato real, a associação e pluralidade de indivíduos possuidores de direitos e obrigações que, contudo, firmam relações jurídicas como um único indivíduo.

De acordo com Serpa Lopes (2000), Kelsen nega a personalidade jurídica porque ele também nega a dualidade entre direito objetivo e direito subjetivo,

existindo tão somente a norma jurídica. Tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica são expressões que mostram um centro de deveres e faculdades jurídicas, envoltos por um complexo de normas. Para César Fiúza (2006), a teoria de Kelsen nega a pessoa jurídica como sujeito de direitos.

A pessoa jurídica é apenas prevista pela norma jurídica, algo que dentro da teoria pura encontra abrigo e reconhecimento. Não se trata de conceber a pessoa jurídica como uma entidade viva e independente, mas apenas colocar a mesma dentro da moldura do sistema normativo, porque útil e necessária aos homens.

Outra teoria, conhecida como *institucional*, vê a pessoa jurídica como uma instituição, uma organização social, dotada de ordem e existência própria. Manifesta-se o viés sociológico, porque privilegia o poder de auto-formação dos grupos humanos, sendo a personalidade a conexão entre o direito e as instituições (AMARAL, 2006). Esta teoria é criticada pelo seu apego ao valor sociológico e por desconsiderar que há pessoas jurídicas que simplesmente se submetem às disposições externas de criação, organização e funcionamento, como ocorre com as fundações.

Por fim, tem-se a *realidade técnica*, sustentada na premissa de que existem grupos constituídos e idealizados para a consecução de um fim comum, sendo a personificação desses grupos um expediente da técnica jurídica (GOMES, 2001). As pessoas jurídicas são reais, não mera ficção ou abstração, embora sejam produtos da técnica jurídica. É a teoria que possui maior acerto segundo a opinião de João Franzen de Lima (1972).

Refletindo sobre o assunto, Francisco Amaral (2006) afirma que esta teoria possui grande aceitação contemporaneamente, sendo inclusive agasalhada pelo Código Civil de 2002, sendo a mesma, contudo, taxada de positivista e desvinculada dos pressupostos materiais e fáticos que levam ao reconhecimento das pessoas jurídicas.

Cotejando as teorias aqui ventiladas, cabe dizer que a pessoa jurídica não é apenas criação do direito, mas também da vontade e organização humana. Antes de ser reconhecida pelo Estado, já existe, já se organiza e já atua no mundo jurídico. Contudo, com o objetivo de contemplar esta realidade, o ordenamento, por questões de conveniência e política legislativa, lhe reconhece existência uma vez preenchidos os requisitos preconizados em lei, dando-se à pessoa jurídica a titularidade que é imanente e peculiar às pessoas naturais.

De acordo com Ruggiero (1999):

Ora, uma vez que o direito se destina não só a satisfazer as necessidades dos indivíduos separadamente considerados, mas também a dos grupos ordenados e organizados por forma a constituírem um todo único, as coletividades que assim se componham têm à face do direito uma individualidade própria, que é distinta e separada da dos seus membros. Existe uma coletividade política, em primeiro lugar, que é o Estado, e existem coletividades de outra natureza, com fins sociais diversos. Porém, qualquer que seja o modo por que se formaram e seja qual for a finalidade a que se destinem, são elas entidades reais e existentes, unidades orgânicas que têm uma vida própria e desenvolvem as suas atividades e funções. Independentemente dos indivíduos, estas associações organizadas têm, como o indivíduo, uma capacidade patrimonial, que lhes é reconhecida pelo Estado. Não são umas criações fictícias ou imaginárias, meras abstrações do pensamento, mas entidades reais, porque que criadas artificialmente, organismos sociais dotados de uma vontade própria e capazes de a manifestar e exercer (RUGGIERO, 1999, p. 554/555).

De toda sorte e, apesar das diversas teorias que procuraram elucidar a natureza das pessoas jurídicas, foi o expediente da personificação, através de um processo técnico, que se mostrou mais adequado para o legislador brasileiro, porque o artigo 45 do Código Civil de 2002⁶ estabeleceu que a existência legal da pessoa jurídica se inicia com o registro dos seus atos constitutivos. Esta orientação mostra apego ao rigor legislativo, pois além de exigir o registro para qualificar determinado ente como pessoa jurídica, também indica expressamente que categorias são consideradas pessoas jurídicas, indicando o *numerus clausus* legislativo.⁷

Para Pontes de Miranda (1999), o legislador pode adotar o princípio da criação personificante, em que, criada a entidade e existindo ela faticamente, a mesma já se personificaria ou, o princípio da concessão estatal, que faz depender da vontade do Estado a personalidade das pessoas jurídicas; por fim, pode-se adotar o princípio da determinação normativa, que reclama o preenchimento de determinados requisitos e pressupostos de direito material.

A primeira perspectiva coloca em risco a segurança das relações jurídicas, acarretando um “pululamento de pessoas jurídicas, com certa anarquia e pouca segurança para os terceiros” (MIRANDA, 1999, p. 354). A segunda noção levaria à

⁶ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

⁷ Os artigos 41, 42 e 44 do Código Civil de 2002 indicam expressa e taxativamente quem são as pessoas jurídicas de direito público interno, externo e de direito privado. Qualquer outra organização de pessoas, que não se encaixe nesses conceitos legais, não será considerada pessoa jurídica pelo ordenamento brasileiro.

rigidez estatal e, o terceiro caminho, segundo ele, é o que melhor se adequa às exigências da liberdade econômica (MIRANDA, 1999).

O reclame de segurança e coerência ao sistema normativo coloca à disposição dos homens o expediente técnico da personificação, que outorga àquelas entidades previamente descritas na lei, uma vez preenchidos os requisitos e pressupostos de direito material, a titularidade de direitos e obrigações. Seguindo-se a disciplina legislativa, o ser ou ente coletivo passa a gozar de personalidade.

Uma vez concedida a personalidade jurídica, a entidade passa a ter livre trânsito para atuar, fazendo-o em nome próprio e de forma autônoma e independente em relação a seus idealizadores ou criadores. O processo de personificação garante ao novo ser as prerrogativas que lhe são compatíveis. E assim, com a outorga da personalidade, passa o ente a se chamar pessoa, acrescida do qualificativo jurídica.

Conforme dito, o artigo 45 do Código Civil de 2002 institui o processo de personificação e, a partir dele, passa a pessoa jurídica a ter personalidade. O ordenamento lhe proporciona a tutela das manifestações da personalidade, como a outorga de capacidade, proteção ao nome, à honra, às marcas e patentes (exteriorização do direito de propriedade), à intimidade e sigilo de organização. A personificação, ou seja, a atribuição de personalidade ocorre com a inscrição do ato constitutivo nos órgãos de registro.

É preciso esclarecer que apesar de dotadas de personalidade, não são outorgados à pessoa jurídica todos os atributos da pessoa humana. É garantida àquela apenas a proteção aos direitos de personalidade que são compatíveis com a sua natureza, geralmente direitos de cunho patrimonial e não existencial⁸.

Dessa forma, aos entes coletivos é dada a condição de pessoa, não no aspecto ontológico que possui o homem, expressão da sua própria dignidade, mas no aspecto de reconhecimento e atribuição do “status” de pessoa, porque assim é garantida à pessoa jurídica a atuação jurídica que se reclama independente em relação à pessoa de seus membros. Por isso se diz ser fruto da técnica jurídica.

⁸ Este por exemplo, o entendimento de Pietro Perlingieri: Para as pessoas jurídicas o recurso à cláusula geral de tutela dos direitos invioláveis do homem constituiria uma referência totalmente injustificada, expressão de uma mistificante interpretação extensiva fundada em silogismo: a pessoa física é sujeito que tem tutela; a pessoa jurídica é sujeito; ergo, à pessoa jurídica deve-se aplicar a mesma tutela. Daqui uma concepção dogmática e unitária da subjetividade como fato neutro. O valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso daquele do sujeito pessoa jurídica. (PERLINGIERI, 2007, p. 157/158).

Para alguns autores, a independência patrimonial parece ser o fator marcante das pessoas jurídicas, como Pontes de Miranda (1999) e Roberto Ruggiero (1998). Francisco Amaral (2006) também reforça esta característica. Mas há que se destacar também, que a pessoa jurídica é dotada de personalidade própria, distinta da de seus membros. Possui também nome e existência autônoma, podendo ser sujeito ativo e passivo de relações jurídicas.

É o ideal de conferir autonomia ao ente reconhecido como pessoa pelo ordenamento jurídico que justifica a colocação da pessoa jurídica como partícipe das relações jurídicas.

Se não fosse por isso, não haveria qualquer sentido na construção legislativa e dogmática que sustenta o reconhecimento dos entes coletivos como pessoas dotadas de direitos e obrigações na ordem civil. Dessa forma, a pessoa jurídica não é um mero agrupamento dos seus membros ou uma manifestação coletiva da vontade de seus membros, possuindo individualidade própria, responsabilidade autônoma e independente.

É em verdade um centro de imputação de direitos e deveres, que passa a ser dotado de capacidade de direito e de fato. A pessoa jurídica possui também capacidade e legitimidade processual, estando apta a demandar e ser demandada judicialmente. E deve-se dizer também, que a pessoa jurídica passa a existir com destinação econômica própria, que não se confunde com os seus participantes ou idealizadores.

Quem atua no mundo é a pessoa jurídica e não os seus integrantes. A manifestação de vontade da pessoa jurídica a faz partícipe do mundo jurídico, razão pela qual o direito lhe reconhece como ente dotado de existência própria.

A pessoa jurídica é, assim, construção do direito que visa beneficiar os homens em suas expectativas, entidade coletiva que é reconhecida pelo ordenamento como sujeito capaz de participar das relações jurídicas de forma autônoma e independente.

2.3. A pessoa jurídica na sua perspectiva funcional

A pessoa jurídica envolve criação da técnica do Direito que em muito auxilia o homem. De acordo com Simone Eberle:

Ao reconhecer a condição de pessoa ao homem, o legislador, na verdade, atesta que esse homem é o foco central das atenções do Direito. A personalidade, nessa circunstância, revela-se instrumento direto de efetivação e plenificação dos intentos humanos. Contudo, também a personificação de entes que não os próprios homens pode conduzir à satisfação das necessidades humanas. O atribuir-se a condição de pessoa a outras realidades preenche, indiretamente, as expectativas do homem, viabiliza seus projetos e permite a concretização de seus ideais (EBERLE, 2006, p. 32).

Atender aos anseios e necessidades humanas foi o que levou à construção do instituto da pessoa jurídica. A mesma só existe e se justifica na perspectiva de proporcionar ao fenômeno associativo do homem uma sistematização e organização, facilitando as interações e metas que aquele grupo pretender alcançar. Para Marçal Justen Filho (1987), a consagração da pessoa jurídica ocorre em atenção ao homem, com intuito de atender ao interesse humano.

É um instituto jurídico que apresenta marcante funcionalidade, no sentido de que o uso da pessoa jurídica deve se dar de acordo com o regramento estatal e com a finalidade para a qual foi pensada e idealizada, ou seja, atender às expectativas e anseios dos homens. É dizer que os poderes jurídicos gerados pelo reconhecimento e construção da figura da pessoa jurídica não se limitam aos interesses dos particulares nela envolvidos, ultrapassando tal barreira para alcançar o contexto social em que a mesma irá atuar.

Marçal Justen Filho (1987) preconiza que a funcionalização do direito de propriedade atinge também a pessoa jurídica⁹, quando esta passa pelo expediente

⁹ De acordo com o citado autor: A função social e jurídica reconhecida para a propriedade não é eliminada por decorrência da constituição da sociedade e de sua personificação. Nem é possível o sócio eximir-se de qualquer vinculação a essa função sob alegação de que não é proprietário (quem o é, juridicamente, é a sociedade), porquanto o fenômeno do controle não é alterado pelo evento da personificação. A grande peculiaridade da personificação societária reside exatamente aí. Inexistindo pessoa jurídica, concentram-se sobre a mesma pessoa a propriedade e o controle. Com o surgimento da pessoa jurídica, a propriedade e o controle tornam-se distinguíveis. (...) vale dizer, a funcionalização de todo o direito e, especialmente, do direito de propriedade, não é aspecto isolável da questão da personificação. Muito pelo contrário, a funcionalização atinge também a pessoa jurídica (JUSTEN FILHO, 1987, p. 44/45).

da personificação e começa a atuar de forma direta e independente nas relações jurídicas. Em outros termos, o uso da pessoa jurídica deve ocorrer de forma idônea, visando não apenas os interesses de seus membros, mas também das pessoas que irão com ela contratar e estabelecer relações.

Entenda-se, então, o que se quer ressaltar neste tópico: a pessoa jurídica não é criação do acaso, não é mera conjectura jurídica; é instrumento de satisfação dos interesses humanos, que adquire proporção e importância no meio jurídico, pela sua própria construção técnica e liberdade de atuação. O seu uso deve se dar na perspectiva funcional, atendendo aos interesses de seus idealizadores.

A pessoa jurídica se mostra importante não apenas porque facilita as expectativas dos seus membros, mas também porque ocupa lugar nas relações jurídicas, contratando, se obrigando, assalariando pessoas, promovendo recolhimento de tributos ao Estado. Destaca-se assim, seu papel no meio econômico e social, que é marcante.

O fato associativo dos homens acaba recebendo um incentivo do ordenamento. Esse incentivo é justamente a personificação das entidades coletivas, visando criar juridicamente a pessoa jurídica. A exigência do registro dos atos constitutivos, além de visar a organização e publicidade das pessoas jurídicas, se coloca como requisito a ser preenchido pelos interessados, caso eles queiram se regulamentar pela regras típicas das várias espécies de pessoa jurídica.

Norberto Bobbio (2001), Gonçalves Neto (2008) e Justen Filho (1987) defendem que as regras que regulam a personalidade jurídica decorrem de normas com sanção positiva do Estado. E assim o é, na medida em que o ordenamento, além de permitir o fenômeno de associação dos homens, também incentiva a constituição da pessoa jurídica.

Se os envolvidos seguirem as prescrições existentes, contarão com o auxílio do novo sujeito de direito, que nascerá legalmente com a inscrição dos atos constitutivos, adquirindo autonomia, individualidade e desenvoltura para participar das relações jurídicas.

A personificação é sanção positiva, porque estimula comportamentos na perspectiva de se adotar técnicas que facilitam e melhoram a convivência social (GONÇALVES NETO, 2008). Marçal Justen Filho afirma o papel promocional do Estado frente a pessoa jurídica, dizendo:

Para o direito promocional é totalmente ineficaz a noção de sanção como *mal*. A solução é oferecer recompensas e benefícios. Ao invés de reprimir (ou seja, punir quem adota o comportamento indesejado), a proposta é o incentivo (ou seja, premiar quem adota o comportamento desejado). Portanto, surge a configuração de uma *sanção positiva* ou *premial*. (JUSTEN FILHO, 1987, p. 47).

A pessoa jurídica se coloca como ferramenta a serviço do homem. É algo pensado em seu benefício. Se os requisitos legislativos se fazem presentes, os envolvidos estarão submetidos ao regramento peculiar a cada espécie de pessoa jurídica. Trazendo a discussão para as sociedades, enxerga-se a pessoa jurídica como modo de formatação da atividade econômica¹⁰, que visa facilitar o intento das pessoas que se dispõem a contratar e a formar sociedade.

Como o exercício da atividade econômica ocorre não apenas na sua forma individual, mas também pelo formato de associação, agremiação dos homens, o direito criou uma forma de regulamentação própria para as sociedades, tipificando vários modelos societários, dando aos mesmos a possibilidade de aquisição da personalidade jurídica.

Com isto, a sociedade passará a ter autonomia de atuação, autonomia patrimonial e responsabilidade própria, distinta da de seus membros. Isso é bom para as pessoas envolvidas e significa, para estes, recompensa por terem seguido o caminho e os preceitos que geraram a personificação.

“O desenvolvimento da atividade econômica, especificamente, sob forma associativa, permite a multiplicação da riqueza privada e pública, com repercussão sobre terceiros (empregados, comunidade, etc.)” (JUSTEN FILHO, 1987, p. 49). No caso das sociedades, escolhido o caminho do registro dos atos constitutivos, terão os membros tratamento jurídico mais favorável, especialmente no que toca à responsabilização patrimonial¹¹, do que aquele previsto para os integrantes de uma sociedade não registrada, como no caso da sociedade em comum.

¹⁰ A atividade econômica é protegida e preconizada pela Constituição da República de 1988, conforme se verifica no seu art. 170: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e tratamento favorecido às micro e pequenas empresas. O parágrafo único ainda pontifica que o exercício da atividade econômica é assegurado a todos, exigindo-se autorização apenas nos casos previstos em lei.

¹¹ Ressaltando, obviamente, que alguns modelos societários, independentemente do registro de seus atos de constituição e da aquisição da personalidade jurídica, terão a previsão de responsabilidade solidária e ilimitada de seus sócios para com as obrigações sociais, como é o caso da sociedade em nome coletivo.

O regramento peculiar das pessoas jurídicas incentiva a associação dos homens. No campo do direito empresarial, é clara a idéia de que a atividade empresarial pode ser exercida com maior amplitude, maior robustez e eficiência dentro do contexto das sociedades. Os agentes econômicos contarão com a formatação jurídica dos tipos societários empresariais como apoio para poderem levar a cabo suas pretensões e objetivos.

Em suma, a pessoa jurídica é algo criado e pensado para, e em função do homem. Ela facilita a sua vida, os seus negócios, proporciona o seu bem estar e maximiza os seus interesses.

Cabe agora direcionar o foco de análise para a sociedade empresária, uma das categorias da pessoa jurídica, expressamente prevista e contemplada pelo Código Civil de 2002. A análise das sociedades e, em seguida, das características das sociedades empresárias, proporcionará estudar o tema da sociedade empresarial em comum.

3. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS COMO CATEGORIA DE PESSOA JURÍDICA

O desenvolvimento da atividade econômica geralmente ocorre de duas maneiras: individualmente ou coletivamente. Para aquela perspectiva, existe a figura jurídica do empresário individual. Se a atividade, contudo, é realizada por meio da agremiação de homens, que canalizam seus esforços em prol de um objetivo comum, o modelo apropriado é a sociedade.

As sociedades estão indicadas no rol das pessoas jurídicas, devendo para tanto, promover o arquivamento dos seus atos de constituição do órgão de registro. A sociedade, quando se dedica a desenvolver atividade profissional e organizada, com fim lucrativo e que visa a produção ou circulação de bens e serviços, está exercendo a empresa, conceito de viés econômico e jurídico.

Assim é que existem sociedades empresárias e, outras, não empresárias, que se dedicam a atividade diversa da empresa. E dizer que a sociedade é empresária significa afirmar que ela se submete ao regime jurídico do Direito Empresarial.

3.1. As sociedades: aspectos históricos

A incursão histórica sobre determinado instituto auxilia na investigação acerca de seus contornos contemporâneos. Sendo o Direito Empresarial eminentemente dinâmico, nascido da necessidade de regulamentação das práticas comerciais que afloram entre os homens desde as épocas mais remotas, se mostra interessante e oportuno registrar, ainda que de forma concisa e objetiva, um breve traçado histórico sobre as sociedades, abordando ainda o início de sua aceitação e utilização pelos comerciantes, hoje empresários.

Um bom ponto de partida é o direito romano. Os romanos, bem como qualquer dos povos primitivos, em algum momento desenvolveram a idéia de associação, ou seja, de comunhão de forças para a realização de determinados

fins¹². Talvez o primeiro fenômeno do direito romano que possa representar o germe das sociedades seja a *societas*.

FERREIRA (1958) explica que a partir da Lei das XII Tábuas foi permitido que os herdeiros pedissem a partilha do patrimônio deixado pelo *pater familias*. Adquirida a propriedade pelos herdeiros, passaram eles a se associar de forma voluntária e consensual, a fim de permitir a exploração de suas propriedades, seus animais e frutos de forma mais eficiente. O consórcio ou condomínio entre herdeiros deu lugar às sociedades, em que os homens uniam suas terras e riqueza para realização de determinado negócio.

Os primeiros registros das sociedades nascem no direito romano com viés eminentemente contratual. Há registro que o assunto foi tratado nas *institutas* de Gaio, sendo a sociedade enquadrada como um tipo de contrato, ao lado, por exemplo, da compra e venda, do mandato e da locação, trazendo regulamentação relacionada à duração e extinção da sociedade, entrada e saída de sócios, partilha de lucros e responsabilidade pelas perdas. Essa mesma estrutura jurídica se verifica também nas *institutas* de Justiniano¹³.

De acordo com Waldemar Ferreira:

Apresentou-se a sociedade, naturalmente, sob a forma contratual. Resultou de ajustarem-se os interessados em constituí-la pondo em comum certos valores, a fim de explorarem-nos, partilhando-se os lucros, mas suportando todas as perdas acaso advindas. O intuito especulativo – o *animus lucrandi* transparecia, embora os sentimentos afetivos e pessoais, tão peculiares aos romanos, pudessem animar o contrato, desempenhando papel saliente, senão mesmo substancial, no elaborá-lo e concluí-lo. Constituía-se, por isso mesmo, *intuito personae*. Resultava de convênio expresso ou tácito, puro ou condicional, como ou sem termo prefixo, predominando o *animus contrahendae societatis* (FERREIRA, 1958, p. 114).

Esse liame jurídico entre os homens que constituíam sociedade foi chamado de *jus fraternitatis*, tendo em vista que os sócios se comportavam segundo um espírito de fraternidade, como verdadeiros irmãos. O direito romano ainda trabalhou disposições e conceitos importantes, ao permitir que o herdeiro de sócio o sucedesse no negócio e ao indicar que o contrato de sociedade deveria ter objeto lícito (FERREIRA, 1958).

¹² José Waldecy Lucena (2006) aponta que tipos embrionários de sociedades se fizeram presentes no direito fenício, grego e babilônico.

¹³ Sobre o assunto ver CORREIA; SCIASCIA; CORREIA (1955).

O tipo de sociedade de grande verificação no direito romano foi justamente esta, fundada no *jus fraternitatis*, denominado *societas omnium bonorum*, havendo outros tipos, como “(...) a *societas alicujus negotiationis*, para exploração em comum de determinado ramo de bens; e a *societas unus rei*, constituída ocasionalmente para determinado escopo” (FERREIRA, 1958, p. 120).

Há também registro das *sodalitates*, congregações religiosas e de assistência que também se formavam pela união de pessoas em torno de um objetivo comum e, as sociedades formadas pela reunião de capitalistas interessados em arrendar e explorar as rendas públicas, denominadas *sociedades de republicanos*, interessados em desenvolver as atividades ligadas ao poder público, até mesmo, o recolhimento de impostos.

Essas manifestações embrionárias do direito romano mostram que a essência associativa do homem e a possibilidade de aumento de ganhos e partilha de lucros formaram a gênese das sociedades, tal qual se conhece hoje. Naturalmente, essa construção teórica e jurídica veio a auxiliar o comércio que se desenvolvia em Roma, pelo menos no que se referia à estrutura contratual das relações.

Observa-se durante a época do direito romano que a noção de sociedade nasce e passa a ser utilizada na consecução dos mais diversos empreendimentos, mas a caracterização mais clara e pormenorizada desse ente, que ocorre simultaneamente ao renascimento e ascensão do comércio na Europa, ocorre durante a Idade Média. É bem verdade que o direito romano foi revisitado em diversos momentos na Idade Média, de forma que seus conceitos e a interpretação sobre o seu texto serviram de base para o crescimento da cultura jurídica medieval.

Nessa época, houve grande desenvolvimento da ciência do direito, o que fora realizado pelas universidades a partir do século XII. O ensino do direito nas universidades era baseado no direito romano, especialmente a codificação da época de Justiniano, o *Corpus Iuris Civile*. Caenegem (2000) afirma que por volta do ano 1100 o *Corpus Iuris* foi redescoberto, quando os estudiosos glosaram e comentaram as antigas compilações, dando nascimento a um direito que ele chama de neo-romano.

Ou seja, a base para a evolução do direito privado medieval, inclusive o direito comercial, que depois se torna calcado nos costumes é o direito romano. E nessa base estava o conceito romano de sociedade, conforme já dito, entendido como uma espécie de contrato, do qual se originavam direitos e obrigações.

Lucena (2006) leciona que o embrião dos modelos societários atuais já se fazia presente ao final da Idade Média, posteriormente aperfeiçoados, como é o caso das sociedades em nome coletivo e em conta de participação, havendo no período, inclusive, distinção, ainda que precária doutrinariamente, entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais.

Sem dúvida, no transcorrer da Idade Média surgiram sociedades com fins econômicos para exercício de atividade produtiva e posterior circulação de bens e serviços através do comércio. Foi durante a Idade Média que se fortaleceu a concepção de uma economia monetária, ou seja, baseada em moeda, o que garantiu e possibilitou o crescimento das trocas comerciais.

É notória no período a influência e importância das corporações de ofício ou guildas, também chamadas de *artes* na Itália, que eram centros de organização dos comerciantes da época. As corporações tratavam dos interesses dos comerciantes, funcionando à semelhança de uma associação, que defendia interesses das classes e agregava força de trabalho em áreas específicas, como marcenaria, construção, tecelagem, entre outras.

As corporações se assemelhavam a órgãos estatais, indicando a regulamentação jurídica a ser seguida, consolidando a prática dos costumes e aplicando esse conjunto de normas na solução de conflitos envolvendo os comerciantes. Esse direito corporativo vigorou para as sociedades formadas entre os membros das corporações, ao passo que os tribunais inseridos nas corporações promoveram, com a prática dos julgamentos, o aprimoramento dos conceitos e institutos jurídicos (FERREIRA, 1958).

Gonçalves Neto (2008) explica que a atividade econômica geralmente se desenvolvia em regime de economia familiar, o pai sendo auxiliado pelos filhos. Falecendo aquele, é que se admitia a entrada de estranhos na sociedade, antes puramente familiar, ocasião em que ocorria um ajuste por escrito, a celebração de um contrato de obrigações e direitos em torno daquela sociedade de pessoas que estava se formando.

Percebe-se que gradativamente os comerciantes começaram a verificar a importância do ajuste escrito para formalização da sociedade, o que lhes dava maior segurança e credibilidade perante o mercado então existente. Esse viés associativo acompanhou os comerciantes durante toda a Idade Média e foi alicerce para que a

classe então emergente, a burguesia, pudesse aumentar sua influência e poder econômico.

Formada a sociedade através do ajuste escrito, passou-se a questionar qual a extensão e como se daria a responsabilidade dos comerciantes, então sócios. E talvez, para dar publicidade acerca da responsabilidade então assumida pelos sócios, o que também equivalia a uma indicação de garantia para os clientes, passou-se a realizar uma espécie de registro das sociedades junto às corporações. Nesse sentido:

A idéia de atuação em comum levava à solidariedade dos sócios pelo cumprimento dos negócios que eram celebrados com terceiros. A solidariedade entre os sócios, por isso, era regra. O comércio da época deu impulso à criação de diversos institutos societários, como a exigência de celebração de contratos escritos para registro nas corporações de ofício com a finalidade de tornar a sociedade de conhecimento público; a criação de um sinal identificador ou distintivo da sociedade (*signum societatis*), de que se originou a firma social, formada pelo nome civil de um ou mais sócios, com o objetivo de separar os negócios celebrados em comum daqueles que cada qual realizasse individualmente, etc. (GONÇALVES NETO, 2008, p. 111/112).

É interessante verificar como a questão da responsabilidade dos sócios foi uma das primeiras indagações dos comerciantes medievais, obviamente porque o assunto envolvia o capital disponibilizado e investido no empreendimento. De toda forma, esses questionamentos contribuíram para o aperfeiçoamento das instituições comerciais, especialmente na disciplina das sociedades, sendo válida a informação de que na Idade Média predominava, nas sociedades, a responsabilidade solidária dos sócios em relação às obrigações e compromissos assumidos.

Por isso se argumenta que a sociedade em nome coletivo, modelo societário que se caracteriza pela responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, regulamentada atualmente nos artigos 1.039 a 1.044 do Código Civil de 2002, se constitui no primeiro tipo societário de que se tem notícia na história.

O comércio marítimo, amplamente desenvolvido nas cidades italianas e no mar mediterrâneo também contribuiu para a afirmação das sociedades de natureza econômica ou comercial. Vale citar a *commenda* ou *societas maris*, que, segundo Ferreira (1958) se originava de um contrato típico, o qual ligava um comerciante a um capitalista, na exploração do transporte e comércio marítimo. Tem-se aí a idéia

do que depois foi chamada de sociedade em conta de participação, havendo ainda indícios embrionários dos contratos de mandato, seguro e depósito.

Como base legal para o exercício do comércio através das sociedades, se forma o *jus mercatorum*, conjunto de usos e costumes comerciais praticados nas grandes cidades e feiras de comércio, os quais apresentaram a feição de direito internacional, porque muitas vezes costumes de uma determinada região acabavam migrando para outra, sendo ali seguidos.

Pode-se afirmar que a Idade Média assistiu à criação e aperfeiçoamento de diversos institutos do direito comercial, tanto na área dos títulos de crédito (letra de câmbio, por exemplo), como do direito societário. Conforme dito, as sociedades foram muito utilizadas pelos comerciantes da época e o tráfego de negócios motivou dúvidas e questionamentos acerca de suas regras.

Na época moderna e contemporânea, donde podemos extrair, apenas para efeito de localização histórica, o fenômeno das grandes navegações e expansão colonial para além do continente europeu, no caso da primeira e, a revolução francesa e industrial, bem como as grandes codificações para a segunda, é que o direito regulador das sociedades comerciais se afirmou com contornos mais claros.

Os comerciantes, já acostumados aos modelos societários mais corriqueiros, como a sociedade em nome coletivo e em conta de participação, se depararam com a necessidade de um novo modelo de sociedade, capaz de arregimentar grande quantidade de capital para a realização de grandes empreendimentos, notadamente, as grandes viagens mercantes.

Trata-se da sociedade por ações que, segundo a opinião de Ferreira (1958), aparece com a criação da *Companhia das Índias Orientais*, ocorrida nos Estados Gerais dos Países Baixos, atual Holanda, no início do século XVII. Foi um ato de política governamental que significou a dissolução de pequenas companhias particulares e locais em prol de utilização do capital respectivo nesta nova sociedade.

Nela já se verificava a ocorrência de deliberações por meios de assembléias, a existência de conselhos de administração e direção e, principalmente, capital proveniente de subscrição pública, nascendo então as figuras hoje tão conhecidas, das ações e acionistas (FERREIRA, 1958).

Grande atrativo desse novo modelo societário era a limitação de riscos por parte dos investidores e comerciantes, que se circunscrevia ao preço das ações. Ou

seja, em caso de insucesso ou prejuízo do empreendimento, perdia-se apenas o que se havia aplicado. Ferreira (1958) ainda informa que a França também assistiu no ano de 1664, no reinado de Luiz XIV, ao nascimento da *Companhia das Índias Orientais de França*, igualmente uma sociedade organizada no formato da atual sociedade anônima.

Em fins do século XVIII e início do século XIX o mundo presenciou o fenômeno das grandes codificações. Isso se deve em grande parte à formação de Estados Liberais, que preconizavam a intervenção mínima e a garantia de direitos iguais, de forma geral e abstrata, previstos em lei para todas as pessoas. É o período do primado da lei, sendo esta derivada da vontade geral. Uma excelente forma de garantia dessa igualdade formal e da segurança jurídica nas relações foi o código.

O mais famoso é o Código Civil Francês de 1804, pós Revolução Francesa. Esse diploma regulava as relações civis em geral, como os contratos, as relações familiares e sucessórias. Ao Código Civil, seguiu-se o Código Comercial de 1807 que, segundo Gonçalves Neto (2008), promoveu reforma ampla na legislação comercial com vistas a eliminar a sua conotação classista (direito dos comerciantes).

A pretensão de um código é ser completo, suficientemente claro e preciso. Além disso, fruto do jusracionalismo, deu ao direito o caráter de sistema ordenado e coerente¹⁴. Essa era a pretensão do Código Comercial Francês, ser um instrumento completo e coerente para regulamentar a atividade do comércio e consequentemente das sociedades comerciais.

Ocorre que o direito comercial é extremamente dinâmico, nascido das práticas e usos comerciais, que se aperfeiçoam e se modificam segundo as necessidades do mercado. O Código Comercial Francês, contudo, não foi suficientemente apto para regulamentar as relações jurídicas que nasciam na vida comercial.

¹⁴ A codificação é fruto de seu tempo, é fruto do Estado Liberal, paradigma que se contrapunha ao *ancien regime*, onde reinavam os desmandos e arbitrariedades da monarquia. É o modelo estatal que atendia aos interesses da classe então emergente, a burguesia, que por sua vez tem origem nos mercadores e comerciantes medievais. Assim, naquele momento, nada melhor que um código para regulamentar a vida da sociedade. Vale registro a lição de Francisco Amaral: A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas. (AMARAL, 2006, p. 122/123)

Como exemplo dessa insuficiência, relacionada ao direito societário, pode-se citar, com apoio em Lucena (2008), que os pequenos e médios comerciantes não tinham à sua disposição um modelo societário capaz de atendê-los, especialmente nos quesitos de limitação de responsabilidade e facilidade na constituição da sociedade.

Até então, ou se partia para grandes investimentos através das sociedades por ações, ou se arriscava a atividade comercial nos modelos que previam a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios. Coube ao legislador alemão, no ano de 1892, promulgar lei que regulamentava a sociedade de responsabilidade do tipo limitada.

Lucena (2008) informa que os comerciantes ingleses também enfrentavam dificuldades com os modelos societários então existentes e, fugindo das dificuldades de criação das sociedades por ações e das mazelas da responsabilidade ilimitada dos outros tipos, introduziram segundo o direito consuetudinário as *private companies*, caracterizadas pelo número limitado de sócios, capital de formação particular e vedação à captação pela via pública. Para o citado autor, as *private companies* inglesas antecederam a lei de sociedade limitada alemã e influenciaram marcadamente a criação desta.

O Brasil seguiu, ainda que em momento posterior, a todas essas tendências. Este trabalho dedica-se apenas ao período mais recente da história brasileira, principalmente na promulgação da Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil de 1916 e, Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850, Código Comercial de 1850, ambos de ideologia notadamente liberal. O Código Comercial regulamentava as sociedades comerciais, como a sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em conta de participação e em comandita. Cuidava ainda das obrigações dos sócios e da dissolução e liquidação da sociedade.

Esse Código, apesar de acolher a teoria dos atos de comércio¹⁵, não indicou expressamente em seu texto quais seriam esses atos. Tal mister coube ao

¹⁵ Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, era encontrada na doutrina a lição segundo a qual o Direito Comercial tinha como objeto o comerciante e os atos de comércio. Atos de comércio eram os atos de mercancia catalogados no Regulamento 737, como por exemplo, a compra e venda mercantil, operações de câmbio, banco, corretagem e seguros. Fran Martins alertou sobre a dificuldade de se conceituar e caracterizar os atos de comércio, pela ausência de um critério científico, porque existem diversas pessoas, não comerciantes, que praticam os atos de comércio. Por isso, com base no citado Regulamento, Fran Martins assim trabalhou os atos de comércio: Tudo isso faz com que possamos, segundo o Regulamento n. 737, ter uma noção do que sejam atos de comércio. Sabedores de que existem pessoas físicas ou jurídicas que têm a profissão de

Regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, que tratou essencialmente do processo comercial, indicando, para fixação de sua competência e jurisdição, os atos considerados inerentes ao comércio, denominados atos de mercancia.

O Código Civil de 1916, em sua parte geral, disciplinou algumas disposições relativas às sociedades (sociedade de forma ampla) e trouxe também no Título IV, dos contratos, regulamentação sobre o contrato de sociedade. O Decreto nº. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, cuidou das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, ao passo que a sociedade por ações foi regulamentada através da Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Esse então era o quadro do direito societário brasileiro, até o advento do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 tratou, em seu Livro II, do Direito de Empresa, revogando a primeira parte do Código Comercial, que continha as disposições relativas ao direito societário. Continua sendo regulamentada por lei especial a sociedade por ações. O Código de 2002, a exemplo do Código Italiano de 1942, traz para o centro do sistema a figura do empresário.¹⁶

No que concerne ao direito societário, o Código indica as sociedades personificadas, dotadas de personalidade jurídica, que são exemplos as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada. Regulamenta também, a sociedade simples, prevista para as atividades não empresárias, cujas regras, contudo, podem ser aplicadas às sociedades empresárias¹⁷. Trouxe também disciplina para as sociedades não personificadas, destituídas de personalidade jurídica, indicando a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

intermediários entre os que produzem os bens e os que os consomem, e no exercício dessa profissão procuram auferir lucros, os atos que tais pessoas realizam fazendo circular as riquezas são sempre considerados atos comerciais. Desse modo, atos de comércio serão os atos praticados pelos comerciantes, no exercício de sua profissão, e como tais ficam sempre sujeitos à lei comercial. Mas há outros atos que são considerados comerciais, mesmo que não sejam praticados pelos comerciantes. Esses são atos de comércio, apenas porque a lei os considera como tais. (MARTINS, 1977, p. 92/93).

¹⁶ O Código Civil de 2002, no artigo 966, caput, conceitua a figura do empresário: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parece clara a intenção de qualificar o ramo do direito empresarial pela figura central do agente econômico, ou seja, o empresário, importando ainda dizer que o termo empresa passa a ser entendido como a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. O assunto será mais bem apresentado em momento posterior deste trabalho.

¹⁷ Nesse sentido, os artigos 1.040 e 1053 do Código Civil de 2002, ora transcritos para melhor visualização: Art. 1040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omissa, pelas do Capítulo antecedente; Art. 1053. A sociedade limitada rege-se nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Sobre as sociedades por ações, o Código apenas remete a regulamentação das mesmas à lei especial (Lei nº. 6.404/76) e explicita poucas regras sobre a sociedade em comandita por ações, também afirmado que este modelo societário rege-se pelas regras relativas à sociedade anônima.

Percebe-se que o direito societário brasileiro está atualmente calcado no Código Civil de 2002, na lei das Sociedades por Ações e na Lei das Sociedades Cooperativas¹⁸. Para alguns autores, como Lucena (2008), o legislador brasileiro deveria ter extraído do corpo do Código Civil a regulamentação pertinente ao direito societário, que deveria ser objeto de um corpo legislativo à parte, segundo ele, um microssistema¹⁹.

É preciso discordar desse entendimento e, acolher a orientação de Gonçalves Neto (2008), tendo em vista que a matéria relativa ao direito societário está intimamente relacionada ao Direito de Empresa, não podendo ser dissociado deste. Este é o quadro atual do direito societário no Brasil.

Feitos estes breves apontamentos históricos e da evolução do direito societário, se faz necessário esclarecer a natureza jurídica das sociedades, passando pelas teorias que, ao longo do tempo, procuraram explicar o fenômeno.

3.2. Sociedades: conceito e natureza jurídica

Apegando-se ao termo sociedade, no seu aspecto puramente lingüístico, o intérprete, de antemão, já consegue visualizar o que o mesmo quer dizer. Sociedade é um tipo de associação, uma união de esforços, uma conjugação de interesses, de capital, ou qualquer outra coisa, em que pessoas se unem para aumentar ou melhorar as chances e condições para o exercício de determinada atividade.

Não é difícil encontrar no ordenamento jurídico o conceito de sociedade. O artigo 981 do Código Civil de 2002 a conceitua, ao consignar que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou

¹⁸ Lei nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

¹⁹ O microssistema de direito se caracteriza como um novo campo de regulamentação de determinada área social, que é criado via produção legislativa justamente porque o Código não consegue disciplinar a realidade de forma completa. O microssistema, por sua vez, reclama conceitos, princípios e interpretação próprios, o que faz surgir também um campo de estudo específico para a sua compreensão. Para aprofundar sobre o assunto, ver LORENZETTI (1998).

serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, de resultados”.

O Código Civil de 1916 trouxe um conceito para a sociedade em seu artigo 1.363, “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”. Cotejando os conceitos, verifica-se que o Código atual mantém o conceito anterior, acrescentando os elementos exercício de atividade econômica e partilha de resultados. Ao que parece, o intento do legislador foi evidenciar que a sociedade visa eminentemente o exercício de uma atividade econômica que leve ao lucro.

Apesar de evidente, não custa dizer que o fim econômico das sociedades as distingue das associações²⁰. Gonçalves Neto (2008) entende que o conceito legislativo de sociedade é incompleto e arcaico, porque deveria mencionar que a formalização da sociedade faz surgir um novo ente, um novo sujeito de direito que é capaz, por si só, de direitos e obrigações e que não se confunde com a pessoa de seus sócios.

Interessante a posição do citado autor, mas há de se discordar de tal entendimento. O Código Civil é um corpo legislativo que deve ser interpretado de forma sistemática e harmônica, utilizando-se de todos os seus preceitos. Nos artigos 44 e 45,²¹ há indicação que as sociedades são pessoas jurídicas, ou seja, entidades criadas pelos homens, a quem o direito outorga uma nova existência, com personalidade jurídica autônoma que se inicia com o respectivo registro. Portanto, desnecessário o artigo 981 dizer o que já está entendido nos preceitos da parte geral.

Ademais, a conceituação extensa e pretensamente completa de determinado instituto corre o risco de engessar o mesmo, impedindo que a realidade fática do mercado e dos negócios, seara do Direito Empresarial, contribua para o aperfeiçoamento do conceito, tarefa que cabe aos intérpretes e não ao legislador.

Antes de se examinar as teorias que tentaram explicar a natureza jurídica das sociedades, pode o leitor indagar sobre uma possível classificação das sociedades.

²⁰ Pela sua natureza, as associações se constituem em reunião de pessoas para o exercício de atividades filantrópicas, de assistência, lazer e cultura. O artigo 53 do Código Civil de 2002 esclarece que a associação não tem fim econômico.

²¹ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: (...), II - as sociedades; Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Nesse aspecto, diga-se apenas o seguinte: as sociedades costumam ser classificadas segundo a responsabilidade dos sócios, se limitada ou ilimitada²²; ou em sociedades de pessoas ou de capitais, segundo a forma de sua constituição e estrutura econômica²³.

Nessa segunda classificação, a sociedade de pessoas é aquela onde a criação e continuação da sociedade dependeria daquele elemento de confiança, reconhecimento e afinidade entre os sócios, o *intuitu personae*. Seriam os exemplos das sociedades em conta de participação, em nome coletivo, em comandita simples e limitada²⁴. Na sociedade de capitais o elemento importante é o capital investido, a contribuição pecuniária de cada sócio, sobressaindo como exemplo, a sociedade anônima²⁵.

É possível ainda, de acordo com o tratamento colocado no Código Civil de 2002, classificar as sociedades em personificadas e não personificadas e, em sociedades simples e empresária, sendo esta, destinada a prática de atividade típica de empresário, e aquela, a sociedade que se dedica a desenvolver atividade intelectual, científica, literária ou artística²⁶.

Os manuais trabalham esses critérios de classificação, inclusive aumentando as suas perspectivas²⁷, o que é louvável pela própria finalidade de um manual de direito e pela atividade criativa do doutrinador. Contudo, valiosa nesse sentido é a

²² Por exemplo, MENDONÇA (1954) que se vale da classificação do direito inglês.

²³ Vale citar, HENTZ (2000).

²⁴ Esses modelos societários são regulamentados pelo Código Civil de 2002. A sociedade em conta de participação, segundo o art. 991, é aquela onde 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. A sociedade em nome coletivo é aquela onde somente pessoas físicas podem participar do quadro societário, respondendo os sócios de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais (art. 1.039). A comandita simples tem suas características principais indicadas no artigo 1.045: na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota. Por fim, a sociedade limitada, que tem a principal característica na limitação da responsabilidade dos sócios, que segundo o artigo 1.052 é restrita ao valor das suas quotas, respondendo todos eles, porém, pela integralização do capital.

²⁵ O conceito da sociedade anônima está no artigo 1º, da Lei 6.404/76: Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

²⁶ A caracterização da empresa e sua teoria é objeto do capítulo 4 deste trabalho.

²⁷ Por exemplo, COELHO (2003). O citado autor traz a classificação segundo a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, segundo o regime de constituição e dissolução, quando então afirma que as sociedades são contratuais (onde o ato constitutivo é um contrato) e institucionais (quando o ato constitutivo é um estatuto social, caso das S.A) e ainda a classificação quanto às condições de alienação da participação societária, quando então ele enquadra a classificação entre sociedade de pessoas e de capitais.

opinião de Lucena (2008), para quem toda sociedade é ao mesmo tempo de pessoas e de capitais. Para ele, deve-se ater ao elemento preponderante.

O *intuitu personae* é preponderante nas sociedades em que os sócios se escolhem mutuamente, segundo a credibilidade de cada um, dirigindo de forma próxima os empreendimentos da sociedade. O que faz surgir a sociedade, nesse caso, é a pessoa dos sócios. O *intuitu pecuniae* aparece com mais preponderância nas sociedades de capital, este dividido em ações com livre circulabilidade.

Oportuno agora, investigar a natureza jurídica das sociedades. As reflexões doutrinárias foram realizadas na análise do ato que formaliza as relações sociais e dá início à vida jurídica das sociedades, notadamente o contrato social ou estatutos. Várias teorias procuraram justificar o fenômeno. As principais são as teorias da instituição e contratual, sendo conveniente, contudo, citar outras.

De acordo com Gonçalves Neto (2008), a doutrina alemã e também italiana, como é o caso de Francisco Messíneo, propuseram a teoria, segundo a qual, a sociedade é um *acordo* ou *ato coletivo*. A premissa é a de que os sócios possuem um mesmo interesse e por isso atuam como uma só pessoa, a sociedade. Nesta teoria deixa-se de lado a concepção contratual clássica de que o contrato é negócio jurídico bilateral.

Na verdade, a sociedade seria um negócio unilateral, qual seja, o ato constitutivo da sociedade que representa a soma das vontades dos sócios, porém externada unilateralmente. Derivada desta, se desenvolveu a teoria do *ato complexo* segundo a qual a vontade individual dos sócios se funde para a criação da vontade individual da sociedade.

Ainda segundo Gonçalves Neto (2008), a teoria da *instituição*, preconizada por Maurice Hauriou, defende que a sociedade é uma instituição, um corpo social. Ou seja, firmado o ato constitutivo, o sócio ou acionista manifesta seu desejo de acolher a disciplina indicada para aquele modelo societário. Segundo Requião (2000), na teoria da instituição a vontade dos membros se limita à aceitação da disciplina legal da sociedade, com menor destaque para a preocupação com os resultados da atividade; já na teoria contratualista, a vontade dos membros tem por objeto os atos dos contratantes e os resultados daí advindos.

A existência da “instituição” sociedade não estaria subordinada ao fiel cumprimento de todas as obrigações assumidas pelos membros. Assim, não se admite a resolução da sociedade pela inexecução das obrigações dos sócios

declarantes. Martins (1977) parece ter compreendido muito bem a teoria institucionalista:

Efetivamente, a teoria de Hauriou, hoje aceita por muitos comercialistas, tem um fundamento lógico. Porque, em alguns tipos de sociedades, muito embora o ato constitucional divirja das características clássicas do contrato, por não terem os sócios interesses antagônicos e sim paralelos, as pessoas dos mesmos têm realmente importância preponderante, tanto que a incapacidade ou morte de qualquer deles se reflete na pessoa jurídica, provocando sua dissolução; também nestas sociedades os sócios estão de tal forma ligados pelo acordo prévio de vontades que ficam subordinados a esse acordo: as suas participações na sociedade não poderão ser cedidas a terceiros, a não ser com o consentimento dos demais, o que evidencia a existência, de qualquer forma, de um contrato.

Já em outros tipos de sociedade a retirada de um sócio não se reflete, de modo algum, na estrutura social; as suas participações no capital social podem ser cedidas livremente, sem que seja necessário o consentimento dos outros sócios; a incapacidade de um sócio, que nas primeiras sociedades seria motivo de nulidade ou anulação do ato constitutivo, nessas segundas não é levada em consideração, pois não tem a entidade nenhuma dependência da pessoa dos sócios. Isso tudo evidencia que a noção clássica do contrato não é cabível para o ato que constitui tais sociedades. Trata-se, evidentemente, de algo diferente de um contrato, e a esse ato se dá o nome de *ato institucional*, considerando-se a sociedade uma *instituição* e não o resultado de um contrato (MARTINS, 1977, p. 213/214).

A teoria da instituição é apta a explicar a natureza jurídica das sociedades por ações, já que, a princípio, a saída de um ou outro acionista não compromete a existência da sociedade. Requião (2000) afirma que a filosofia institucionalista inspirou o legislador na criação da Lei das S.A.

O Código Civil de 2002 mantém a sociedade no domínio dos contratos, ao indicar que os sócios celebram contrato de sociedade. Para Requião (2000), no caso do direito brasileiro a sociedade pode ser explicada pela teoria *contratualista*. Contudo, não se trata de contrato bilateral²⁸, mas sim plurilateral, idealizado por Tullio Ascarelli (1945).

A sociedade é contrato plurilateral porque permite um número indeterminado e variável de partes, ou seja, sócios e membros que podem se retirar ou ser inseridos a qualquer momento no instrumento contratual, todos eles detentores do desejo de contribuir para um fim comum, qual seja, o fim social previsto

²⁸ Já se sustentou, na doutrina, que o contrato de sociedade é bilateral, como por exemplo: o contrato de sociedade é *bilateral*, porque, desde o momento da sua formação, obriga reciprocamente os contratantes, uns para com os outros e a todos para com a sociedade. Se um dos sócios não cumpre as obrigações contraídas, é permitido a qualquer outro sócio requerer a dissolução judicial. (MENDONÇA, 1954, p. 17).

contratualmente para a sociedade. As partes são detentoras de direitos e obrigações umas em relação às outras.

Gonçalves Neto (2008) indica que Tullio Ascarelli, ao renovar a teoria contratualista, defendeu que no contrato de sociedade existem interesses contrapostos entre os sócios, que não se manifestam nas relações com terceiros, mas no relacionamento entre eles, sócios. Ali também há dissidência e conflitos, já que cada um deles visará um aumento das vantagens pessoais. Isso justificaria o viés contratual da sociedade, interesses às vezes contrapostos entre os sócios.

A teoria contratualista estabelece que na sociedade estão encerradas diversas relações jurídicas. Há o vínculo que une a vontade dos sócios para se exteriorizar a vontade da sociedade; os vínculos de obrigações entre os sócios e os vínculos de obrigações dos sócios para com o novo ente.

Ao que se observa, é a teoria do contrato plurilateral a mais adequada para determinar a natureza do ato constitutivo da sociedade e das relações que dela surgem entre ela e cada um de seus sócios ou entre ela e terceiros. O problema é que essa teoria não explica a sociedade em sua projeção dinâmica nem a possibilidade de constituição da sociedade unipessoal.

(...)

Quanto à outra crítica, o contrato em si realmente não tem o condão de permitir a visualização de um sujeito de direito distinto dos que figuram na relação contratual que é geratriz dessa pessoa (da sociedade). Dito de outro modo, o contrato (plurilateral ou não) não possibilita compreender a sociedade no exercício das atividades para as quais foi constituída (GONÇALVES NETO, 2008, p. 118).

A teoria inspirada no contrato plurilateral, parece estar de fato em consonância com o Código Civil de 2002 e também com a Lei de Sociedades por Ações. A pluralidade permite o livre tráfego de sócios e acionistas, sem que isso prejudique a existência e a manutenção da sociedade, a não ser no caso de restar apenas um sócio²⁹.

É preciso que se diga que a concepção de contrato da época de Ascarelli passou por grandes transformações. Com efeito, a concepção tradicional do contrato indica que os contratantes estão em posições opostas, possuem interesses

²⁹ Insiste-se por vezes em afirmar que o direito brasileiro não contempla a sociedade unipessoal, ou seja, formada por apenas um sócio. É imprescindível que a sociedade seja formada por dois ou mais sócios, ao passo que falta de pluralidade de sócios acarreta a dissolução da sociedade (art. 1033, IV, do Código Civil de 2002); da mesma forma o art. 206, I, "d" da Lei nº. 6.404/76. Contudo, o art. 251 da Lei das S.A. permite a criação de companhia que tenha um único acionista, caso das subsidiárias integrais. No direito das S.A., a sociedade unipessoal é exceção e quanto às demais formas societárias, ainda não foi concebida.

contrapostos, dando impressão de serem rivais no pacto. Atualmente, é crescente a afirmação de que o contrato é veículo de circulação de riquezas e instrumento de promoção do crescimento econômico e do bem estar das pessoas, sendo do interesse de todos que o contrato cumpra a sua função social.³⁰

Por isso, os contratantes, antes vistos como adversários ou, melhor dizendo, rivais no campo das obrigações e deveres que o contrato estabelece, viés nitidamente liberal e individualista, devem atuar segundo a boa-fé objetiva, na perspectiva da não frustração das justas expectativas das partes, sendo cooperadores um do outro em prol da manutenção do contrato. Essa diretriz parece se adequar e revitalizar a teoria contratualista da sociedade para os dias atuais.

Modernamente, Calixto Salomão Filho (1998) faz interessante estudo sobre as teorias contratualista e institucionalista e acaba por propor uma nova, a teoria do contrato organização. Para ele:

A conseqüência de tudo o que foi dito é bastante simples e pode ser assim resumida: o interesse da empresa não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídicas que cria.

É nessa definição em termos econômicos de seu objeto, que a liberta dos traços do liberalismo exacerbado do século XIX e do neoclassicismo exacerbado do século XX, presentes respectivamente, nas teorias contratualistas e institucionalistas do interesse social, que a sociedade pode melhor cumprir a sua função social. (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 32/33).

O citado autor se utiliza da análise econômica do direito³¹ como “instrumental analítico e não preceptivo” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 31), valendo-se da concepção de empresa como feixe de contratos, ou seja, a sociedade (e pela leitura do citado autor, considera ele a sociedade empresária) tem início com um contrato (o contrato social) e a partir de então passa a viver de acordo com a realização de

³⁰ Sobre o assunto, ver o trabalho de César Fiúza (2007).

³¹ O movimento da análise econômica do direito (AED), *law and economics*, tem como importante marco o trabalho de Ronald Coase, “The problem of social cost”. Para outro expoente do movimento, Richard Posner, o propósito da AED é criar um campo separado de investigação onde as ferramentas e conceitos da ciência econômica auxiliam na compreensão dos fenômenos jurídicos (POSNER, 2002). É importante também visualizar que a AED representa a interdisciplinariedade entre as duas ciências na interpretação e compreensão das regras jurídicas e decisões judiciais. Além disso, a AED se preocupa com o impacto econômico na criação e aplicação de normas jurídicas. Sobre o assunto, verificar em ZILBERSZTAJN; SZTAJN (2005).

diversos contratos (contratos de trabalho, contratos nas relações com clientes e fornecedores, na aquisição de empréstimos e capital).

Partindo da premissa de que a sociedade encerra um feixe de contratos, é possível extrair que a sociedade constitui um núcleo de organização para essa série de atos e contratos que compõe a atividade empresarial. O interesse social que na teoria contratualista coincidia com o interesse dos sócios, na teoria do contrato-organização visa a “estruturação e organização mais eficiente desse feixe de contratos e relações jurídicas” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 34).

Muito interessante a visão proposta pela teoria do contrato-organização, porque consegue aliar conceitos econômicos, como eficiência e organização, aos preceitos dogmáticos da teoria contratualista que não podem ser ignorados diante do viés contratual que as sociedades inevitavelmente possuem. Tanto a teoria institucionalista como a contratualista possuem seus méritos e acertos.

A teoria do contrato-organização se inspira na natureza contratual dos atos que dão vida à sociedade, sem deixar de indicar que este contrato dá vida a um novo ente, um novo sujeito de direito, que em termos econômicos significa uma organização dos fatores de produção segundo uma extensa rede de contratos. E o interesse social aqui colocado, não é apenas o interesse particular dos sócios, em maximizar seus lucros e interesses, mas também, um interesse pela preservação da sociedade e da empresa, porque importante no meio econômico e social.

Investigadas as principais teorias acerca da natureza jurídica da sociedade, na verdade, do ato jurídico que as institui, pode-se dizer que nenhuma delas são perfeitas e suficientes para explicar o fenômeno. Contudo, a interpretação que se dá às mesmas, como por exemplo, a feita por Calixto Salomão Filho (1998), demonstra que é possível revisitar as teorias em busca de respostas para os desafios atuais.

Não se pode deixar de afirmar que a teoria do contrato-organização parece ser muito adequada a explicar a natureza jurídica da sociedade, pelo menos no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.3. A teoria da empresa e a caracterização das sociedades empresárias

Foi dito anteriormente que as sociedades podem ser simples ou empresárias. Busca-se agora consolidar a caracterização da sociedade empresária e, para isso, é preciso investigar o conceito de empresa consoante orientação do Código Civil de 2002.

A antiga figura do comerciante, com o Código Civil de 2002, cedeu lugar a do empresário. Razão pela qual houve, inclusive, mudança na conceituação do ramo do Direito responsável por estes estudos, entendendo-a mais adequada, chamado agora de Direito Empresarial e não mais Direito Comercial³².

O Código Civil de 2002 disciplina a atividade do empresário no *caput* do artigo 966³³, sendo que a partir da caracterização da figura do empresário é possível se chegar ao conceito de empresa. Para Lippert (2003):

Justamente da fusão do empresário (ou da sociedade empresária) com o estabelecimento, nasce o conceito de empresa proposto por Miguel Reale, nos seus comentários ao Projeto de Código, como composta por três fatores, em unidade indecomponível; a habitualidade no exercício de negócios que visem a produção ou circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade (LIPPERT, 2003, p. 122).

Os elementos do conceito de empresário estão no artigo 966 do Código Civil de 2002: é a pessoa natural ou jurídica que, com habitualidade e profissionalidade organiza os fatores de produção para obter lucro com a produção ou circulação de bens ou serviços. O empresário assume os riscos da atividade e se propõe a organizar os fatores de produção (como insumos, mão-de-obra, tecnologia) empregando prepostos, com o fito de se produzir ou vender algo, objetivando lucro.

³² Há quem pense de forma diferente: De certo modo, esta tem sido a posição dos comercialistas tradicionais. De modo geral, analisam a hipótese de evolução Direito Comercial para o Direito de Empresa. Ora, não é de tal evolução que estamos tratando, mas da empresa considerada, não apenas no Direito Comercial, mas no Direito em geral, ou ainda mais, em diferentes campos da cultura e da vida social, pois destes decorrem reflexos no Direito. Daí, um possível engano na repulsa daqueles comercialistas zelosos por conservar, tanto quanto possível intocados, os valores de sua disciplina. Não se trata de eliminar ou substituir o Direito Comercial pelo Direito de Empresa, mas apenas de atualizar, também neste, o conceito em questão. (SOUZA, 2008, p. 12/13).

³³ Artigo 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.

Como bem esclarece Gonçalves Neto (2008) o simples exercício de atividade econômica não caracteriza o empresário. É preciso que estejam presentes os elementos *habitualidade*, *caráter profissional* e a *finalidade lucrativa*. Assim, quem exerce atividade econômica sem esses elementos, de forma amadora, eventual e sem finalidade lucrativa, não se considera empresário. Lado outro, há atividades não empresariais que igualmente são organizadas e de cunho econômico, como é o caso dos profissionais liberais³⁴.

Gonçalves Neto (2008) complementa que na empresa se presume uma certa *organização*, capaz de dar estrutura e planejamento mínimos à atividade empresarial. Afinal de contas, para tirar o maior proveito possível dos fatores de produção, é preciso que o empresário organize³⁵ a sua atividade.

Pela análise desses elementos pode-se chegar à conclusão de que o termo empresa deve ser entendido como atividade e não como sinônimo de firma ou pessoa jurídica empresária. Mais que isso, empresa é um termo econômico, que se encontra agora acolhido no texto do Código Civil. Para Eduardo Goulart Pimenta (2006):

A partir da idéia de insumos ou fatores de produção e de seu emprego organizado é possível definir economicamente a empresa (chamada também de capacidade empresarial ou empresarialidade): trata-se da aglutinação e organização dadas aos fatores de produção para o exercício de um atividade destinada à produção ou distribuição de bens ou de serviços.

Nesse sentido a empresa é a soma de recursos naturais (fator terra), mão-de-obra (fator trabalho), dinheiro (fator capital) e conhecimentos técnicos (fator tecnologia) para que, devidamente organizados por uma pessoa física ou jurídica (o empresário), gerem bens ou serviços (PIMENTA, 2006, p. 58).

Além disso, para que o empresário consiga organizar de forma adequada e eficiente os meios de produção é necessário que o mesmo se utilize de uma rede de contratos bem articulados, que Pimenta (2006) elucida serem as transações jurídicas da empresa. Completando, de muita importância a lição de Ronald Coase (2002), no sentido de que uma empresa surge quando a direção dos recursos está nas mãos e depende de um empresário.

³⁴ Essa é a opinião, por exemplo, de Cássio Machado Cavalli (2005).

³⁵ Nesse sentido: Organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente, para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoa, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado. Tanto a organização de pessoas, centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa (SZTAJN, 2004, p. 129).

Empresário, portanto, é quem exerce a empresa, entendida esta, repita-se, como atividade organizada, habitual e profissional, que vise a produção ou circulação de bens ou serviços e que importe lucro ao empresário. O Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 966 indicou quem não é empresário, ou seja, quem não exerce a empresa: “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”.

Ou seja, os profissionais intelectuais, artísticos ou cientistas, geralmente os profissionais liberais, não são considerados empresários e, logo, não exercem atividade empresarial, ainda que a atividade por eles desenvolvida seja organizada, habitual, profissional e com finalidade lucrativa. Há, contudo, a ressalva no texto do citado parágrafo único: se a profissão intelectual se constituir como elemento de empresa, então os profissionais serão considerados empresários.

Parece ser correto afirmar que quando a atividade intelectual fizer parte de uma estrutura, de um todo mais amplo, ou seja, de uma atividade mais abrangente, ela será considerada de cunho empresarial. A atividade intelectual descrita na lei, sendo mais um componente de uma grande estrutura econômica organizada, destinada a produção ou circulação de bens ou serviços, será considerada empresária. Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008) traz interessantes exemplos:

Sujeita-se às disposições do direito de empresa e, portanto, considera-se empresário o intelectual que contribui com seu trabalho profissional para a feitura ou a circulação de um produto ou serviço diverso e mais complexo do que aquele que se insere em sua habilitação, situação em que encontram, dentre outros, (i) o contabilista em uma atividade de consultoria, cujos contornos exigem auditoria, *marketing* etc., (ii) o médico que agrega à prática da medicina um *spa*, onde ao seu paciente oferece repouso e refeições, (iii) o veterinário que, além do seu ofício, hospeda animais na viagem de seus donos, (iv) o engenheiro calculista que mantém um empreendimento de construção civil, (v) um técnico em informática que agrega à sua atividade intelectual a exploração comercial de softwares e assim por diante. (GONÇALVES NETO, 2008, p. 72).

Além dos profissionais intelectuais, feita a ressalva indicada, o rurícola também não se considera empresário, até que ele faça a sua inscrição no Registro

Público de Empresas Mercantis, conforme determina o artigo 971 do Código Civil de 2002³⁶.

Elucidado, segundo a opção legislativa, quem é empresário e quem não é, chega-se ao ponto de distinguir entre sociedades empresárias e não empresárias. Antes, é preciso dizer que o Código Civil de 2002, primeiro, cuida do empresário individual, trazendo-lhe a regulamentação sobre a sua caracterização, capacidade e registro. Depois, a partir do artigo 981 é que cuida da sociedade. E é oportuno lembrar que a empresa pode ser exercida tanto pelo empresário individual como pelo empresário coletivo, as sociedades, pessoas jurídicas que o ordenamento reconhece como capazes de direitos e obrigações.

Para que uma sociedade seja considerada empresária, o seu objeto social deve ser caracterizado como atividade própria de um empresário (pessoa natural), como determina o artigo 982 do Código Civil de 2002³⁷, e deve adotar um dos modelos societários empresariais indicados no Código, ou seja, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, sociedade limitada, sociedade por ações e sociedade em comandita por ações.

As atividades não consideradas próprias de empresário devem ser exercidas segundo o modelo da sociedade simples, considerada então, o modelo indicado para as sociedades que desenvolvam atividades intelectuais, científicas, artísticas e literárias. A sociedade cooperativa, por expressa disposição legal³⁸, igualmente, se considera sociedade simples. O Código Civil de 2002 ainda regula outros dois tipos de sociedade, consideradas não personificadas, a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação³⁹.

A disciplina da sociedade simples é obtida por exclusão, ou seja, toda e qualquer atividade que não seja empresária é objeto da sociedade simples. Ou

³⁶ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

³⁷ 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.

³⁸ O Código Civil de 2002, em seu artigo 982, parágrafo único: independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa.

³⁹ Estas são consideradas sociedades não personificadas, ou seja, destituídas de personalidade jurídica, devido a ausência de inscrição no Registro de Empresas Mercantis. O termo “sociedade em comum” parece substituir a antiga denominação “sociedade de fato”, tratando do ajuste societário que não é levado a registro. Quanto à sociedade em conta de participação, é aquele modelo segundo o qual a atividade é exercida em nome de um único sócio, chamado sócio ostensivo, segundo a sua responsabilidade exclusiva (art. 991 do Código Civil de 2002).

talvez seja melhor assinalar que “pode-se dizer, mais corretamente, que será empresária toda a sociedade que não tiver por objeto atividade que seja própria de sociedade simples” (GONÇALVES NETO, 2008, p. 123).

Fazendo uma interpretação sistemática, se a sociedade exerce atividade organizada e habitual, de forma profissional e com intuito lucrativo, para a produção ou circulação de bens ou serviços e, se esta atividade não envolver trabalho intelectual (sempre lembrando da ressalva do parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002) ou atividade rural ainda não registrada, a sociedade então será empresária.

O que distingue a sociedade empresária da simples não é o volume de negócio, a amplitude da organização, o número de funcionários ou o valor do capital social, mas sim o regime jurídico disciplinado pelo Código Civil de 2002. Para Gonçalves Neto (2008) a distinção serve basicamente para indicar o local em que deve ocorrer a inscrição da sociedade: as sociedades empresárias se inscrevem no Registro Público de Empresas Mercantis (Juntas Comerciais dos Estados) e as sociedades simples no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Além disso, o regime geral da insolvência também distingue as espécies societárias, na medida em que as sociedades empresárias se submetem à lei falimentar e as sociedades simples às disposições do CPC de 1939.

O importante é ter em mente que, tanto a pessoa natural (empresário individual) como a pessoa jurídica (sociedade empresária) podem exercer a empresa. O que os distingue, por exemplo, é a questão relativa à responsabilidade patrimonial: do empresário individual, responsabilidade pessoal, direta e ilimitada e; no caso da sociedade, a responsabilidade e risco do empreendimento serão exclusivamente do novo sujeito de direito criado, podendo ou não, conforme o modelo societário escolhido, haver a responsabilização solidária e ilimitada dos sócios, porém, subsidiária em relação à sociedade, como é o caso da sociedade em nome coletivo.

Quem deseja atuar no mercado, produzindo ou circulando bens ou serviços pode se valer dos modelos societários. Para os pequenos e médios empreendimentos, geralmente a sociedade do tipo limitada⁴⁰. Para os grandes e

⁴⁰ Estatística do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, mostra que no período 1985 – 2005, foram constituídas 4.300.257 (quatro milhões, trezentos mil duzentos e cinquenta e sete) sociedades limitadas, contra 20.080 (vinte mil e oitenta) sociedades por ações e 21.731 (vinte e

vultosos empreendimentos, a sociedade por ações, esta, pela possibilidade de se angariar capital no mercado de capitais através da subscrição pública.

O que se percebe então? Que a sociedade empresária é um tema atual e presente no mundo jurídico. Sua importância não se foca apenas nas searas do Direito Empresarial, mas igualmente junto ao Direito do Trabalho, Tributário, Contratos e o próprio Direito Constitucional. Não é um tema estanque, restritamente dogmático, porque a todo instante o mercado apresenta novos desafios e problemas relacionados às sociedades empresariais que precisam ser investigados.

Daí a importância de se entender corretamente o fenômeno da empresa, para se poder delimitar o regramento ao qual se está sujeito, no caso, as regras do Direito Empresarial. E conforme observa Souza (2008), está presente no estudo das sociedades empresárias o caráter *público*, justamente por se entender a empresa no sentido do interesse social amplo, não mais limitado aos conceitos privatistas e interesses unicamente dos sócios.

O citado autor elucida que o termo empresa (e aqui associamos a empresa à estrutura jurídica criada pelo ordenamento com vista a facilitar o exercício desta atividade – as sociedades) não pode ser encarado apenas no seu viés econômico ou jurídico, mas igualmente nos aspectos da sociologia⁴¹, política e antropologia (SOUZA, 2008).

O tema das sociedades é tão importante que não se restringe à perspectiva dos sócios ou dos acionistas, pois se encarada a *organização* que a atividade empresarial faz nascer, é inevitável refletir e dar importância ao complexo de relações jurídicas dela decorrentes, como os contratos com fornecedores, os contratos de trabalho, as relações junto ao Fisco. Nesse sentido, as palavras de Fábio Konder Comparato (1995):

Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. (...) É das empresas que provém a grande maioria dos bens e

um mil setecentos e trinta e uma) sociedades cooperativas. Os dados estão disponíveis em www.dnrc.gov.br.

⁴¹ Vale citar um estudo sobre a perspectiva dos mundos sociais criados pela empresa, segundo o qual, empresa instituiria relações de poder, força e cooperação, sendo não somente, um centro de produção, mas também de socialização. O trabalho é intitulado “Os mundos sociais da empresa”, dos autores Florence Osty e Marc Uhalde (2008).

serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira parcela maior de suas receitas fiscais. E em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço. Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência na fixação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, viviam fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as Forças Armadas, todo esse mundo tradicionalmente avessos aos negócios viu-se englobado na vasta área empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações. (COMPARATO, 1995, p. 3)

Por ser de tão grande importância, como já assinalado, mesmo diante das novas concepções acerca da empresa e conseqüentemente das sociedades empresariais, é que os institutos basilares do direito societário não podem ser desconsiderados, mas revistos e reinterpretados a todo o momento, sempre atento às modificações legislativas e às mudanças do mercado.

É a razão pela qual este trabalho aborda as premissas básicas no estudo do direito societário, abordando a sua célula principal que é sem sombra de dúvida a sociedade empresária, na perspectiva da teoria da empresa estruturada no Código Civil de 2002, para então se dedicar à sociedade empresária que não arquiva os seus atos constitutivos, a chamada sociedade em comum.

4. A SOCIEDADE EM COMUM

A sociedade em comum é disciplinada em capítulo específico do Código Civil de 2002. Outrora foi chamada de sociedade de fato, sociedade irregular. É sociedade não personificada, porque não promove o arquivamento dos seus atos de constituição. Existe de fato, possui ou não contrato escrito entre os sócios.

Por isso, deixa de se tornar pessoa jurídica, apesar de existir faticamente e de inclusive poder desenvolver a empresa. Dentro do seu regime jurídico, está a regra de que os sócios da sociedade em comum respondem de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais.

Vale dizer que, apesar de dotada de um patrimônio especial, os sócios se tornam garantidores do cumprimento das obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade econômica desenvolvida pela sociedade. Por isso a lei facilita a comprovação de existência desse tipo societário, visando dar proteção aos terceiros que com ela venham a contratar.

4.1. As sociedades não personificadas

Já foi dito, neste trabalho, que as sociedades empresárias se distinguem em sociedades personificadas e não personificadas. Tal critério se fundamenta no tratamento legal dispensado pelo Código Civil de 2002. Com efeito, o Código estabelece tipos societários personificados, dotados de personalidade jurídica, do qual são as sociedades por ações, limitada, em nome coletivo, em comandita simples, em comandita por ações, cooperativa e a sociedade simples. Estes são os tipos societários que gozam de personalidade jurídica, porque, basicamente, promovem o arquivamento dos seus atos constitutivos.

Também disciplina as sociedades não personificadas, destituídas de personalidade jurídica, já que referidas sociedades não levam a registro o seu ato ou contrato constitutivo. Para o Código Civil de 2002 as sociedades não personificadas são compostas pela sociedade em comum e pela sociedade em conta de participação.

No caso desta última, existe orientação expressa do Código Civil de 2002 em não se conferir personalidade jurídica à sociedade em conta de participação. Trata-se de uma questão de política legislativa, onde prevaleceu a idéia de que este tipo societário em nenhuma hipótese conseguirá ter reconhecido pelo ordenamento os atributos da personalidade jurídica.

Nesse sentido é o que dispõe os artigos 992 e 993⁴² do Código Civil de 2002, que reforçam a desnecessidade de formalidades para a constituição da sociedade em conta de participação e, ainda que haja o registro do contrato social, não se outorgará personalidade a este tipo societário.

Ou seja, o desejo do legislador foi justamente manter a sociedade em conta de participação como ente não personificado, ainda que haja o registro do contrato social perante os órgãos de registro mercantil. Tal diretriz, no que diz respeito à sociedade em conta de participação se justifica sem maiores problemas, uma vez que neste tipo de sociedade quem exerce a atividade empresária e se apresenta perante terceiros é o sócio ostensivo⁴³, em seu nome próprio e por sua conta e risco. Os demais sócios, chamados ocultos ou participantes, apenas participam dos resultados do empreendimento.

Sendo a empresa exercida exclusivamente pelo sócio ostensivo, em seu nome, não há dificuldades em visualizar que na verdade é a pessoa física deste sócio que atua no mercado e nas relações jurídicas, razão pela qual o Código coloca sobre ele a responsabilidade pelas obrigações da empresa. Aqueles que contratam com uma sociedade em conta de participação, na verdade estão contratando com o sócio ostensivo e, obviamente, é deste que irão exigir o cumprimento das obrigações assumidas.

Isso sem prejuízo do fato de que os sócios participantes contribuem para um patrimônio especial da sociedade, que uma vez formado produz efeito apenas em relação aos sócios. Ou seja, no mundo exterior, a sociedade se apresenta, na verdade, na pessoa do sócio ostensivo. A sociedade existe fundamentalmente

⁴² Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito"; "Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

⁴³ É o que determina o artigo 991 do Código Civil de 2002: 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.

interna corporis, ou seja, dentro das relações contratuais estabelecidas entre os sócios.

O outro tipo societário não personificado é a sociedade em comum, objeto de análise deste trabalho. É a sociedade que não leva ao órgão de registro o seu ato constitutivo. De acordo com o Código Civil de 2002, até que sejam inscritos os atos constitutivos da sociedade, seja ela de qualquer tipo, apenas com exceção da anônima em organização, a sociedade se considera não personificada, chamada pelo Código de sociedade em comum⁴⁴.

Conforme exposição anterior, a sociedade pode iniciar a sua existência fática em momento anterior ao arquivamento dos atos constitutivos. A partir do momento que os sócios começam a integrar os seus esforços individuais em torno de um escopo comum, já se tem sociedade. E se essa agremiação tem por objetivo a prática de atos organizados e profissionais, para produção e circulação de bens ou serviços, objetivando lucro, então haverá uma sociedade empresária. A empresa já pode existir, funcionando por meio da sociedade então estabelecida.

A sociedade em comum, contudo, é diferente da sociedade regularmente constituída. A sociedade empresária estará regularmente constituída quando arquivar os seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis, as Juntas Comerciais dos entes da Federação. Este ato dá publicidade e regularidade de atuação à sociedade, fazendo nascer também a personalidade jurídica deste novo ente, agora um novo sujeito de direito, distinto da pessoa de seus sócios e que terá autonomia e independência nas relações jurídicas.

O arquivamento do ato constitutivo é o critério que distingue as sociedades em personalizadas e não personalizadas. É a linha divisória. Feito o arquivamento, a sociedade adquire personalidade e o status de pessoa jurídica, conforme se verifica nos artigos 45 e 985 do Código Civil de 2002.⁴⁵ Em verdade, com ou sem o arquivamento dos atos, a sociedade pode se constituir a partir da união de interesses e esforços dos sócios e existir no plano fático, tendo em vista que é o ajuste entre os sócios em prol de um objetivo comum que dá início à sociedade.

⁴⁴ Artigo 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

⁴⁵ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo; Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Contudo, para o direito brasileiro, a existência regular da sociedade se inicia somente com o arquivamento dos atos constitutivos.

Aqui, desde já, se é possível distinguir entre a existência regular e a existência fática, que se visualiza no plano do ser, da existência no mundo exterior. A sociedade em comum está no plano da existência, existe de fato e, por ser uma situação que se apresenta relevante aos olhos do legislador, foi objeto de regulamentação pelo Código Civil de 2002.

Este estudo prioriza a análise da sociedade empresária em comum, deixando de focar as sociedades simples sem registro. A regulamentação do Código Civil de 2002 contempla e incide sobre ambos os tipos⁴⁶. Sem deixar de mencionar que o cotejo entre a sociedade simples e a sociedade empresária parece ter pertinência básica apenas na questão do local do registro e no regime de insolvência a ser aplicado.

O que se quer dizer é que a sociedade em comum pode ser classificada como empresária ou como simples, mas elege-se a sociedade empresária em comum como fio condutor das reflexões desta dissertação.

Sociedade em comum é aquela que não inscreve seus atos constitutivos no órgão de registro competente⁴⁷. Nesse sentido o artigo 986 do Código Civil de 2002: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.”

Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008), as sociedades em comum são centros de imputação de interesses, dotadas de certa autonomia, que inclusive é reconhecido pelo ordenamento, mas que não conseguem atuar com a mesma amplitude e independência que as sociedades que levam seus atos constitutivos a registro e se tornam pessoas jurídicas.

⁴⁶ São esclarecedoras as palavras de Gonçalves Neto: No mais, à sociedade em comum aplicam-se as disposições relativas à sociedade simples. Apesar disso, a sociedade em comum não é uma sociedade simples ou empresária, mas a vala comum das sociedades que não logram registro no órgão próprio (Junta Comercial, Ofício do Registro Civil de Pessoas Jurídicas, ou, ainda, a OAB no que respeita à sociedade de advogados); é, mais propriamente, um terceiro gênero, que pode abrigar ambas (GONÇALVES NETO, 2008, p. 138).

⁴⁷ Durante a tramitação do Projeto de Código Civil, foi apresentado, pelo Conselho Federal da OAB uma série de sugestões de emendas, trabalho que foi capitaneado pelos juristas Arnoldo Wald e José Lamartine Corrêa de Oliveira. Dentre essas emendas, registra-se a de nº 20 ao livro que tratava do Direito de Empresa, onde se sustentou: “O Capítulo II seria denominado *Da sociedade em constituição*, em vez de “da sociedade em comum”, que não tem sentido próprio na terminologia jurídica brasileira”. (WALD; OLIVEIRA, 1984, p. 115).

Cabe ressaltar que as sociedades por ações em organização não se enquadram como sociedades em comum, por expressa ressalva do mencionado artigo 986. A sociedade por ações em constituição tem por característica a transitoriedade, ou seja, há um projeto para subscrição das ações e formação do capital social, para que então possa ser regularmente constituída a companhia. Não se trata de situação perene, mesmo porque há um prazo para a subscrição do capital social, que não cumprido inviabiliza a formação da sociedade.

É exatamente o contrário do que pode ocorrer, por exemplo, com uma sociedade em comum, uma pretensa limitada, por exemplo, cuja situação de ausência de arquivamento do contrato social, ou mesmo de criação deste, pode se eternizar no tempo. Há ainda o reforço de Gonçalves Neto (2008), no sentido que até que ocorra a constituição da sociedade por ações, as contribuições dos subscritores não podem ser consideradas como um patrimônio conjunto (como ocorre na sociedade em comum), não podendo os fundadores se valerem de tais contribuições dos futuros acionistas para levar a cabo os atos de constituição, atuando eles, fundadores, em nome pessoal.

Razão pela qual em nenhuma hipótese uma sociedade anônima em formação será considerada sociedade em comum, mas tão somente uma companhia em constituição.

O termo sociedade em comum não é novidade do Código Civil de 2002, porque a expressão já se mostrava presente em dispositivos do Código Comercial, ao passo que a doutrina também já fazia uso da terminologia⁴⁸. Na vigência do Código Comercial, aquelas sociedades empresárias que não levassem seus atos constitutivos ao órgão de registro, eram denominadas sociedades de fato ou sociedades irregulares.

O citado diploma não trazia regulamentação explícita sobre as sociedades sem registro, como ocorre agora no Código Civil de 2002, mas previu dispositivos relativos à prova da existência dessas sociedades⁴⁹. Os dispositivos visavam

⁴⁸ Nesse sentido, Fran Martins (1977).

⁴⁹ Por exemplo, o artigo 304, que tinha a seguinte redação: Art. 304. São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que 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 comércio (artigo nº. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade. O artigo 305 estabelecia atos que se presumiam típicos de uma sociedade comercial: Art. 305. Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercite atos próprios de sociedade, e que regularmente não se costumam praticar sem a qualidade social. Dessa

permitir aos terceiros e, em especial, os credores da sociedade sem registro, provar a sua existência, através da indicação de determinadas condutas que seriam típicas e próprias de uma sociedade ou de quem faça parte dela.

Dessa forma o Código Comercial estabelecia que o teor do contrato social deveria ser registrado e que se isso não ocorresse, não haveria validade entre os sócios ou perante terceiros, mas possibilitava a estes exercer suas pretensões em face de todos os sócios da sociedade sem registro, que responderiam pelas obrigações sociais de forma solidária⁵⁰.

A revogada lei falimentar, Decreto-Lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945, também trouxe alguma indicação sobre tais sociedades, conforme se observa no artigo 8º, III, que menciona sociedade sem contrato.⁵¹

Esse era o contexto de análise da sociedade comercial sem registro na vigência do Código Comercial, sendo tais sociedades objeto de regulamentação na perspectiva de proteção aos terceiros que com ela contratavam, notadamente, empregados e credores. Diante da ausência de arquivamento dos atos constitutivos, a sociedade existia e, diante da ausência de personalidade jurídica, o ordenamento previa a responsabilidade solidária dos sócios pelas obrigações.

Na vigência do regramento anterior, a doutrina se dividia quanto à terminologia da sociedade que não levava seu contrato social a registro. A distinção se fazia entre os termos “sociedade de fato” e “sociedade irregular”⁵².

natureza são especificamente: 1 – Negociação promíscua e comum; 2 – Aquisição, alheação, permutação ou pagamento em 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 um administrador ou um 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 social; 8 – O uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9 – O uso do nome com a adição – e companhia.

⁵⁰ É a letra do artigo 301 do Código Comercial: Art. 301 - O teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade (artigo nº. 10, nº 2), e se esta tiver outras casas de comércio em diversos distritos, em todos eles terá lugar o registro.

As sociedades estipuladas em países estrangeiros com estabelecimento no Brasil são obrigadas a fazer igual registro nos Tribunais do Comércio competentes do Império antes de começarem as suas operações.

Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (artigo nº. 304).

⁵¹ O Decreto-Lei n. 7661/45, estabelecia em seu artigo 8º, III, o seguinte: Art. 8º. O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração de falência, expondo as causas desta e o estado de seus negócios, e juntando ao requerimento: (...) III – o contrato social, ou, não havendo, a indicação de todos os sócios, suas qualidades e domicílios, ou os estatutos em vigor, mesmo impressos, da sociedade anônima.

Nesse sentido, Waldemar Ferreira (1947) acreditava que a denominada sociedade de fato era aquela sem contrato, que se ajustava verbalmente, ao passo que a sociedade irregular era a que possuía contrato escrito, mas não levado a registro:

Ajuntando-se para o exercício em comum da atividade mercantil, sob firma ou razão social, deixam os sócios, muitas vezes, de reduzir a escrito seu ajuste. Convencionam o objeto do empreendimento. Estipulam a parte ou quota de cada qual, com recursos e trabalho, senão sómente (sic) com aquêles (sic) ou com êste (sic), fixando o montante do capital ou fundo comum. Dividem, de acordo com as capacidades individuais, as atribuições, quando não igualadas e exercidas conjuntamente. A sociedade, assim constituída, vive, funciona e prospêra (sic). Mas vive de fato. Como sociedade de fato se considera.

Outras vezes, ela se organiza por escrito. Articulam-se os dispositivos da lei social. O contrato, porém, não se arquivava no registro público do comércio. A sociedade como irregular se reputa (FERREIRA, 1947, p. 284/285).

O citado mestre ainda complementa que a sociedade de fato é nula, porque lhe falta o contrato escrito e arquivado, instrumento que lhe daria vida no mundo jurídico, concluindo também, que as sociedades de fato, assim como as sociedades irregulares, são mera comunhão de bens e interesses, porque os sócios respondem solidariamente pelas dívidas. Mas reconhecia este autor que em termos práticos, não se justificava a distinção (FERREIRA, 1947).

Carvalho Mendonça (1954) registrou que as sociedades irregulares são as que funcionaram sem o cumprimento das formalidades legais de constituição, registro e publicidade dos atos; ao passo que a sociedade de fato seria aquela eivada de vícios que levam à sua nulidade, apesar de ter funcionado e contratado no mundo mercantil.

O autor em referência considera que mesmo tendo havido registro do ato constitutivo, se a sociedade é portadora de vícios graves, será considerada sociedade de fato, apesar da ocorrência do registro. Esta é a interpretação que se extrai do insigne autor (MENDONÇA, 1954). Seria a situação, por exemplo, de uma sociedade que se forma unicamente com sócios absolutamente incapazes, sem qualquer tipo de representação; ou quando esta venha se dedicar a algum objeto

⁵² Lamartine de Oliveira ainda noticiou um terceiro gênero, que corresponderia a situações de simulação, como no caso de um certo negócio jurídico disfarçado de sociedade, que o citado professor exemplifica com um contrato de trabalho ou de prestação de serviço com participação do empregado ou prestador de serviço nos lucros (OLIVEIRA, 1979).

ilícito. Ou no caso de sociedades que dependam de autorização⁵³ e venham a funcionar sem esta.

Se a análise, contudo, se refere à ausência do registro e publicidade de tais atos, está-se diante da sociedade irregular. A falta de registro não é causa de nulidade das sociedades (apenas da sociedade anônima e comandita por ações), gerando apenas a sua irregularidade (MENDONÇA, 1954).

Para outros autores, não fazia sentido a distinção entre as duas expressões, como é o caso de João Eunápio Borges (1967), que se utilizava apenas da expressão *sociedades irregulares* em seus estudos: “irregulares são as sociedades que se contratam verbalmente ou as que, embora contratadas por escrito, não arquivaram o respectivo ato constitutivo no Registro do Comércio” (BORGES, 1967, p. 273). Afirmava que a expressão “de fato” dava idéia de algo fora do domínio jurídico, razão pela qual preferia a expressão sociedade irregular, significando, conforme já dito, as sociedades sem registro, possuísem ou não contrato escrito (BORGES, 1967).

Para Malagarriga (1951):

Uma sociedade é irregular quando em sua constituição não tenham sido observadas as condições e formas exigidas pela lei. Há consentimento, este não possui vícios, todos os sócios são capazes, o objeto é lícito, são estabelecidas as bases para a formação do fundo comum e até podem ter sido estabelecidas as estipulações especiais para a distribuição dos lucros e das perdas; porém, ao contrário, não foi dado cumprimento às exigências meramente formais (tradução nossa).⁵⁴

O citado autor trabalha a distinção entre sociedades irregulares e de fato, colocando esta última como espécie da qual a primeira é gênero, pontificando que a distinção possui pouca ou nenhuma importância prática, devido à submissão de ambas ao mesmo regime legal e jurisprudencial (MALAGARRIGA, 1951).

Lamartine de Oliveira (1979) também defende que não há qualquer relevância na distinção entre sociedades irregulares e sociedades de fato. Ele acredita que

⁵³ O Código Civil de 2002 cuida das sociedades dependentes de autorização nos artigos 1.123 a 1.141, versando sobre a sociedade nacional e a sociedade estrangeira.

⁵⁴ Una sociedad es irregular cuando en su constitución no han sido llenadas las condiciones de forma exigidas por la ley. Há mediado el consentimiento, este carece de vícios, todos los sócios son capaces, el objeto es lícito, han sido establecidas las bases para la formación del fondo común y hasta pueden haber sido también hechas estipulaciones especiales para la distribución de las ganancias y las pérdidas; pero, en cambio, no se ha dado cumplimiento a las exigências meramente formales (MALAGARRIGA, 1951, p. 655).

nesse caso, todas são sociedades irregulares e que de alguma maneira, todas funcionaram de fato durante algum tempo.⁵⁵

Para Fran Martins (1977) deve persistir a distinção entre sociedades de fato e sociedades irregulares. Ele apresentou uma nova perspectiva, após sua reflexão pessoal sobre o assunto, indicando que as sociedades de fato são aquelas que têm contrato verbal ou escrito, mas sem o arquivamento do mesmo; e a sociedade irregular é aquela que formaliza o registro e, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social⁵⁶. Complementa dizendo que a existência do contrato escrito, indicando as responsabilidades dos sócios serviria apenas como elemento de prova para os sócios e entre eles, sem qualquer reflexo em relação a terceiros, que poderiam provar tal existência segundo os artigos 304 e 305 do Código Comercial.

Em síntese, Fran Martins (1977) confirma que as sociedades de fato não possuem personalidade jurídica e que as sociedades irregulares, por estarem na condição de irregularidade, não perderiam a personalidade jurídica, salvo se ocorresse a sua extinção. Vale mencionar mais uma vez que estes entendimentos doutrinários foram trabalhados e desenvolvidos na vigência dos dispositivos do Código Comercial.

Modernamente, Eduardo Goulart Pimenta (2001) acompanhou esse entendimento, citando hipóteses que poderão provocar a irregularidade da

⁵⁵ O argumento de José Lamartine é o seguinte: Desde logo porém fique claro que, em companhia de boa parte da doutrina atual, negamos qualquer relevância à distinção terminológica entre sociedades *irregulares* e *de fato*, expressões que empregaremos indiferentemente. Aduzimos um argumento: é o registro (CC, art. 18) que estabelece a fronteira entre as sociedades regulares e as irregulares: irregulares serão as sociedades que não se registraram embora tenham contrato escrito e irregulares serão as que funcionam com base em entendimento meramente verbal entre seus componentes. (OLIVEIRA, 1979, p. 230). Aqui o autor faz referência ao artigo 18 do Código Civil de 1916.

⁵⁶ De acordo com Fran Martins: Como já foi dito, autores procuram fazer a distinção entre as sociedades de fato, e as sociedades irregulares: as primeiras seriam as que funcionam sem quaisquer documentos em que baseiem a sua atuação e as segundas as que, tendo um contrato escrito, deixam de arquivá-la no Registro de Comércio. Também partilhamos desta opinião (*Curso*, 4.^a ed., n.º 230), mas um estudo mais demorado nos leva, hoje, a pensar de maneira diversa. Para nós, quer a sociedade tenha os atos constitutivos escritos e não arquivados, que resulte apenas de atividade comercial em comum, com ânimo societário, teremos uma *sociedade de fato* e não uma *sociedade irregular*. Esta será a sociedade que se organiza legalmente, arquia os seus atos constitutivos no Registro do Comércio, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (por exemplo: uma sociedade em comandita simples por prazo determinado ultrapassa esse prazo sem renovar o contrato social; continua nesse caso a sociedade a funcionar *irregularmente*, perdendo os sócios que limitaram sua responsabilidade, ou sejam, os sócios comanditários, esse benefício, tornando-se ilimitadamente responsáveis); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (não possui livros obrigatórios, não levanta o balanço anual). Já a sociedade *de fato* não chegou a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro de Comércio. (MARTINS, 1977, p. 268).

sociedade, como a não comunicação aos órgãos do registro de alguma alteração no quadro societário. Para o citado autor, nessas circunstâncias, existe apenas irregularidade na sociedade, fato que não é suficiente para retirar desta a personalidade jurídica outorgada pelo registro do ato constitutivo.

Procurando encontrar subsídios para trazer tal discussão para os dias atuais, cabe indagar se a sociedade em comum é sociedade de fato ou sociedade irregular? Parece razoável considerar em vigor tal distinção terminológica?

A “Jornada de Direito Civil”, conjunto de estudos que pairam sobre a interpretação dos artigos do Código Civil, organizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em sua primeira edição, aprovou o enunciado de nº 58, que tem a seguinte redação: “Enunciado 58. Artigo 986 e seguintes: A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular”.

Reside aqui, o entendimento segundo o qual, as regras da sociedade em comum se direcionam tanto às sociedades de fato como às irregulares. No mesmo sentido, a opinião de Marlon Tomazette (2009), que pontifica ser a sociedade irregular sinônimo de sociedade de fato, agora, sociedade em comum.

Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008), ainda persiste a distinção entre a sociedade irregular e a sociedade de fato, pela análise que faz do artigo 987 do Código Civil de 2002⁵⁷. Segundo ele:

A partir do art. 987 pode-se dizer que a sociedade em comum insuscetível de comprovação escrita é uma *sociedade de fato*, que se caracteriza pela circunstância de os sócios não terem como invocar as relações jurídicas que possam ter ajustado entre si ou com terceiro. Dela diferencia-se a *sociedade irregular*, também sociedade em comum, porque sem registro, em que há prova escrita de sua existência (contrato ou qualquer outro documento que revele o ajuste), que faculta aos sócios invocar as relações jurídicas documentadas entre si ou havidas com terceiros. Aludo a relações documentadas porque, sendo a sociedade provada por documento diverso do instrumento contratual, só as cláusulas nele materializadas é que têm eficácia relativamente aos sócios.

Continuando o seu raciocínio, Gonçalves Neto (2008) esclarece que a distinção se limita à definição dos direitos e obrigações existentes entre os sócios e, destes com terceiros. No que se refere às relações da sociedade em comum com terceiros, não subsiste a distinção, sendo o tratamento legislativo único.

⁵⁷ Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Parece que o Código Civil de 2002 se apega apenas ao fato da ausência de registro do contrato social para qualificar a sociedade como “em comum”. Tenha ou não contrato escrito, não havendo registro, ter-se-á uma sociedade em comum e por tais regras será disciplinada. A situação de prova da existência da sociedade, seja prova que socorra a sócios ou a terceiros, não é o fundamento adequado para se debater a distinção estabelecida anteriormente pela doutrina, em torno das sociedades de fato e irregular.

O mencionado artigo 987 traz regramento sobre matéria de prova, matéria, na verdade, processual, que estabelece como eventuais interessados, em um processo, devem se comportar quanto à distribuição do ônus probatório acerca da existência da sociedade em comum⁵⁸. A distinção outrora desenvolvida na doutrina se fundava na existência ou não de contrato social escrito, sem maior relevância para a questão da prova de existência de tais sociedades.

Quanto ao termo sociedade irregular, acertados os entendimentos de Fran Martins (1977) e Eduardo Goulart Pimenta (2001), no sentido de que a sociedade empresária será irregular quando, mesmo tendo levado o ato constitutivo a registro, pratica ou deixa de praticar, posteriormente, atos que venham gerar alguma irregularidade no tipo societário. A irregularidade da sociedade não lhe retira a personalidade jurídica, adquirida no momento do registro.

A sociedade regular poderá tornar-se irregular e, nesse contexto, poderá estar sujeita ao regramento jurídico próprio das sociedades em comum. Vale dizer, que os sócios terão responsabilidade pessoal por dívidas da pessoa jurídica, em situações e obrigações específicas, no caso de violação de dispositivos legais relativos à constituição e funcionamento, isso porque, repita-se, a sociedade irregular não perde a sua personalidade jurídica (CATEB, 2004).

Assim, quando se fala em sociedade em comum, se está abordando a sociedade que não efetua o arquivamento do seu ato constitutivo, seja ele existente ou não, escrito ou verbal. É a sociedade empresária que não cruza a linha divisória do registro. Esta é a melhor interpretação que deve direcionar o estudo da sociedade empresária em comum.

⁵⁸ Há interessante estudo sobre a dinâmica da distribuição do ônus probatório estabelecida no artigo 987 do C.C/2002, em tese que visualiza inconstitucionalidade na restrição probatória aos sócios da sociedade em comum, desenvolvido por Henrique Lanza Neto (2008). Arnaldo Rizzardo (2007) vê incoerência na redação deste artigo, não se justificando segundo ele, que haja restrição aos sócios quanto aos meios de se provar a existência da sociedade.

Passa-se agora às principais características e nuances da sociedade empresária em comum, com especial enfoque no tratamento dado pelo Código Civil de 2002.

4.2. Sociedade em comum: características e tratamento legislativo

Conforme visto, a sociedade surge a partir de um pacto, de uma avença estabelecida entre os sócios. Nesse sentido é a orientação do artigo 981 do Código Civil de 2002, quando afirma que celebram contrato de sociedade as pessoas que agregam esforços, bens e capital em torno de um objetivo comum. Então, pode-se afirmar que a sociedade começa a existir a partir do momento em que os sócios começam a praticar atos que os privilegiam e que se direcionam em torno de um empreendimento comum. Quando os atos dos sócios se organizam no sentido de proporcionar êxito e prosperidade a um empreendimento, surge a sociedade.

A sociedade pode iniciar sua existência em momento anterior ao registro de seus atos constitutivos, desde que os sócios estabeleçam entre si um contrato, um acordo de vontades no sentido de colocar em funcionamento uma atividade que será comum e que se consubstanciará em centro de imputação de interesses daqueles sócios. Essa avença pode ou não ser escrita e tal fato irá gerar reflexos na sistemática de comprovação da sociedade. Nessa perspectiva, mesmo sem o contrato escrito, já haverá sociedade em comum (GONÇALVES NETO, 2008).

Se o fim preconizado pela sociedade que começa sua formação estiver inserido na atividade própria de empresário, artigo 966 do Código Civil de 2002 e seu parágrafo único, esta será empresária. Assim pode haver sociedade em comum empresária e sociedade em comum simples.

Se esta sociedade arquivar os seus atos de constituição, se tornará pessoa jurídica. Com o arquivamento, a sociedade torna-se regular. Visando dar tratamento legal às sociedades que hesitam em registrar seus atos constitutivos, o Código Civil de 2002 cuida, nos artigos 986 à 990, da sociedade em comum. Aplica-se a este tipo de sociedade, subsidiariamente e naquilo que não houver incompatibilidade, as

normas da sociedade simples, conforme determina o artigo 987 do mencionado Código.⁵⁹

De acordo com Gonçalves Neto (2008), a sociedade em comum é um centro de imputação de interesses, detentoras de certa autonomia, mas que não conseguem agir com a desenvoltura prevista para a sociedade que possui registro, ou seja, sociedade que se torna pessoa jurídica. Essa desenvoltura decorre principalmente da atribuição de personalidade jurídica pelo ordenamento, fazendo surgir um ente com status de pessoa.

A intenção e orientação da legislação é que todas as sociedades levem seus atos constitutivos ao arquivamento. Por isso que, inclusive chega-se a fixar prazo para a inscrição de tais atos⁶⁰, de forma que se os sócios deixam de praticar tal ato, assumem o risco ou o ônus de estarem vinculados a uma sociedade em comum e se submeterem a suas regras.

Ainda que haja, por exemplo, a confecção de um contrato social de uma sociedade limitada, se este documento não for encaminhado para registro, a pessoa jurídica não nascerá e os sócios estarão vinculados às regras e preceitos da sociedade em comum.

Se o arquivamento do ato constitutivo ocorrer de forma tempestiva, os efeitos do registro são *ex tunc*, retroagindo à data de elaboração do documento arquivado. Se for um pedido de arquivamento intempestivo, ou seja, após o prazo de 30 (trinta) dias da sua confecção, seus efeitos serão *ex nunc*, de forma que no período entre a constituição da sociedade e o deferimento do arquivamento no Registro Mercantil, vigorará o regime jurídico dedicado à sociedade em comum. O mesmo se diga, obviamente, da sociedade que de forma alguma leva a registro seus atos constitutivos.

⁵⁹ Paulo Nader ainda acrescenta que: não obstante a referência do legislador seja à sociedade, o campo normativo se estende, no que lhes couber, às demais espécies de pessoas jurídicas (NADER, 2010, p. 218).

⁶⁰ Por exemplo, o artigo 998 do Código Civil de 2002, que trata das sociedades simples: Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente. E também o artigo 1.151, que cuida dos institutos complementares, ao dispor em seu parágrafo primeiro: Art. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado. § 1º. Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos. No mesmo sentido o artigo 36 da Lei 8934/94, Registro Público de Empresas Mercantis.

O arquivamento não pode ser entendido como condição de existência da sociedade, que pode surgir no mundo fático antes de se concluir as formalidade de sua regular e formal constituição, notadamente, redação de um contrato social e seu arquivamento. Este critério, repita-se, é unicamente para efeito de atribuição da personalidade jurídica. O ordenamento jurídico brasileiro penaliza os sócios que negligenciam o registro da sociedade de que fazem parte, o que irá implicar, conforme se verá, na responsabilização patrimonial destes.

A sociedade em comum não é apenas um centro de imputação de interesses. Pode ser um agente econômico, que se organiza em torno de uma atividade empresarial e que até mesmo assalaria colaboradores para a consecução do seu empreendimento. E dessa forma atua no mundo dos negócios, contrata, assume obrigações e se torna devedor ou credor nas relações jurídicas. Lapidar, nesse sentido, a observação de Maciel (2008):

Em resumo, tem-se por sociedades, associações e fundações de fato aquelas sociedades, empresas, que mesmo não apresentando o devido registro ou autorização, desenvolvem atividades mercantis, civis e jurídicas de forma geral, passíveis de constituírem obrigações e direitos, participando de relações jurídicas que devem ser resguardadas (MACIEL, 2008, p. 70).

E por existirem no plano fático, tais sociedades não são negligenciadas pelo ordenamento jurídico, que tenta-lhes estabelecer uma disciplina. Conforme pontifica Lamartine de Oliveira (1979)

De fato, reconhece-se a tais sociedades: um nome social, que resulta, no caso das dotadas de contrato escrito mas não registradas, do que consta no próprio instrumento; no caso das “criadas de fato”, de insígnia, de uso de papel timbrado, do declarado no momento de abertura de conta bancária, ou de qualquer outra circunstância; reconhece-se-lhes ainda sede ou domicílio e ainda um patrimônio, “ou pelo menos uma certa massa autônoma de bens e direitos, “patrimônio autônomo, pelo menos para os fins apenas da técnica contábil, admitida claramente pela prática a abertura de contas bancárias por parte de tais sociedades. (OLIVEIRA, 1979, p. 193)

Nítida a preocupação legislativa em se traçar uma estrutura, ainda que mínima, para as sociedades em comum, justamente para que referidos centros de imputação de interesses não sejam entendidos apenas como comunhão de bens como propunha o mestre Waldemar Ferreira (1958)⁶¹. Conforme observa Marcondes

⁶¹ Waldemar Ferreira se apega a expressão “sociedade em comum” que é utilizada no art. 304 do Código Comercial de 1850, que conforme visto autorizava os terceiros acionar a sociedade ou

(1970), a sociedade em comum, que na visão do Código Civil de 2002, é a sociedade no momento anterior à personificação, não é encarada como um produto que ele chama de “bastardo”, mas como um tipo societário alinhado no grupo das sociedades não personificadas.

É óbvio que estas sociedades irão apresentar diversas dificuldades para atuarem no mundo dos negócios. Dificilmente nos dias atuais conseguiram, por exemplo e, discordando de Oliveira (1979), contratar com instituição bancárias em seu nome, porque dificilmente serão feitos contratos de conta corrente ou concedidos empréstimos ou financiamentos a uma sociedade que não se estabeleça formalmente, com contrato registrado e número no cadastro nacional de pessoas jurídicas - CNPJ. Mas por certo que uma contratação com fornecedores, com funcionários, pode ser materializada sem que se exija fundamentalmente a formalidade do registro mercantil.

O mesmo se diga de relações com clientes, com consumidores, que poderão adquirir livremente os bens e serviços produzidos pela sociedade em comum. Não se pode negar que tais sociedades podem figurar como locadoras ou locatárias, possuidoras, beneficiárias de títulos de crédito. Igualmente poderão desenvolver e utilizar uma marca ou uma patente. Porque não dizer que a sociedade em comum pode agregar em torno de si um estabelecimento empresarial.⁶²

No mundo digital, estas sociedades poderão até mesmo ser titulares de IP (*internet protocol*), de domínios de internet, de e-mails corporativos. Podem vincular propagandas e fazer merchandising. Podem praticar diversas atividades.

Nesse contexto, se revela a importância do estudo da sociedade em comum, por ser entidade que poderá se dedicar à empresa, ou seja, se dedicar a uma atividade empresarial, no sentido de organizar os fatores de produção para o desenvolvimento de uma atividade econômica de produção e circulação de bens e

qualquer um dos sócios. Segundo este autor, a expressão “sociedade em comum” indica que o próprio Código Comercial não conseguiu vislumbrar na sociedade irregular (ou de fato) algo além da comunhão, já que confundiu as quotas de todos os sócios no fundo comum. Não fez desprender-se dêle (sic) a personalidade jurídica da sociedade ao permitir a ação de terceiros contra qualquer dos sócios em particular. Admitiu-lhes a solidariedade passiva, de molde a responder um pelas dívidas pelos outros contraídas em benefício comum. (FERREIRA, 1947, p. 287)

⁶² O artigo 1.142 do C.C/2002 define estabelecimento como: todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. A sociedade empresária também poderá ser “em comum”, na hipótese de não ter registrado seu ato constitutivo. Daí a titularidade desse tipo societário sobre o estabelecimento.

serviços e que, por conseqüência, também irá desenvolver uma função social no mercado⁶³.

A função social das sociedades não registradas, que em termos econômicos e estatísticos geralmente são chamadas de sociedades ou empresas informais, fica evidenciada na medida em que se apresentam dados que dão notícia da enorme quantidade de empreendimentos informais no Brasil. Veja-se que, independentemente do registro, o centro econômico, organizado e profissional para distribuição de bens e serviços pode se colocar em funcionamento, gerando renda e emprego.

Pesquisa realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com apoio do SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, sobre a “Economia informal urbana - ECINF”, coletou dados entre 1997 e 2003, estimando o número de pequenos negócios informais no Brasil. A pesquisa evidencia o vertiginoso aumento da atividade informal no País, demonstrando também que, geralmente, os empreendedores, somente após certa estruturação e dos primeiros sinais de êxito da atividade econômica, promovem a regularização jurídica das empresas⁶⁴.

⁶³ Sobre o tema da função social da empresa ver MAGALHÃES (2007).

⁶⁴ Esta pesquisa foi realizada em âmbito nacional e visou a verificação de empreendedores autônomos (que trabalham por conta própria) e os empregadores com até cinco empregados, incluindo todos os sócios desse empreendimento. Eis algumas de suas conclusões: sendo a Ecinf uma pesquisa por amostra de domicílios, os trabalhadores por conta própria e os empregadores foram entrevistados em suas moradias, abrangendo 54.595 domicílios localizados em áreas urbanas. Essa característica do levantamento permitiu captar informações sobre as condições de trabalho de todos os tipos de empreendedores acima, incluindo os que não dispõem de instalações próprias para atividades industriais, comerciais ou a prestação de serviços, constituindo o seu domicílio o local de apoio para as atividades econômicas que desenvolvem. Dada essa metodologia, a pesquisa abrangeu todo o espectro de atividades empresariais informais, incluindo, por exemplo, os vendedores ambulantes de roupas, de alimentos, de cosméticos, de bijuterias, etc, e os variados tipos de prestadores de serviços, como, cabeleireiros, eletricitas, pedreiros, motoristas, pessoas de apoio na área de informática, entre diversas outras atividades. (...) Chama-se a atenção para a conceituação de atividades empresariais *informais* nos levantamentos da Ecinf, uma vez que difere do conceito usualmente adotado. De acordo com o critério sugerido pela 15ª Conferência de Estatísticos do Trabalho, promovida pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, o IBGE considerou empreendimentos informais todas as unidades produtivas pertencentes a empregadores com até cinco empregados e a trabalhadores por conta própria, independentemente de possuírem constituição jurídica. Esse conceito de informalidade nos negócios visa refletir o conjunto de unidades produtoras de bens e serviços caracterizadas por iguais modos de organização e de funcionamento, tenham ou não registros em órgãos públicos. Em decorrência do critério adotado, uma parte das unidades produtivas constantes dos levantamentos da Ecinf dispõe de constituição jurídica e registro no CNPJ da Receita Federal (11,5% das empresas); essas unidades produtivas, embora juridicamente formais, apresentam as características de informalidade acima, como baixa escala de produção, baixo nível de organização e quase nenhuma separação entre o capital e o trabalho, tendo sido pesquisadas e analisadas pela Ecinf em conjunto com as empresas com baixo ou nenhum tipo de formalização. Nesse sentido, reconhecendo os diferentes graus de informalidade existentes, a pesquisa permite a análise das características econômicas que distinguem as empresas com registro

O Código Civil de 1916 não abordou o tema das sociedades em comum⁶⁵, tarefa que coube ao Código Comercial de 1850. O Código Civil de 2002, procurando disciplinar o direito societário brasileiro, buscou também traçar regulamentação para a sociedade sem registro dos atos constitutivos, a denominada sociedade em comum. Para Simionato (2009), a lei não acolheu positivamente as sociedades em comum, trazendo regramento que não incentiva a sua existência.

O legislador civilista parece acima de tudo querer proteger o terceiro que venha a contratar com uma sociedade em comum. É o que se denota do artigo 987 do Código Civil de 2002: “os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito pode provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”. Os terceiros têm amplos meios de provar a existência da sociedade em comum, não estando adstritos à prova escrita. Cabe então qualquer das modalidades e meios de prova preconizados pela lei, seja de direito material, de que se tem exemplo os artigos 212 à 232 do Código Civil de 2002 ou, também, pela disciplina da lei processual brasileira, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Vale como referência aquelas hipóteses que eram previstas no artigo 305 do Código Comercial de 1850, como a aquisição, alheação, permutação ou pagamento em comum ou o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social, sem prejuízo de outras situações mais modernas, como criação de *websites* e e-mails com o nome da sociedade.

O terceiro estranho às relações societárias, que eventualmente tenha contratado com a sociedade, por exemplo, pode provar por qualquer meio que a

(seja em órgãos federais, estaduais, municipais e outros tipos de formalização), em relação àquelas sem registro, ensejando análises comparativas do desempenho das firmas de cada grupo.” Com dados coletados entre 1997 e 2003, indicou que O número de microempresas empregadoras com até cinco empregados e de trabalhadores por conta própria evoluiu de 9.477.973 unidades, em 1997, para 10.335.962, em 2003 (crescimento de 9,1%). Por tipo de empresa, os trabalhadores por conta própria aumentaram em 11,6%, enquanto os empregadores diminuíram em 6,6%. Quanto ao número total de pessoas ocupadas nas empresas, passou de 12.870.421 para 13.860.868 (+7,7%); nas empresas dos trabalhadores por conta própria ocorreu aumento de 10,7% na quantidade de pessoas ocupadas, enquanto nas empregadoras houve redução de 7,7%. Dessas empresas, conforme visto, apenas 11,5% possuíam algum tipo de formalização jurídica. A pesquisa está disponível em [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/23E6A56185EB0C9F0325703C007F1478/\\$File/NT00A985E.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/23E6A56185EB0C9F0325703C007F1478/$File/NT00A985E.pdf).

⁶⁵ Talvez o único dispositivo que tratou do tema foi o artigo 20, em seu parágrafo 2º: As sociedades enumeradas no art. 16 que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos. Veja que o dispositivo cuida apenas da questão da responsabilização dos atos praticados pela sociedade que não viesse a registrar seus atos constitutivos, não dispondo nada sobre patrimônio, prova e responsabilidade dos sócios.

sociedade existiu, tendo então o direito de pleitear o cumprimento da obrigação, através da respectiva ação judicial, possuindo como garantia do adimplemento o patrimônio da sociedade em comum e também o de seus sócios (GONÇAVES NETO, 2008).

De acordo com Simionato (2009), ao analisar o caso, deve o magistrado se apoiar sobre as manifestações exteriores da sociedade, elementos que evidenciam a *affectio societatis*, que sejam capazes de criar nos terceiros a idéia, a aparência de estarem contratando diretamente com uma sociedade.

A possibilidade de se provar a existência da sociedade em comum teria pouca ou nenhuma utilidade prática se não houvesse possibilidade de se pleitear, em juízo, direitos em face dessa sociedade. Nesse contexto, o artigo 12 do CPC,⁶⁶ estabelece que as sociedades sem personalidade jurídica serão representadas em juízo pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

No que diz respeito às relações dos sócios entre si ou com terceiros, a norma do artigo 987 do Código Civil de 2002 caminha na mesma orientação do artigo 303 do Código Comercial.⁶⁷ Contudo, de acordo com Gonçalves Neto (2008), há uma importante diferença, no sentido de não se exigir agora a apresentação do contrato social escrito mas, apenas, prova escrita de que a sociedade tenha existido, bastando algum documento ou conjunto deles.

Dessa forma, quando os sócios precisarem provar a existência da sociedade, em situações ou litígios entre sócios ou com terceiros, precisarão ter indício documental escrito de que a sociedade tenha existido no plano fático. A prova ideal será, obviamente, um contrato social ou um ajuste de deveres e obrigações entre os sócios, mas na ausência deste, outros documentos escritos poderão fomentar o convencimento acerca da existência da sociedade.

Cumprido observar que a disciplina do Código Civil de 2002 está em sintonia com o artigo 12 do CPC, por permitir a comprovação da sociedade em comum, especialmente no interesse de terceiros e, também, para socorrer os sócios e a própria sociedade, tudo de acordo com a legitimidade ativa e passiva que esta irá possuir em termos processuais, podendo demandar e ser demandada judicialmente.

⁶⁶ Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens.

⁶⁷ Art. 303. Nenhuma ação entre sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do instrumento probatório da existência da mesma sociedade.

Sem esse complemento do direito processual, a regra do artigo 987 do Código Civil de 2002 seria inócua⁶⁸.

Essa é uma interessante reflexão a ser feita, porque a sociedade em comum pode figurar também no pólo ativo de uma relação processual. A interpretação do artigo 20, § 2º, do Código Civil de 1916, levava à idéia de que as sociedades, então denominadas irregulares ou de fato, poderiam figurar apenas no pólo passivo de uma ação judicial. Tal interpretação foi de encontro ao sistema de representação processual instituído pelo artigo 12 do CPC, que trouxe expressamente a possibilidade das sociedades não personificadas serem representadas ativa e passivamente. Conforme se observa, as sociedades em comum “podem ser sujeito ativo e passivo da relação processual, nas demandas sobre os negócios jurídicos que praticarem” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 74).

Mas apesar desta sujeição passiva no processo, cabe esclarecer como estão sistematizadas as questões relacionadas à responsabilidade patrimonial da sociedade em comum e também de seus sócios. Iniciando a análise do tema, tem-se o artigo 988 do Código Civil de 2002, que estabelece o seguinte: “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”. Verifica-se a expressão “patrimônio especial”, dando a entender se tratar de um patrimônio afeto à atividade econômica desenvolvida pela sociedade em comum.

Vislumbra-se que tal patrimônio é constituído como mais uma garantia aos terceiros que venham a contratar com a sociedade em comum, porque o Código indica que o acervo patrimonial da sociedade em comum deve ser apreendido como patrimonial capaz de solver dívidas contraídas pela sociedade em seus negócios, que irremediavelmente, irão ocorrer na seara empresarial.

⁶⁸ O magistério de Humberto Theodoro Júnior caminha no seguinte sentido: cuida o art. 12 da representação das pessoas jurídicas públicas e privadas, bem como das pessoas formais, dispondo que serão representadas em juízo ativa e passivamente: (...) VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; essas sociedades, “quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição” (art. 12, § 2º); podem ser citadas como exemplo de sociedades sem personalidade jurídica, além das irregulares, as sociedades em conta de participação (novo Código Civil, art. 991) e o consórcio de empresas (Lei 6.404/76, arts. 278 e 279); as primeiras agirão em juízo em nome do sócio ostensivo, e o último será representado na forma prevista no respectivo contrato, ou, sendo omissis, pelas instituições consorciadas (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 74). Paulo Nader trilha este entendimento, combatendo aqueles que reconhecem apenas capacidade processual passiva, pois se criaria situações injustas e que subverteriam o ordenamento processual, como por exemplo, numa situação em que a sociedade em comum necessitasse embargar uma execução. Arremata dizendo que: o princípio da capacidade processual, *ativa* e *passiva*, está presente no ordenamento jurídico pátrio e diferença não faz se a inserção se operou em lei processual e não em lei material. Não há, por outro lado, qualquer antinomia entre as leis adjetiva e substantiva, porque esta simplesmente nada dispõe a respeito. (NADER, 2010, p. 223)

Gonçalves Neto (2008), analisando este dispositivo legal, esclarece que tal patrimônio, em verdade, é formado apenas por bens. As dívidas da sociedade é que poderão ser executadas em face deste patrimônio. Argumenta ainda que:

O patrimônio especial, a que se refere o art. 988, é composto, portanto, pela somatório dos ativos vinculados ao exercício da atividade social. Ou seja, é aquele integrado pelos esforços e contribuições dos sócios, assim como pelos créditos oriundos de relações jurídicas existentes entre a sociedade e seus sócios, ou entre ela e terceiros, vinculado à satisfação das dívidas por ela assumidas em decorrência da atividade exercida (GONÇALVES NETO, 2008, p. 142)

Ainda se colhe na doutrina, que a sociedade em comum, pelo fato de não possuir personalidade jurídica, não possui autonomia patrimonial, ligada à própria atuação da pessoa jurídica, eis porque o chamado “patrimônio especial”, atribuindo a titularidade do mesmo aos sócios, em condomínio (TOMAZETTE, 2009).

O patrimônio especial da sociedade em comum pertence não à sociedade, mas ao seu conjunto de sócios, em comum. Observa-se que se trata de um patrimônio distinto daquele particular de cada sócio, como que afetado à atividade econômica da sociedade. Trata-se de patrimônio ligado à sociedade, cujos titulares são os seus sócios. Há um condomínio entre eles, um regime de compropriedade (GONÇALVES NETO, 2008).

Repita-se que, a intenção do legislador foi estabelecer um patrimônio afeto à sociedade que seja capaz de responder pelas dívidas e obrigações sociais, aumentando, em verdade, o sistema de garantia dos credores da sociedade em comum. Não obstante a responsabilidade solidária dos sócios, conforme se verá adiante, ainda se tem um patrimônio especial à disposição para o adimplemento das obrigações.

Inclusive, esta é a orientação da III Jornada de Direito Civil, conforme enunciado nº. 210 aprovado naquela ocasião: “O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência da personalidade jurídica”.

A sociedade, de certa forma, possui patrimônio próprio, autônomo, como ocorre com a sociedade empresária regular, após a integralização do capital social pelos sócios. Se quer dizer que, para aumentar a garantia de terceiros, as contribuições, bens e esforços dos sócios irão formar um patrimônio especial, em comum, pertencente aos sócios, no formato de um condomínio. Tal patrimônio,

apesar de ser denominado “especial”, tem todas as características de um patrimônio social.

Porque a sociedade em comum é, acima de tudo, a reunião de seus sócios em torno de uma atividade econômica. Tais sócios, detentores da titularidade deste patrimônio, são as pessoas que formam a sociedade, que viabilizam a sua existência e a atividade a que se proporem. O patrimônio, neste caso, pode até pertencer aos sócios, mas está a serviço da sociedade, do cumprimento das obrigações contraídas a partir do fenômeno associativo.

Na doutrina encontra-se voz contrária à idéia de ser o patrimônio especial um patrimônio de característica social⁶⁹. É preciso ter em mente, que a dinâmica do patrimônio especial, não prejudica a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios. São institutos distintos, que não se anulam, mas se conciliam. Chamar o patrimônio especial de “fundo social” (SIMIONATO, 2009), não retira a característica marcante de ser um patrimônio da sociedade, colocado para suportar os efeitos da sua atividade negocial, especialmente a de responder pelas obrigações perante terceiros.

O patrimônio especial “é um capital indispensável às operações societárias e responderá pelos atos de gestão (CC, art. 989), praticados por qualquer sócio, arcando com os débitos e obrigações sociais” (DINIZ, 2010, p. 173/174). A personificação da sociedade, não há dúvida, gera a separação patrimonial dos bens dos sócios em relação aos bens da sociedade, mas o mencionado patrimônio especial, formado pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios que se agregam em torno da atividade econômica da sociedade em comum, tornando-se patrimônio da sociedade. O Código Civil de 2002 não visa tratar a sociedade em comum apenas como comunhão ou, como mero negócio jurídico de pessoas físicas (sócios) com terceiros.

⁶⁹ Alega-se, por exemplo: ora, como um “patrimônio especial”, pode constituir “patrimônio social”, ou seja, bens sociais. É uma contradição frontal. Ou é patrimônio social, ou é patrimônio especial. É fictícia a divisão entre *patrimônio especial* e *bens sociais*. A regra é clara: os sócios da sociedade em comum respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações assumidas. Qualquer limitação é fictícia, mesmo que tal limitação tenha a denominação de “patrimônio especial” ou “benefício de ordem”. A responsabilidade dos sócios é integral, absoluta, inexorável. (SIMIONATO, 2009, p. 103). Outro exemplo é Amador Paes de Almeida, que é categórico ao afirmar que: por via de consequência, não dispõe de um patrimônio próprio, exclusivamente seu, devendo os credores acionar não a sociedade que inexistente juridicamente mas seus respectivos sócios, que, por sua vez, não poderão invocar o *beneficium excussionis*, solidários que são pelas operações e atos praticados. (ALMEIDA, 2010, p. 73).

Do contrário, não teria inserido a mesma no Título II, do Livro II, “Da sociedade”. Conforme se colhe do magistério de Sylvio Marcondes (1970), a definição e caracterização do patrimônio especial diz respeito às relações societárias, ao fenômeno da associação em torno de um atividade econômica em comum.

E a existência deste patrimônio diferencia a sociedade em comum da mera comunhão, como ocorre no direito alemão.⁷⁰ Dessa forma, ultrapassada fica a doutrina anterior, que via nas sociedades irregulares ou de fato apenas uma comunhão, como é o caso de Waldemar Ferreira (1947).

Complementando a regra do artigo 988 do Código Civil de 2002, tem-se o artigo 989⁷¹, no sentido de que os bens sociais, ou o patrimônio especial, responde por todos os atos de gestão praticados pelos sócios. Conforme se verá, os sócios poderão instituir um pacto limitativo de poderes e atribuições, que valerá em face de terceiros apenas se estes conhecerem tal pacto.

Ou seja, as conseqüências dos atos dos sócios recairão sobre o patrimônio especial da sociedade em comum. As obrigações contraídas em torno da atividade econômica da sociedade terão como garantia para o seu adimplemento os bens sociais. Eventuais credores, que tenham contratado com qualquer dos sócios, poderão acionar o patrimônio da sociedade.

Se o ato praticado por um dos sócios for ato de gestão, gerando no terceiro a crença ou a expectativa de que se trata de um ato de administração, então, este terceiro terá em seu favor a possibilidade de buscar a satisfação da sua obrigação junto aos bens sociais. Para Gonçalves Neto (2008), a regra prestigia a teoria da aparência⁷² e mais uma vez socorre o terceiro de boa-fé.

⁷⁰ A informação é de Alfredo de Assis Gonçalves Neto: Quis o legislador, com essa designação, mostrar, certamente, que tais sociedades não têm o mesmo regime jurídico da comunhão, à semelhança do que se verifica no direito alemão com a chamada comunhão em mão conjunta ou em mão comum, assim denominada por tratar o conjunto de bens assim formado de forma diversa daquela com que são regulados os bens em estado de comunhão. Na comunhão de mão comum, os pertences de diversos titulares (comproprietários ou companheiros) não podem ser objeto de atos de disposição isolados dos comunheiros ou comproprietários de cada quinhão ou parte ideal, que permanecem unidos enquanto afetados ao fim a que se destinam. (GONÇALVES NETO, 2002, p. 45).

⁷¹ Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deve conhecer.

⁷² Teoria da aparência, que possui base na boa-fé objetiva. Trata-se de proteção jurídica sobre os efeitos gerados por comportamentos ou atos praticados que sejam capazes de levar a parte contrária à crença de idoneidade e regularidade dos mesmos, fazendo crer também que a pessoa que os pratica possui poderes para tanto.

Os sócios poderão instituir cláusulas de limitação de poderes, que terão validade, a princípio, apenas internamente. Tal conteúdo possibilita aos sócios acionarem regressivamente o sócio que tenha extrapolado seus poderes. Buscando dar coerência ao sistema⁷³, o mencionado artigo 988 determina que caso o terceiro tenha conhecimento do pacto interno de limitação de poderes ou possa, ao menos dele conhecer, tal ajuste terá eficácia para isentar a sociedade nas obrigações assumidas pelo sócio que contratou ou geriu para além das suas limitações.

Nessa hipótese, não há outra interpretação: o terceiro terá que acionar apenas o sócio que com ele contratou, não havendo possibilidade de se buscar a satisfação da obrigação frente aos bens sociais. Frederico Simionato (2010) levanta voz contrária, sustentando que não se pode dar interpretação literal ao citado dispositivo, sob pena de se gerar prejuízo ao crédito e aos interesses do comércio. Contudo, o terceiro pode ter a intenção de fraudar ou prejudicar a sociedade em comum, praticando atos e negócios com sócio que sabe não ter poderes para tanto.

Na sociedade em comum, a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada⁷⁴. Conforme visto anteriormente, a evolução dos tipos societários esteve sempre relacionado com o anseio de se limitar as responsabilidades dos sócios pelas obrigações sociais. Nesse sentido é que surgiram as sociedades anônimas e as sociedades limitadas.

Na vigência do Código Comercial, a doutrina sustentava que as sociedades irregulares ou de fato tinham como nota essencial a possibilidade de se responsabilizar solidária e ilimitadamente os seus sócios pelo cumprimento das obrigações contraídas pela e em nome da sociedade. Nesse sentido, Waldemar Ferreira (1947), Carvalho Mendonça (1954) e João Eunápio Borges (1967).

A mesma orientação é verificada no texto do Código Civil de 2002. Apesar do patrimônio especial, os sócios são garantidores das obrigações da sociedade, respondendo de forma solidária e ilimitada. Contudo, foi previsto uma espécie de

⁷³ Há outros dispositivos no Código Civil que trilham esta orientação, relativamente às sociedades personificadas, como, por exemplo, regra das sociedades simples, igualmente aplicável às sociedades limitadas: Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

⁷⁴ Art. 990. Todos os sócios respondem solidariamente e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

benefício de ordem, para que em determinadas situações seja buscado, em primeiro lugar, o patrimônio da sociedade.

Os credores da sociedade em comum devem, em primeiro lugar, acionar o patrimônio especial. Esgotadas as tentativas de satisfação da obrigação junto ao patrimônio especial, estarão os credores autorizados a acionar o patrimônio particular dos sócios. O benefício de ordem previsto no artigo 1.024⁷⁵ do Código Civil de 2002 também se faz aplicável às sociedades em comum. Apenas o sócio que contratou pela sociedade é que estará impossibilitado de invocar o benefício de ordem.

O benefício de ordem, colocado à disposição dos sócios da sociedade em comum, está em consonância com a previsão do patrimônio especial da sociedade, evidenciando, mais uma vez, a idéia e o funcionamento de um patrimônio social. Dessa forma, com exclusão do sócio ou sócios que venham a contratar pela sociedade⁷⁶, a responsabilidade dos demais é, inegavelmente, subsidiária. Há autores que criticam esta opção legislativa⁷⁷, contudo, sem razão.

Não haverá na prática qualquer embaraço ou obstáculo a impedir os terceiros, eventuais credores da sociedade em comum, de verem adimplidas as obrigações contraídas por esta. Em primeiro lugar, deve-se buscar a satisfação das dívidas junto ao patrimônio especial da sociedade. Se este não for suficiente, ou não existir, os sócios responderão de forma solidária e ilimitada pelas obrigações⁷⁸.

Ou seja, de toda forma, há para os terceiros a possibilidade de acionar os sócios, responsáveis solidários e ilimitados. O que o Código Civil de 2002 fez foi

⁷⁵ Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.” Dispositivo que se complementa com o enunciado do artigo 596 do Código de Processo Civil: “Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. § 1º. Cumpre aos sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembaraçados, quantos bastem para pagar o débito; § 2º. Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

⁷⁶ Deve-se entender que os administradores não-sócios que venham a contratar pela sociedade assumem responsabilidade idêntica à dos sócios, ou seja, solidária e ilimitada. Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008) defende tal idéia, com apoio no artigo 1.011 do C.C/2002: Art. 1011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Além disso, privilegiam-se dessa forma as teorias da confiança e da aparência.

⁷⁷ Por exemplo, Amador Paes de Almeida (2010) e Frederico Simionato (2009).

⁷⁸ Interessante nesse sentido é o Enunciado nº 212, aprovado na III Jornada de Direito Civil, dando interpretação ao art. 990 do Código Civil de 2002: “Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens constrictos por dívida contraída em favor da sociedade, e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação, tem o direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a constrição”.

prever uma forma de se realizar a satisfação das obrigações da sociedade de maneira menos onerosa⁷⁹, atingindo os seus sócios, com exceção daquele que contratou pela sociedade, apenas no contexto da subsidiariedade.

E nisso se mostra a coerência legislativa entre instituir um patrimônio especial e fazer com que este responda em primeiro lugar frente aos compromissos da sociedade, atingindo-se os sócios somente na ausência ou insuficiência do patrimônio social, salvo, como visto, o sócio ou administrador que venha a contratar pela sociedade.

Eis, portanto, as principais regras e disposições relativas às sociedades em comum, as quais merecem destaque, sem sombra de dúvida, a questão relativa à prova de existência da sociedade, regra do artigo 987 do C.C/2002 e a instituição e reconhecimento de um patrimônio afeto à atividade econômica, denominado patrimônio especial, cuja titularidade é conjunta dos sócios.

Tal patrimônio é reconhecido na perspectiva de garantia aos terceiros que venham a contratar com a sociedade, sendo ativo econômico que visa suportar o adimplemento das obrigações da sociedade.

E devido à existência deste patrimônio, que possui natureza social, é que se institui o benefício de ordem em favor dos sócios, para que estes possam impor que o terceiro acione, em primeiro lugar, o patrimônio da sociedade, para só então, subsidiariamente, responderem por aquelas obrigações. Apesar da subsidiariedade, os sócios responderão de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais. Quem contrata pela sociedade, sócio ou administrador não sócio, não goza de tal benefício de ordem, podendo ser acionado diretamente.

A previsão do benefício de ordem em nada prejudica os terceiros que contratarem com a sociedade, mostrando-se razoável e coerente a sua adoção também para a sociedade em comum.

⁷⁹ Aqui cabe fazer um lembrete, no sentido que a satisfação das obrigações empresariais ocorrem, via de regra, pela via do processo de execução, sendo oportuno invocar o princípio da menor onerosidade da execução, positivado no art. 620 do CPC: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

5. A SOCIEDADE EM COMUM E A BUSCA DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Chega-se ao debate central deste trabalho, que objetiva analisar a existência da sociedade em comum como sujeito de direito e obrigações na ordem civil. O debate não é novo e desde longa data vem provocando os esforços de análise e hermenêutica da doutrina. Isso porque as sociedades em comum se comportam, em muitas situações, como pessoas, como sujeitos titulares de direitos e obrigações.

A doutrina sempre procurou estabelecer parâmetros razoáveis para enquadrar a existência e a atuação jurídicas das então chamadas sociedades irregulares ou de fato com a sistemática civil relativa à personalidade jurídica e capacidade civil. Daí a grande dificuldade em se encontrar um caminho harmônico e claro para esta análise, seja do ponto de vista sistemático ou do ponto de vista prático.

Apesar da construção dogmática em torno da pessoa jurídica, conceito dos mais importantes, úteis e afetos ao direito, existem entidades que, simplesmente, não são consideradas pelo ordenamento jurídico como pessoas, logo, não seriam sujeitos de direito, ou seja, os titulares de direitos e obrigações na ordem civil. Contudo, ao atuarem no mundo, participam de relações jurídicas, vinculam-se a obrigações, tornam-se credores e devedores, ou seja, agem como se pessoas fossem.

A verdade é que “no Direito Brasileiro, mas não só nele, há certos entes, certos organismos abstratos, que, considerados extrinsecamente, em seu conjunto, recebem, em alguns casos, o tratamento dado às pessoas jurídicas, embora não o sejam” (FIÚZA, 2006, p. 161).

A expressão mais comum e utilizada na doutrina para estas entidades é a de “entes despersonalizados”. Razão pela qual existe uma teoria dos “entes despersonalizados”, tão debatida e tão instigante do ponto de vista da ciência do direito, porque coloca em choque toda a construção dogmática existente em torno dos conceitos de pessoa jurídica, sujeito de direito, capacidade e entidades acolhidas e reconhecidas pelo ordenamento.

Aliás, este impasse, a aparente contradição no ordenamento jurídico pátrio, sempre fomentou as reflexões dos estudiosos. Razão porque se chegou a falar em

“crise da pessoa jurídica”, assunto abordado de forma exaustiva e brilhante por José Lamartine Correa de Oliveira, na sua obra “Dupla crise da pessoa jurídica”, de 1979.

O que sempre se buscou foi aferir qual a natureza jurídica desses entes despersonalizados ou, “não personalizados”. Não são pessoas jurídicas, nos exatos ditames do ordenamento jurídico brasileiro, mas ao atuarem no mundo, podem alcançar situações próximas ou bem peculiares às pessoas jurídicas.

Dentro desta categoria, sempre foram citados como organismos não personificados, o condomínio, o espólio, a massa falida, a herança jacente e o nascituro (MACIEL, 2008). Além destes, é claro, as sociedades irregulares ou de fato sempre compareceram nos estudos da teoria dos entes despersonalizados. Com o Código Civil de 2002, introduziu-se nova sistemática para as sociedades que não venham a adquirir personalidade jurídica devido a ausência de registro dos atos constitutivos. Tais sociedades, como visto, são denominadas pelo legislador como sociedades em comum.

A inovação do legislador civil renova o debate sobre o papel desempenhado pelas sociedades não personificadas, especialmente, a sociedade em comum. O objeto de análise deste trabalho é a sociedade empresária em comum, outrora chamada irregular ou de fato, figura recorrente nas análises dos entes não personalizados.

É preciso tentar estabelecer o que é a sociedade empresarial em comum, o que se propõe a fazer a partir de agora, uma vez passadas as linhas anteriores em que se buscou agregar e contextualizar os temas inerentes às pessoas jurídicas, às sociedades empresariais e ao regramento da sociedade em comum.

5.1. Ponto de partida: a sociedade em comum e os direitos da personalidade

Já foi visto anteriormente que o expediente da personificação concede à alguns entes coletivos, que o ordenamento considera como merecedores de tal tutela, o atributo da personalidade jurídica. Trata-se de expediente técnico legislativo, previsto nos artigos 45 e 985 do Código Civil de 2002. Eles dispõem sobre a existência legal das pessoas jurídicas e das sociedades, que se iniciam com o arquivamento dos seus atos de constituição.

O arquivamento, então, é a providência que separa as sociedades personificadas, as que se tornam pessoas jurídicas, das não personificadas, as que não o são. A questão que se coloca é a própria atuação dessas últimas, já que nada as impedem, por exemplo, de exercer a empresa e, nessa perspectiva, de firmarem negócios e contraírem obrigações.

Sobressai, então, a pergunta que coloca em xeque a não atribuição de personalidade jurídica as sociedades em comum: como podem essas entidades serem titulares de direitos e obrigações na ordem civil, se não são dotadas de personalidade jurídica?

A premissa básica para que alguém seja titular de direitos e obrigações é possuir personalidade. É justamente esta qualidade, esta aptidão, que possibilita-se figurar nas relações jurídicas. Se é partícipe de relações jurídicas, possui personalidade, o que por consequência lógica, significa dizer que existe pessoa, existe sujeito de direito.

Por que negar, então, personalidade à sociedade em comum, se ela é partícipe de relações jurídicas e, pode se tornar, por exemplo, devedora ou credora em negócios jurídicos? É possível enxergar incongruência no sistema que permite a titularização de direitos e obrigações a quem não é detentor de personalidade jurídica. É este o caso da sociedade em comum.

A doutrina, de modo geral, nega personalidade jurídica à sociedade em comum⁸⁰. Isso decorre, logicamente, da interpretação literal dos já mencionados artigos 45 e 985 do Código Civil de 2002, quando estes afirmam que a sociedade, espécie de pessoa jurídica, adquire personalidade com a inscrição dos seus atos no registro próprio.

Todavia, surgiram partidários da atribuição de personalidade às sociedades de fato, que hoje recebem a denominação de sociedades em comum. Trata-se, é óbvio, de interpretação que ultrapassa a simples leitura fria do texto legal, para enxergar na sociedade que vive de fato, sem o registro, uma entidade com características próprias da sociedade regular, de uma pessoa jurídica.

⁸⁰ Por exemplo, Waldemar Ferreira (1947), Maria Helena Diniz (2009), Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filha (2003), Caio Mario da Silva Pereira (2000), Arnaldo Rizzardo (2007).

Um dos defensores desta idéia foi João Eunápio Borges (1967), quando fazia interpretação dos artigos 16 e 20⁸¹ do Código Civil de 1916:

Acontece, porém, que afirmando em seu nº II a personalidade jurídica das sociedades mercantis, o art. 16 do Código Civil deixou expresso em seu § 2º que “as sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais”. Além disso, o § 1º do mesmo artigo esclarece que as sociedades que só poderão constituir-se por escrito e que, por falta de autorização ou registro, se não reputam pessoas jurídicas, são unicamente as sociedades civis, enumeradas em o nº I do art. 16.

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

Mesmo porque o § 2º do art. 20 não deixa subsistir a menor dúvida em torno da possibilidade de, independente do registro, serem as sociedades comerciais pessoas jurídicas.

E em face das leis comerciais, não há motivo para negar-se a personalidade jurídica das sociedades irregulares (BORGES, 1967, p. 278).

A fundamentação exposta acima se alicerça na premissa de que, o Código Civil de 1916, estabeleceu que apenas as sociedades civis deveriam se constituir por escrito, cabendo às leis comerciais regulamentar as sociedades mercantis. Além disso, o artigo 20, em seu parágrafo 2º, estabelecia que as sociedades (sejam elas civis ou comerciais), que não se tornassem pessoas jurídicas poderiam ser responsabilizadas pelos seus atos, inserindo-se a legitimidade passiva processual da sociedade irregular. Vale apenas esclarecer que, o autor analisado considerava as expressões sociedade irregular e sociedade de fato como sinônimas, para os fins do seu magistério.

Para João Eunápio Borges (1967), o Código Civil de 1916 nada dizia sobre as sociedades mercantis e ia além, ao lecionar que para os fins do direito comercial, a personalidade jurídica é, em essência, a possibilidade de se instituir autonomia patrimonial dos entes coletivos, quando a lei atribui existência distinta da de seus membros. Como a sociedade irregular também possui autonomia patrimonial, era em essência, pessoa jurídica, logo, dotada de personalidade (BORGES, 1967).

⁸¹ Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II – as sociedades mercantis; III – os partidos políticos. § 1º As sociedades mencionadas no nº I só poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 2, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a ser respeito neste Código, Parte Especial. § 2º. As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais. § 3º Os partidos políticos reger-se-ão pelo disposto, no que lhes for aplicável, nos arts. 17 a 22 deste Código e em lei específica; Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. § 1º (...). § 2º. As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos.

Complementando o argumento, aduziu que na sociedade irregular, quem sofre falência é a sociedade e não os seus sócios, porque é ela, sociedade, que adquire a qualidade de comerciante. Apesar da responsabilização solidária e ilimitada dos sócios, a falência incidiria sobre a sociedade, o que demonstra ser a sociedade irregular efetiva pessoa jurídica e não apenas parceria de comerciantes, pois, do contrário, quem sofreria falência seriam os sócios e não a sociedade (BORGES, 1967).

Outro interessante argumento por ele utilizado: a responsabilização dos sócios na sociedade irregular ocorre da mesma maneira que na sociedade em nome coletivo (BORGES, 1967). Assim, é que sobressai a seguinte conclusão:

Concluamos, pois, que o Código Civil nada afirma quanto à personalidade jurídica das sociedades irregulares mercantis e que, em face das leis comerciais, são elas pessoas jurídicas às quais a lei, no propósito de forçá-las a regularizar-se, impõe restrições e sanções semelhantes àquelas a que está sujeito o comerciante individual *irregular*, isto é, que deixa de inscrever ou registrar a sua firma no Registro do Comércio (BORGES, 1967, p. 279).

Algumas destas reflexões têm cabimento diante do novo regramento ora estabelecido. A questão da responsabilidade dos sócios, de fato, é idêntica na sociedade em nome coletivo e na sociedade em comum: os sócios respondem de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais. A sociedade em nome coletivo, contudo, foi disciplinada pelo Código como sociedade personificada⁸².

A autonomia patrimonial da sociedade em comum também se faz presente para o Código Civil de 2002, tanto que estabelece o *patrimônio especial* a responder pelas dívidas sociais, inserindo ainda o benefício de ordem em favor dos sócios não administradores.

Mesma direção seguiu Carvalho de Mendonça (1954), quando defendeu que as restrições legais existentes para as sociedades irregulares não lhes afeta a personalidade, já que tal sociedade é dotada de capacidade de direito e autonomia patrimonial⁸³. Também verifica na sociedade irregular o mesmo tratamento

⁸² A sociedade em nome coletivo está regulamentada nos artigos 1.039 a 1.044 do Código Civil de 2002. O art. 1.039 traz as principais características deste tipo societário: Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

⁸³ Argumenta que: as sociedades irregulares dispõem de patrimônio próprio; os credores particulares de cada sócio nada têm que ver com este patrimônio especial, nem pode elidir ou prejudicar os direitos dos credores sociais, aos quais o Código deu ação *contra essas sociedades*, facultando-lhes todos os meios, inclusive presunções, para a prova da sua existência (art. 305 do Código Comercial).

dispensado à sociedade em nome coletivo, no que diz respeito à responsabilidade dos sócios (MENDONÇA, 1954).

Talvez o maior entusiasta da idéia acima exposta seja José Lamartine Correa de Oliveira, na obra “Dupla Crise da Pessoa Jurídica” (1979). Esta obra analisa as entidades não personificadas, que não obstante a não atribuição de personalidade pelo ordenamento, vivem, atuam e titularizam direitos e deveres. Dentre essas entidades, dedicou especial atenção à sociedade irregular, cujas lições podemos transportar para a sociedade em comum.

A partir da análise do artigo 12 do Código de Processo Civil, o mencionado autor formulou a seguinte pergunta: “pode haver partes que não sejam pessoas”? Com apoio nesta indagação, evidenciou o que ele chamou de “crise no sistema das pessoas jurídicas”, tendo em vista que o mencionado dispositivo processual admite a presença em juízo, como parte, de entidades não dotadas de personalidade jurídica (OLIVEIRA, 1979).

Para este autor, a capacidade de ser parte em um processo é incompatível com a ausência de personalidade. Só se pode admitir como “parte” quem seja titular de um direito. E, de acordo com o sistema normativo, o titular de direito só pode ser uma pessoa (OLIVEIRA, 1979). Lamartine promove um cotejo entre autores do direito processual, cujas obras apontam para uma espécie de “personalidade judiciária”, e critica:

Essa conclusão evidencia que a contradição não foi superada e é a contra-prova do acerto de nossa crítica. Pois se é capaz de ser parte quem é apto, pelo Direito Material, a ser sujeito ativo e passivo de obrigações e direitos (ou quem possa, em tese, afirmar-se titular de direito, o que dá no mesmo) não tem sentido uma personalidade de Direito Processual a que não corresponda a personalidade de Direito Material (OLIVEIRA, 1979, p. 204).

Não se pode negar que, não obstante a sociedade em comum não ser dotada de personalidade jurídica, porque não preenchidos os requisitos legais para tanto, leia-se, o arquivamento dos seus atos constitutivos, participa ela de relações jurídicas, a já aqui vislumbrada relação processual. Como equacionar tal paradoxo? Conforme pondera e indaga Rodrigo Xavier Leonardo (2005), com as formas de representação do art. 12 do CPC, não estaria o ordenamento jurídico reconhecendo, de forma implícita, personalidade às entidades sem personalidade jurídica?

elas empregam a firma ou razão comercial; demandam e são demandadas. (MENDONÇA, 1954, p. 90)

Oportuno registrar também, a seguinte observação:

A capacidade de ser parte em juízo é, sem dúvida, o maior reflexo da capacidade de forma geral, pois constitui o poder maior de um ente jurídico, qual seja, o de requerer do Estado a tutela jurisdicional por uma pretensão que possui, oriunda de um direito. (MACIEL, 2008, p. 52).

A questão é realmente instigante, porque quando o CPC fala em representação da figuras indicadas no artigo 12, está dizendo que alguém estará em juízo representado processualmente outrem. Alguém que atuará não em nome próprio, mas em nome do representado. No caso da sociedade em comum, afirma a lei que ela será representada, ou seja, os direitos e deveres discutidos em juízo dizem respeito a ela sociedade e não ao seu representante.

Lamartine de Oliveira (1979) criticou a exegese literal que incidiu sobre os dispositivos do Código Civil de 1916 relativos ao momento em que se atribui personalidade jurídica aos entes coletivos, ou seja, ao registro dos atos constitutivos como marco divisor entre a personalidade jurídica e a ausência dela⁸⁴.

Lamartine de Oliveira (1979) defende que a análise do artigo 12 do CPC não pode se dar apenas com elementos do direito processual. Para ele, em caso de aparente contradição ou, a parte efetivamente não o é, em termos processuais, podendo isso decorrer de vícios ou, impropriedade de linguagem ou, a parte é sujeito de direito, é pessoa.

Lamartine de Oliveira (1979), com relação às sociedades irregulares, se posiciona no sentido de ser impossível equiparar a mesma à mera comunhão, porque a sociedade é assim caracterizada antes ou depois do registro. Argumentou também, que pelo teor do artigo 12 do CPC, não se pode negar às sociedades irregulares a capacidade de demandar e ser demandada processualmente. Com arrimo em análises jurisprudenciais por ele catalogadas, reconheceu que a capacidade de ser parte ultrapassa o contexto do processo, levando ao reconhecimento de titularidade de direitos, pretensões e obrigações (OLIVEIRA, 1979).

E conclui: “assim, entendemos ser a sociedade irregular verdadeira pessoa jurídica, embora com restrições à sua capacidade de direito” (OLIVEIRA, 1979, p.

⁸⁴ É evidente o caráter de crise do sistema. É essa problemática e essas tendências evidenciam. A tentativa de, por via legislativa, estabelecer o registro como a suprema barreira entre a personalidade e a não-personalidade termina por demonstrar sua ineficiência e impotência diante dos fatos e da vida, a imporem fronteiras mais amplas para a subjetividade jurídica (OLIVEIRA, 1979, p. 194).

241). A argumentação apresentada se mostra atual, diante da vigência do artigo 12 do CPC e pelo tratamento inovador dispensando pelo Código Civil de 2002 às sociedades em comum. De fato, parece não haver dúvidas sobre a possível presença das citadas sociedades no pólo ativo ou passivo de uma relação processual, bem como não se pode negar que as mesmas podem contrair ou serem titulares de obrigações.

Entretanto, deve-se ter cautela quanto a afirmar que a sociedade em comum é pessoa jurídica, porque não parece ser essa a solução mais razoável para o problema. Não é tão simples assim, afirmar que a sociedade em comum é pessoa jurídica, já que, é fato, não preencheu os requisitos para tanto e o sistema legislativo não lhe reconheceu tal condição.

Há quem sustente apenas a indisponibilidade de texto legal, no sentido de que os entes não personificados, incluindo a sociedade em comum, deveriam ser considerados pelo ordenamento como pessoas de direito, sendo o arquivamento dos atos constitutivos ato meramente complementar à sua formação (MACIEL, 2008).

Não se pode pretender resolver o impasse com a mera interpretação literal dos dispositivos legislativos que permeiam o assunto. Isso significaria retornar à velha escola da exegese⁸⁵ e ao primado do positivismo jurídico.

Norberto Bobbio esclarece que o positivismo “é o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei” (BOBBIO, 1995, p. 119). O positivismo jurídico foi relacionado ao primado da lei, esta entendida como direito inequívoco, completo, capaz de dar soluções a todas as questões e problemas da sociedade. Assim, a legislação estatal, representada principalmente pelos Códigos, constituir-se-ia num sistema fechado, suficiente e claro, sendo totalmente desnecessário e temerário qualquer trabalho de interpretação mais amplo dos preceitos normativos.⁸⁶

⁸⁵ A escola da exegese surge com o advento da codificação, especialmente com os códigos franceses do início do século XIX. A escola da exegese propunha o primado e a onipotência do texto legal, como se este fosse tão claro e preciso, que qualquer atividade interpretativa, para além do texto legal, seria imprópria ou desnecessária. Nas palavras de César Fiúza: em síntese, a Escola da Exegese entende ser a Lei fonte suficiente de todo o Direito, só podendo o intérprete recorrer a outras fontes por expressa permissão legal. A ilusão era a de ser possível uma leitura tão completa e isenta do texto da Lei, principalmente dos novos Códigos, a ponto de não haver necessidade de interpretação. Os Códigos não deixariam nada ao arbítrio do intérprete. A Lei estaria pronta e acabada. Não haveria mais quaisquer incertezas (FIÚZA, 2006, p. 102).

⁸⁶ Importante nesse sentido a lição de Tércio Sampaio: de modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de *positivismo legal*, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de

O impulso legislativo torna a lei fonte exclusiva e privilegiada do direito, sendo esta a representação racional e sistemática da experiência jurídica. A melhor representação de sistema foi exprimida com o fenômeno da Codificação, mas como adverte Bobbio (1995), mesmo nos países que não se utilizaram da codificação, como foi o caso da Alemanha e Inglaterra, ocorreu o fenômeno da supremacia da lei sobre as demais fontes de direito. O direito, representado pela norma posta pelo Estado, segundo o devido processo legislativo de sua criação, era a representação ideal do “jurídico”. Nada mais adequado e perfeito do que uma norma jurídica escrita, com conteúdo predeterminado e claro, a qual deveria ser apenas aplicada ao caso concreto.

Ainda com base na lição de Norberto Bobbio, pode-se afirmar que o positivismo jurídico tem como fundamento a visualização do direito como um fato, não como algo valorativo. Parte-se da premissa de que o direito é um apanhado de fatos, situações sociais, devendo o jurista analisá-lo da mesma forma que o cientista se debruça sobre a realidade natural. Direito não é valor ou emoção, é apenas fato social (BOBBIO, 1995).

Com relação à interpretação, parte que interessa em especial a este trabalho, adota o positivismo jurídico o método da subsunção, que pode ser chamado também de interpretação mecanicista. A atividade interpretativa não cria o direito, apenas declara aquilo que já vem consubstanciado na legislação positivada.⁸⁷ Percebe-se como é fácil o trabalho do intérprete no contexto do positivismo jurídico, uma vez que a resposta para todos os problemas, dilemas e conflitos da sociedade já estariam previamente discriminados na legislação. Assim, basta aplicar a lei ao fato e, através deste trabalho lógico dedutivo se tem a manifestação do direito a ser aplicado. Assim, está findo o trabalho do intérprete.⁸⁸

um sistema fechado, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 33).

⁸⁷ São de Norberto Bobbio os seguintes apontamentos: (...) o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica). Este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou um debate tremendo, chamado pelos alemães de batalha dos métodos (*Methodenstreit*) (BOBBIO, 1995, p.133).

⁸⁸ “De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzidos. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracteriza pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 34).

O tratamento legislativo especialmente dedicado à sociedade em comum, não personificada, não permite que este trabalho fique apenas na análise pura e simples do texto legal, ou nas palavras de Luiz Edson Fachin (2003), apreender o fenômeno jurídico apenas com base na sua exegese estrita e inóspita. Procura-se esmiuçar em que consiste a natureza jurídica dessa entidade coletiva, para então se defender a presença ou não de personalidade jurídica na sociedade em comum.

Apenas afirmar, ou melhor, confirmar o texto legislativo, para dizer: a sociedade em comum, é óbvio, está disciplinada no artigo 987 do Código Civil de 2002, não é pessoa porque não possui personalidade jurídica.

Para tanto, busca-se a partir de agora identificar se a sociedade em comum, pelas suas características, deveria ser considerada pessoa para os fins do direito, o que levaria a incongruência ou desacerto do texto legal ou, se ao contrário, é possível colocá-la em outra categoria, ou ainda, para afirmar que em verdade não há qualquer engano ou incongruência sistêmica na regulamentação desse ente.

Deve-se buscar algo que possa ser pensado e justificado, sempre na perspectiva de se eleger qual a idéia que melhor se ajusta a esta entidade coletiva, tão viva, presente e dinâmica no mundo jurídico.

5.2. Pessoa de direito, sujeito de direito ou ente não personificado: onde repousa a sociedade em comum?

Busca-se agora responder a indagação que paira acerca da natureza jurídica da sociedade em comum. Há expectativa de que, descobrindo-se o que é a sociedade em comum, seja mais fácil analisar a questão correlata à personalidade jurídica deste ente coletivo.

De acordo com o que foi visto, há autores que sustentaram ser a sociedade sem registro, irregular (ou de fato, conforme o autor) verdadeira pessoa jurídica. o principal expoente, sem dúvida, José Lamartine Correa de Oliveira (1979). O mesmo se pauta na interpretação do art. 12 do CPC e em análises jurisprudenciais de sua época para chegar a esta conclusão. Lamartine vai além do *numerus clausus* do legislador, contrariando a lógica de se catalogar, expressamente, quais as entidades que serão ou não consideradas pessoas jurídicas.

O citado autor tenta demonstrar uma crise do instituto da pessoa jurídica. Para isso, tenta evidenciar que, se determinada entidade pode titularizar direitos e pode ainda, processualmente, defender tais direitos, há incongruência na construção dogmática em torno do assunto, o que leva, segundo ele, à inafastável conclusão de se considerar a sociedade irregular (leia, agora, sociedade em comum) dotada de personalidade jurídica, ou seja, verdadeira pessoa.

A crítica de Lamartine, conforme se nota, é contra o texto legislativo, defendendo que a sociedade é sociedade antes ou depois do registro. Atenuando um pouco a conclusão, sedimenta que a sociedade sem registro, apesar de verdadeira pessoa jurídica, possui restrições relativas à sua capacidade de direito, à sua capacidade para praticar determinados atos, tendo em vista que diversos atos não poderão ser praticados pela sociedade em comum (OLIVEIRA, 1979).

Observa-se crítica à legislação também em Fernando Antonio Barbosa Maciel (2008), segundo o qual, há premente necessidade de reforma legislativa, no sentido de ser estender à categoria dos entes não personificados o *status* de pessoa de direito. Sua tese é a de o registro dos atos constitutivos dos entes não personificados e, aqui, restringi-se apenas à sociedade em comum, é ato apenas complementar de sua formação. Sua conclusão é a seguinte:

Assim, não vemos outra explicação para não serem pessoas de direito o nascituro, a herança jacente, o espólio, e os demais entes não personificados, se não a mera e simples indisponibilidade do texto legal em dizê-lo, já que do próprio sistema jurídico moderno nasceu essa urgência. (MACIEL, 2008, p. 103).

Maciel (2008) parece reforçar e complementar as palavras outrora advogadas por Lamartine de Oliveira (1979). Reconhecendo que sua idéia ultrapassa o texto legal, no que diz respeito à linha divisória do registro, fundamenta que pessoa de direito, na sua concepção,

As respostas às quais chegamos são as seguintes: são pessoas de direito as que apresentam os elementos da vontade, da individualidade, da capacidade judicial, ainda que não sejam reconhecidas como pessoas pela lei. A personalidade é anterior à lei, ao reconhecimento estatal, sendo necessário este reconhecimento tão-somente para fazer gerar os efeitos da personalidade no sistema jurídico. (MACIEL, 2008, p. 104)

Verifica-se que este autor considera a personalidade jurídica indissociável da pessoa de direito, declinando que a personalidade é um atributo inerente à pessoa

de direito. Por isso, pela via inversa, é possível dizer que considera, no caso específico da sociedade em comum, sendo ela pessoa de direito, é portadora, logicamente, de personalidade jurídica. Salvo melhor juízo, é o rejuvenescimento da idéia precursora de Lamartine de Oliveira (1979), porém revisitada.

O que prejudica a construção teórica deste autor é o apego à legislação como única capaz de solucionar o impasse por ele proposto. Constata-se um certo apego pela lei, quando disserta sobre a indisponibilidade do texto legislativo e a premente necessidade de regular aqueles entes não dotados de personalidade jurídica.

Ora, não basta atribuir o *status* de pessoa, via texto legal, à sociedade em comum, para se dissipar os problemas relativos à interpretação e compreensão deste fenômeno jurídico. Mesmo porque é aceitável e razoável que existam certos dispositivos que reforcem ou incentivem as sociedades a registrarem seus atos constitutivos. A verdade é que, a partir do registro, goza a sociedade de uma gama esplendida de atributos e capacidades. E tal situação não pode ser refutada, porque importante ao tráfego jurídico.

A atividade interpretativa sempre está ou, sempre estará, presente em certa medida na análise dos fenômenos e institutos jurídicos, ainda que se julgue total precisão nos textos legais (ABBUD, 2006). Pode-se até sedimentar uma segurança jurídica talvez desejada, mas pela via oblíqua, acarretará um inevitável engessamento do sistema, aliado à insegurança no campo da atuação dos agentes econômicos.

Por isso, insista-se que não é igualando a sociedade em comum à sociedade regular, registrada, apenas porque ambas atuam no mundo jurídico e titularizam direitos e obrigações, que se fará corretamente a análise da natureza jurídica deste tipo societário.

Uma outra tentativa de se explicar os entes não personalizados e, conseqüentemente a sociedade em comum, é estabelecer a distinção entre os termos pessoa e sujeito de direito. Parte-se da idéia de se confrontar essas figuras, fixando que são coisas distintas.

A idéia de se diferenciar pessoa de direito do sujeito de direito decorre do intuito de explicar a existência dos chamados entes despersonalizados. Esses entes despersonalizados, conforme já dito aqui, carecem do *status* jurídico de pessoa, porque na lógica do ordenamento jurídico brasileiro não gozam de personalidade

jurídica. O Código Civil de 2002 indica expressamente quais entidades se tornam pessoas jurídicas, fixando rol taxativo.

Assim é que, entidades como a massa falida, a herança jacente, o condomínio, o espólio e a sociedade em comum (antes chamada irregular ou de fato, conforme o doutrinador pesquisado), apesar de não terem do ordenamento o reconhecimento da qualidade de pessoa, possuem, por meio desse mesmo ordenamento, o reconhecimento para figurar em algumas relações jurídicas, na condição de titulares de direitos e obrigações.

No que diz respeito à sociedade em comum, verificou-se que ela se organiza segundo a lógica das sociedades personificadas, podendo inclusive exercer a empresa e firmar diversos negócios. O que a impede de se tornar pessoa jurídica é a ausência de arquivamento dos seus atos constitutivos. Mas por dizer respeito a situação de relevância, destinou o Código Civil de 2002 um espaço de regulamentação para esta entidade.

E a sociedade em comum, conforme visto nesta pesquisa, possui autonomia patrimonial e até mesmo processual, já que poderá demandar e ser demandada. Então, a celeuma: deve-se defender a sociedade em comum como autêntica pessoa jurídica ou deve-se colocá-la em outra categoria, com base na coerência do próprio ordenamento.

Um bom ponto de partida para a compreensão de tal teoria talvez seja desvendar em que consiste a relação jurídica.

O homem se relaciona com os seus semelhantes a todo o momento. Algumas destas relações são qualificadas como relações jurídicas, porque o conteúdo das mesmas interessa ao direito. Essas relações, qualificadas pela incidência do ordenamento sobre os agentes envolvidos ou sobre os seus efeitos, são chamadas de relações jurídicas. De acordo com Santiago Dantas, “todas as vezes em que uma relação social é especialmente qualificada pela norma jurídica, nós chamamos tal relação de relação jurídica” (DANTAS, 2001, p. 112).

Também pode ser entendida assim,

Relação jurídica é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos. É conceito básico do direito privado, representando a situação jurídica de bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, uns em posição

de poder, e outro em correspondente posição de dever. (AMARAL, 2006, p. 159).

Os homens criam e participam das relações sociais, que são qualificadas como jurídicas porque presente a tutela do direito sobre a mesma⁸⁹. Para Francisco Amaral (2006), o conceito de relação jurídica é importante para a teoria do direito, especialmente para o direito privado, por ser capaz de regulamentar a conduta dos indivíduos, disciplinando interesses e fixando situação de poder e de dever.

É um conceito chave, que se agrega e harmoniza com outros, como por exemplo, sujeito de direito e direito subjetivo. “Os sujeitos são pessoas titulares de poderes e deveres, por exemplo, credor e devedor, comprador e vendedor, locador e locatário, marido e mulher, numa atribuição bilateral” (AMARAL, 2006, p. 171).

Percebe-se que o núcleo conceitual da relação jurídica é a existência de um vínculo entre sujeitos. Sujeitos que, não raras vezes, são entendidos, citados ou compreendidos como pessoas, porque detentores de direitos e deveres na ordem civil. E chega-se à afirmação de que o detentor de direitos e deveres na ordem civil goza de personalidade jurídica.

Pode-se ou é possível propor a seguinte solução: pessoa é sinônimo de sujeito de direito. Quando se fala em pessoa de direito, a pessoa natural ou a pessoa jurídica está-se falando do sujeito de direitos, o detentor do direito subjetivo, portador de direitos e deveres na ordem civil.

Simone Eberle (2006) não coaduna com tal entendimento. Para ela há diferenciação entre o que é pessoa e o que é sujeito de direito. Sujeito de direito é elemento da relação jurídica e desempenha papel de ser centro de imputação de direitos e deveres. Esse centro de imputação de direitos e deveres, que Perlingieri (2007) define como centro de interesses (compostos por situações subjetivas), não se confunde com a pessoa. Pessoa é alguém que concretamente participa das relações jurídicas. Sujeito é conceito sem conteúdo, que pode ser preenchido pelos entes que o legislador eleja para figurar nas relações jurídicas (EBERLE, 2006).

Nesse sentido, acredita que o sujeito de direito é componente da tríade da relação jurídica (sujeitos, vínculo e objeto), traduzindo situação abstrata, ao passo

⁸⁹ Relação jurídica é vínculo, ligação tutelada pelo Direito, daí ser *jurídica*. Compõe uma situação dinâmica entre pessoas, que surge em virtude de contratos, atos ilícitos, promessas de recompensa, casamento, etc. desse vínculo, nascem direitos e deveres. (FIÚZA, 2006, p. 262).

que a pessoa implica em situação concreta, de efetivo aparecimento e atuação nas relações jurídicas (EBERLE, 2007). Ainda é oportuno destacar,

Basta, portanto, que o legislador aponte determinado ente como foco de uma relação jurídica, outorgando-lhe um direito que seja, para que ele possa galgar ao posto de sujeito de direito, desvencilhando-se de sua condição de objeto de direito ou mesmo deixando o limiar da mais completa irrelevância jurídica (EBERLE, 2007, p. 28).

Quanto à pessoa, após fazer breve incursão histórica sobre o termo, passando pelo direito romano e pela ideologia cristã⁹⁰, explica que o termo pessoa passa a ser entendido não apenas como homem em si, mas o ser ao qual o Direito atribui direitos e obrigações. É o que se chama de tecnização do vocábulo pessoa, através da técnica de personificação pela ordem jurídica (EBERLE, 2007).

Não por outra razão, se afirma que pessoa é o ser humano ou entidades com personalidade jurídica, que é aptidão para ser titular de direitos e deveres. Ser pessoa em sentido jurídico significa dizer ser portadora de personalidade jurídica, gerando a possibilidade alguém participar das relações jurídicas. É na pessoa que estão concentrados os direitos (AMARAL, 2006).

A despeito das questões ontológicas e éticas que circulam em torno do termo pessoa⁹¹, que não se coloca como objeto de análise deste trabalho, prefere-se o aspecto prático de análise. Cumpre complementar o que já foi dito, dizendo que na técnica do Direito, a pessoa natural ou física é todo o homem capaz de exercitar, de colocar em ação, as faculdades e os deveres que o ordenamento lhe atribui. Ao conceito de pessoa pertence a capacidade de direitos e obrigações (MATA-MACHADO, 1954).

O conceito de pessoa, portanto, é extremamente útil ao Direito e graças à evolução do mesmo, que implicou no reconhecimento de uma dignidade imanente

⁹⁰ Nesse sentido é digna de nota a lição de Edgar de Godoi da Mata Machado: a pessoa natural dos códigos não é simples construção do pensamento jurídico. É reflexo da imagem e semelhança de Deus, analogado supremo, Ato puro, em que se realiza, plena e absolutamente, a noção de *Pessoa*. Se o Direito, por algum tempo, às vezes demasiado, deixa de *reconhecer* essa *reprodução* esplêndida – tal como no caso da escravidão, da morte civil, ou da discriminação social – ainda tão visível e gritante, entre pobres e ricos, poderosos e desamparados, opressores e oprimidos, possuidores e servos – é porque está na natureza do conhecimento moral proceder por inclinação, adquirindo lentamente e incorporando aos conceitos de que usa a razão uma experiência inscrita na história da humanidade, com suas dores, suas pelejas, seus triunfos. (MATA-MACHADO, 1954, p. 59).

⁹¹ Sobre o assunto ver José de Oliveira Ascensão (2000), onde este autor trabalha a perspectiva e o conteúdo ético do ser pessoa e as suas implicações jurídicas, defendendo a pessoa como fundamento da personalidade jurídica, residindo aí o substrato ontológico.

ao homem, chegou ao patamar de conceito técnico, qualificando o ser titular de direitos e obrigações. Agregados à pessoa estão a personalidade, entendida como a aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e obrigações e, a capacidade, sendo esta a medida da personalidade, “representando uma perspectiva *quantitativa* da propensão à aquisição dos direitos e deveres” (EBERLE, 2007, p. 47).

E registra-se também que a personificação de outras entidades, diversas do homem, também decorre de ato legislativo que coloca o homem no centro do ordenamento, já que a criação da pessoa jurídica, como se percebe, visa facilitar a vida dos homens e satisfazer as suas expectativas, objetivos, ideais e empreendimentos⁹².

É nessa perspectiva que Simone Eberle (2007) advoga a tese da distinção entre sujeito de direito e pessoa de direito. Aquele é apenas o substrato abstrato da relação jurídica, é o lugar que será ocupado por alguém que seja titular de direitos e obrigações na ordem civil. Com a leitura da obra desta autora, vislumbrou-se uma contradição em suas idéias, quando esta afirma o seguinte:

De fato, somente às pessoas é dado *ocupar o posto* de sujeito de direitos, circunstância que por si só já revela que pessoa não seja sujeito de direito, não obstante seja a única *convidada a assumir tal posição*.

(...)

Não há, pois, que confundir os termos: sujeito é noção que compõe a *estrutura* da relação jurídica, enquanto pessoa é o ser a que o legislador concede a possibilidade de estar, no plano *concreto*, na posição de sujeito de direitos. (EBERLE, 2007, p. 89/90)

Não se consegue evitar a afirmação de que, para os fins da Teoria do Direito, a tese advogada por esta autora é útil e interessante, mas para elucidar a posição da sociedade em comum, é insubsistente e frágil, porque não consegue imprimir à mesma, a condição de sujeito de direito. De pessoa muito menos, diante da linha limítrofe do arquivamento dos atos constitutivos⁹³.

⁹² Fábio Ulhoa, por exemplo, tenta simplificar o assunto: no final, o que está em jogo, nas questões relativas a pessoas jurídicas, é sempre a distribuição de bens entre indivíduos: quem usufrui o quê. A natureza das pessoas jurídicas, assim, é a de uma *idéia*, cujo sentido é partilhado pelos membros da comunidade jurídica, que a utilizam na composição de interesses. (COELHO, 2010, p. 9).

⁹³ Mas Simone Eberle sustenta serem as sociedades irregulares, segundo ela, as não registradas, verdadeiras pessoas, fazendo isso com base na lição já apontada de José Lamartine Correa de Oliveira. Segundo ela: 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. Mas volta-se à questão antes posta: em que consiste a sua relevância? Que conseqüências dele poderiam advir em face a essa nova percepção? Embora as sociedades irregulares também sejam pessoas, sua personalidade e capacidade de direito, como se demonstrou, são detectadas pela atribuição expressa e punctual de direitos feita pelo legislador (EBERLE, 2007, p.

Referir-se à sociedade em comum como pessoa, serviu apenas como artifício para ajustar esta entidade na qualidade de possível ocupante do “lugar” de sujeito de direitos.

Fiel à natural correlação entre pessoa e personalidade, Fábio Ulhoa Coelho (2010) defende uma distinção entre sujeito e pessoa em moldes diferentes, no sentido de ser aquele conceito mais amplo que este. Segundo seu magistério:

Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. Se se considerarem todas as situações em que a ordem jurídica atribui o exercício de direito ou (o que é o mesmo, visto pelo ângulo oposto) o cabimento de prestação, sujeito será o titular do primeiro ou o devedor da última. No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só pessoas, físicas ou jurídicas, como também algumas “entidades” despersonalizadas.

(...)

Os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despersonalizadas. (COELHO, 2010, p. 09/10).

Nessa linha de debate, acentua que às pessoas, a ordem jurídica delimita apenas o que é proibido, ao que passo que para as não pessoas, para os sujeitos não personalizados, como seria o caso, por exemplo, da sociedade em comum, há definição apenas dos atos que podem ser praticados e que estão reconhecidos pelo ordenamento. Eis aí o traço de diferença entre os regimes dos sujeitos personalizados e dos não personalizados (COELHO, 2010).

Cláudio Henrique Ribeiro da Silva (2005) também advoga a necessidade de distinção entre o sujeito de direito e a pessoa de direito. Para este autor:

A equiparação dos conceitos de pessoa e sujeito de direitos tem gerado, em doutrina, algumas perplexidades, que, ainda que na maior parte das vezes não resultem em imbróglio ou insegurança na solução de casos concretos, têm colaborado para eternizar questões e debates já totalmente superados. Desta espécie são, a título de exemplo, certas discussões acerca da personalidade dos nascituros, da legitimidade processual de alguns entes despersonalizados ou mesmo o debate sobre os “direitos dos animais”. (SILVA, 2005)

Com apoio em trabalhos de autores processualistas, Silva (2005) elucida que certas entidades não personalizadas recebem do ordenamento a possibilidade de estarem em juízo para defesa de seus direitos, na condição de legitimados

75). Mais adiante, afirma que a função do registro dos atos constitutivos é apenas dilatar a capacidade de direito das sociedades irregulares, dilatar a capacidade que fica comprimida ou diminuída antes deste ato.

ordinários⁹⁴. Esta reflexão decorre na análise do artigo 12 do CPC. Contudo, acentua que a maioria dos autores reconhece a “personalidade ou capacidade processual” a estas entidades, algo que seria menos do que a personalidade jurídica.

Cláudio Henrique Ribeiro da Silva elucida que, “há de ser tido como sujeito de direito todo e qualquer ente a que o ordenamento atribua a aptidão para direitos, deveres ou obrigações” (SILVA, 2005). Com base neste conceito, defende que a classe dos entes despersonalizados⁹⁵ se afigura como uma classe de sujeitos de direito, existindo, porém, aptidão para direitos e deveres limitada pela legislação ou pela própria natureza do ente, o que, aliás, também é propugnado por Fábio Ulhoa (2010).

A distinção estabelecida foi a tentativa de se apresentar uma teoria para os entes despersonalizados, com conceitos e categorias já presentes e trabalhadas no direito privado. Este raciocínio teve acolhida junto a César Fiúza (2008), ressaltando que em geral, os sujeitos de direitos são dotados de personalidade, mas que nem sempre isso se verifica, por existirem sujeitos de direitos não dotados de personalidade.

Reforça que a tese dos sujeitos sem personalidade é a que melhor explica o fenômeno das entidades que se tornam titulares de direitos e deveres, sem obter, contudo, o status de pessoa junto ao ordenamento jurídico (FIÚZA, 2008). Outro autor a considerar a hipótese é Alécio Martins Sena (2004), que vai além do exposto acima, defendendo a existência de personalidade às citadas entidades⁹⁶.

São sujeitos de direito porque titularizam direitos e deveres, podendo participar das relações jurídicas. Eis o mérito da tese acima defendida, no sentido de

⁹⁴ Em termos de tutela individual, a regra consagrada no artigo 6º do CPC é a *legitimação ordinária*: Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Ou seja, somente o titular do direito alegado pode pleiteá-lo em nome próprio. Em algumas situações, admite-se a *legitimação extraordinária*, quando alguém, em seu próprio nome, está autorizado a pleitear direito e interesse de terceira pessoa. Sobre o assunto, ver NEVES (2010).

⁹⁵ Cláudio Henrique Ribeiro da Silva conceitua ente despersonalizado como: *o sujeito de direitos dotado de aptidão para contrair direitos, deveres e obrigações, limitado pela legislação e por sua própria natureza*. (SILVA, 2005)

⁹⁶ Para este autor, com relação às entidades não personalizadas, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece as mesmas como pessoas jurídicas, não atribuindo personalidade de forma expressa. Mas defende que a personalidade jurídica de tais entes decorre do fato de lhe serem atribuídos direitos e deveres, o que seria uma atribuição implícita da personalidade. Por fim, preconiza o seguinte: conforme já destacado, os entes atípicos não podem, por certo, ser reputados *pessoas jurídicas*, mas podem ser vistos como um *terceiro gênero de pessoas*, diverso da jurídica e da natural (SENA, 204, p. 122). A orientação deste autor tem como marco o trabalho anterior da professora Simone Eberle (2006), já destacado nesta dissertação.

explicar as entidades não personalizadas, que não obstante tal condição, se tornam sujeitos ativo e passivo de obrigações na ordem civil⁹⁷.

Dentre as entidades não personalizadas, sempre esteve presente a figura da sociedade irregular ou de fato (MACIEL, 2008). Conforme visto, referida entidade agora é contemplada no Código Civil de 2002 como sociedade em comum, ou seja, sociedade não personificada. Quanto à sociedade irregular, já foi dito que a expressão continua possuindo utilidade para designar aquelas sociedades que, uma vez registradas, vêm a apresentar problemas no seu funcionamento, o que gera a irregularidade, mas não a perda da personalidade jurídica.

Estabelecidas as premissas anteriores, este trabalho esperava se inclinar para uma das vertentes já debatidas. Ou seguiria o caminho que procura igualar a sociedade em comum a uma pessoa jurídica ou, defender a mesma como entidade não personalizada, porém qualificada como sujeito de direito, porque portadora, segundo reconhecimento do próprio ordenamento jurídico, de direitos e deveres na ordem civil.

Nenhum desses caminhos é o mais acertado. E explica-se a tomada desta orientação.

Parece-nos equivocado equiparar a sociedade em comum à pessoa jurídica, a exemplo do que foi defendido por autores já discutidos neste trabalho. A pessoa jurídica é criação técnica do Direito, que visa facilitar a vida e os empreendimentos do homem, em suas mais diversas relações sociais. Quando o ordenamento jurídico brasileiro previu a existência e a regulamentação da pessoa jurídica, teve em mente auxiliar o homem, a pessoa natural.

Por isso, a idéia de se criar um sujeito de direito autônomo, com vida própria e independente, que seja capaz, de acordo com o reconhecimento dado pelo ordenamento, de atuar por si próprio nas relações jurídicas. A construção jurídica em torno da pessoa jurídica é das mais salutares e importantes no ordenamento, tendo em vista que organizou as mais diversas situações de natureza privada

⁹⁷ Há ainda, como reflexão, um estudo dos Professores Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (1998), no qual os mesmos analisam o nascituro, categoria jurídica sempre inserida no contexto dos entes despersonalizados. Ao defender a personalidade jurídica do nascituro, constroem argumentação afirmando que se o ente participa de situações jurídicas, dentro de uma relação jurídica, isso já seria suficiente para reconhecer personalidade, entendida esta como um centro de imputação de liberdades e não-liberdades. Os citados autores parecem se inclinar também para a necessidade de distinção entre sujeito de direito e pessoa de direito.

(especialmente de cunho patrimonial), mas também situações de caráter público (quando estabelece as pessoas jurídicas de direito público).

O status de pessoa, que é atribuído às entidades coletivas, às pessoas jurídicas, constitui a maneira pela qual o Direito encontrou para estender a tais entidades a possibilidade de figurarem nas relações jurídicas e atribuir aqueles direitos e deveres que, tranquilamente e sem muita dificuldade, são enxergados e aplicados para as pessoas naturais. Esse conjunto de direitos sempre foi entendido como reflexos da personalidade.

A personalidade jurídica do homem decorre da sua própria condição humana, é algo imanente, que se vincula a sua existência. Na pessoa jurídica, decorreu de uma construção técnica do Direito, que é direcionada, em última análise, a organizar as coletividades, proporcionar às mesmas agir em nome e por conta própria, o que por sua vez, visa a satisfação das pessoas naturais que externam o seu espírito gregário e associativo através da constituição de tais entidades.

Ocorre que o reconhecimento ou a aceitação das pessoas jurídicas não pode decorrer apenas do ímpeto associativo do homem. Certos requisitos devem ser cumpridos e observados, para que então inicie a existência legal de tais entidades.

No caso da sociedade em comum, temos uma entidade, um grupo de pessoas naturais que podem estar no exercício da empresa. A empresa, conforme dito anteriormente, existe, se organiza, contrata, auferir lucros ou prejuízos, independente da formalização jurídica das pessoas envolvidas (empresário individual ou sociedades empresariais). Se há atividade econômica organizada e profissional, que visa a produção ou a circulação de bens ou de serviços, há empresa.

Se a atividade é exercida com o esforço associativo de pessoas, de empreendedores, existirá sociedade empresária, ainda que apenas no plano fático⁹⁸. Mas juridicamente, algo precisa ser providenciado pelos interessados, que é justamente o arquivamento dos atos de constituição desta sociedade. Só assim, ela

⁹⁸ A pessoa jurídica vista como instituição, enquanto forma jurídica de organização dos vínculos humanos manifesta-se como uma realidade social e econômica, pois passível de desenvolver atividade econômica organizada ou não (a pessoa jurídica existe sem a empresa). A empresa, ao contrário, é forma de organização da atividade econômica e não subsiste sem a pessoa (física ou jurídica), pois necessita de um agente econômico (sujeito de Direito) que, revestido da condição jurídica de pessoa (personalidade), empenha-se na realização das práticas organizacionais, para que a propriedade dos bens de produção seja destinada a satisfazer os interesses econômicos e não apenas jurídicos, num ambiente onde a regulação mínima conduz a um melhor desempenho (FERREIRA; MAGALHÃES, 2008, p. 397).

se tornará pessoa jurídica, se tornará, para os fins do direito, uma sociedade empresária.

Veja que a exigência do arquivamento dos atos constitutivos é razoável é se coaduna com um ideal de segurança, transparência e publicidade dos negócios mercantis.

Além disso, tal como está a regulamentação no Código Civil de 2002, o grupo de sócios de uma sociedade possuem, na verdade, opção para o direcionamento das suas atividades: ou formalizam o arquivamento, fazendo surgir uma pessoa jurídica, dotada de responsabilidade patrimonial própria e autonomia de atuação; ou perseveram a empresa sem levar à arquivamento os atos constitutivos, correndo os riscos e as dificuldades naturais das atividades informais, além de se sujeitarem ao regramento dado à sociedade não personificada.

Diversas serão as limitações da sociedade em comum, como a dificuldade de obter crédito e financiamentos no mercado; dificuldade para contratação de funcionários. Sofrerão fiscalização do poder público, devido ao não recolhimento de tributos. Não conseguirão passar aos fornecedores confiabilidade, devido à situação informal. Além de não poder se beneficiar da recuperação judicial.⁹⁹

Tal escolha compete unicamente aos sócios, tomada de decisão que insere dentro do âmbito da autonomia privada dos mesmos. Cabe a eles decidirem ou não pelo registro dos atos de constituição da sociedade. A autonomia privada dos sócios da sociedade em comum, neste caso, se constitui no “poder que os particulares têm de regulamentar, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. (AMARAL, 2006, p. 345).

Os sócios dispõem de um âmbito particular de atuação e regulamentação de suas atividades e, referida atuação, gerará reflexos e efeitos jurídicos, porque conseguirão estabelecer a qual disciplina estão subordinados: das sociedades personalizadas (segundo ainda, o tipo societário escolhido) ou das sociedades que não levam seus atos a registro. Não há nada de errado em se estabelecer o

⁹⁹ Nesse sentido o *caput*, do artigo 48 da Lei de Falências, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 - Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: A exigência do exercício de atividade regular há pelos menos dois anos também se verifica na recuperação extrajudicial, tratada na mesma lei. Nesse sentido, o entendimento de Waldo Fazzio Júnior (2008), que, com relação à falência, defende que a sociedade em comum pode vir a sofrê-la: Para que seja decretada a falência do empresário, é necessário que ele se encontre no exercício profissional da empresa, inscrito ou não no órgão oficial competente (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 41).

arquivamento como a linha divisória entre o que se tornou pessoa jurídica (sociedade) e o que ainda não alcançou tal *status*.

Pode-se criticar as escolhas do legislador no que diz respeito à fixação do rol das pessoas jurídicas. Isso já foi debatido, por exemplo, por José Lamartine Correa de Oliveira (1979), combatendo a positivação apenas de certas entidades, eleitas pelo legislador, cuja indicação se mostraria rígida e insuficiente para acompanhar as vicissitudes sociais. Tal crítica não se aplica à sociedade em comum, porque efetivamente, a sociedade, está reconhecida como pessoa jurídica. Não se trata de uma situação de ausência ou omissão legislativa.

Contudo, para vir a ser pessoa jurídica e gozar dos benefícios que tal condição proporciona, os sócios precisam se decidir pelo arquivamento dos atos de constituição, pelo registro junto aos órgãos responsáveis. Só assim, ter-se-á, pessoa jurídica. Pensar o contrário significa desprestigiar o instituto da pessoa jurídica, promover a insegurança nas relações empresariais, além de incentivar a informalidade, a não formalização das sociedades empresariais, o que com certeza não foi querido pelo Código Civil de 2002 e não o é pelo mercado.

O que precisa se ter em mente, é que há possibilidade de constituição da sociedade empresária como pessoa jurídica. Este é o plano ideal das atividades econômicas. Se, contudo, prefere-se regulamentação diversa, garante-se aos sócios as regras da sociedade em comum, o que reforça a existência de regras jurídicas para a situação por eles vivida.

Veja que a instituição de um regramento próprio para as sociedades sem registro, um espaço destinado à elas, afasta por completo qualquer tipo de argumento pela ilicitude, nulidade ou invalidade dos atos praticados por esta entidade econômica¹⁰⁰. Ou seja, fica a critério dos sócios arquivarem ou não os atos de constituição da sociedade. Cabe a eles escolher a disciplina que melhor atenda aos seus interesses, avaliando também os riscos inerentes à tomada da decisão.

Para fomentar a formalidade, o registro dos atos de constituição das sociedades é que o ordenamento prevê a responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios pelas obrigações sociais. Trata-se de norma que visa, obviamente, incentivar os sócios a optarem pelo registro da sociedade. E, registre-se que tais incentivos não ficam apenas no campo da responsabilidade patrimonial dos sócios, mas

¹⁰⁰ Recorde-se Waldemar Ferreira (1958), que chegou a defender a total nulidade das sociedades de fato.

também no tratamento fiscal diferenciado, que é dispensado aos agentes econômicos¹⁰¹.

Chamar a sociedade em comum de pessoa, ou de pessoa jurídica, não é a via adequada para o enfrentamento da questão.

A outra possibilidade propugnada seria considerar a sociedade em comum como sujeito de direito, não como pessoa, mas como entidade não dotada de personalidade, porém, titular de direitos e deveres e com representação processual estabelecida no art. 12, VII, do CPC. Esse caminho foi seguido especialmente por Fernando Antonio Barbosa Maciel (2007) e por Fábio Ulhoa Coelho (2010).

A tese dos sujeitos de direitos sem personalidade jurídica, ou seja, sujeitos não pessoa, nos parece equacionar muito bem a problemática de outras entidades que afiguram em diversas relações jurídicas, como por exemplo, a herança jacente e a massa falida.

Não se aplica tal raciocínio à sociedade em comum. É que, na esteira do magistério de César Fiúza (2008), a sociedade em comum deve ser considerada com uma situação jurídica, na qual figuram alguns sujeitos em relação a este objeto, vale dizer, os sócios em relação à sociedade. A situação jurídica deve ser compreendida como a posição de sujeitos em relação a um objeto. No caso ora discutido, a sociedade em comum é o objeto, ao passo que os sujeitos são as pessoas dos sócios. Estes sim, podem ser dotados de personalidade, podem ser pessoas e estarão posicionados em relação à sociedade.

“As situações jurídicas são, assim, conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem” (AMARAL, 2006, p. 186). Ou de acordo com Miguel Reale (2000), “é a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito” (REALE, 2000, p. 261). A sociedade em comum se qualifica como uma situação jurídica, especialmente para os seus membros, mas também para os terceiros que com ela venham a contratar.

A sociedade em comum, de acordo com o tratamento legislativo, deve ser compreendida como consequência do fenômeno associativo dos sócios, mas não se

¹⁰¹ Anote-se, por exemplo, o tratamento estabelecido em prol das micro e pequenas empresas na Lei Complementar nº 123/2006, acolhendo orientação da CR/88 (art. 170, inciso IX) e a instituição do SIMPLES como tratamento diferenciado favorecido no âmbito da tributação. Cabe registrar também a Lei Complementar nº 128/2008, que cuida do Microempreendedor Individual – MEI.

pode chegar a designá-la como pessoa jurídica ou, como sujeito de direito nos moldes antes propostos. Entendendo que é uma situação jurídica e, de grande relevância, indica o legislador as regras para as relações entre os sócios e entre estes e os terceiros que venham a contratar com aquela sociedade.

Quando o legislador estabelece, no artigo 987 do Código Civil de 2002, que “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”, fica evidenciado o caráter situacional da sociedade em comum, em especial, do seu patrimônio, pertencente a todos os sócios. Conforme elucida César Fiúza, com a clareza e simplicidade que lhe é peculiar, “a pessoa não é a sociedade, mas os sócios, que serão representados pelo administrador” (FIÚZA, 2008, p. 163).

A questão é clara: a sociedade que não arquiva seus atos constitutivos não se torna pessoa jurídica, não passa a ter existência própria e distinta da de seus membros. Não se pode falar que na sociedade em comum haverá integralização de capital pelos sócios. Ao contrário, há a formação de um patrimônio comum, afetado à atividade empresarial, mas que não é da pessoa jurídica. Pertence aos sócios. É situação jurídica que vincula os sócios.

Apesar da representação processual estabelecida no artigo 12, VII, do CPC, que afirma ser das “sociedades sem personalidade”, a interpretação correta é no sentido que o representante processual, a pessoa que estiver na administração dos bens da sociedade em comum, atuará em prol deste patrimônio comum, visando defendê-lo, patrimônio especial que é base da situação jurídica da sociedade em relação aos sócios. A representação será, na verdade, dos sócios, pessoas interessadas na proteção daquele patrimônio, que lhes pertence.

Até que haja o arquivamento dos atos constitutivos, este patrimônio especial não se destaca da pessoa dos sócios. Existirá em função da atividade econômica desenvolvida pela sociedade, responderá pelas dívidas do empreendimento, mas pertencerá aos sócios, em comum. Isso explica o entendimento de que o patrimônio pertence aos sócios, em condomínio¹⁰².

Com relação ao regime falimentar, os efeitos da sentença que decreta a falência atingirão os sócios, porque responsáveis ilimitada e solidariamente pelas

¹⁰² Reiterando, as falas de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2008) e Marlon Tomazette (2009).

obrigações sociais. A falência da sociedade em comum acarreta, na verdade, a falência dos sócios.

Dessa forma, refuta-se a idéia de considerar a sociedade em comum como sujeito de direito. É, na verdade, situação jurídica que envolve seus sócios. Na verdade, serão os sócios os titulares de direitos e obrigações decorrentes da atuação da sociedade em comum. Não é o caso, portanto, de aplicação da teoria dos entes despersonalizados (FIÚZA, 2008).

Nessa perspectiva, a sociedade em comum não terá personalidade jurídica. Quem poderá possuir tal aptidão serão os seus sócios, estes sim, as pessoas que estarão posicionadas em relação à sociedade. Não se trata de solução simplista, mas da verificação da verdadeira gênese da sociedade em comum.

Não se nega que a sociedade em comum poderá exercer a empresa e poderá contratar com fornecedores e clientes, assalariar funcionários, enfim, praticar os atos inerentes à atividade empresarial. Mas esses atos, em virtude da ausência de formatação jurídica da sociedade, ocorrerão diretamente através de seus sócios.

Por exemplo, eventual contrato de locação para o exercício da sociedade ocorrerá em nome de um dos sócios; serão estes os emitentes de títulos de crédito destinados a quitar obrigações da sociedade; os ganhos da atividade serão depositados em conta corrente dos sócios, porque não haverá conta-corrente ou contrato de desconto de duplicatas em nome da sociedade.

Todo esse acervo patrimonial, composto de dívidas e bens da sociedade, geralmente verificados na perspectiva da atuação social, formará o patrimônio especial, havendo co-titularidade dos sócios. Isso evidencia que nessas relações, os interesses tutelados são aqueles dos sócios, co-proprietários do patrimônio formado pela sociedade.

Esta solução se coloca além da mera exegese literal dos dispositivos que cuidam do assunto, afastando a interpretação lógico-dedutiva ou mecanicista da questão. Contudo, a mesma consegue estabelecer coerência e segurança na análise dos dispositivos legais que versam sobre a sociedade em comum, em conjunto com o tema da empresa e da pessoa jurídica.

Esse entendimento proporciona uma compreensão que ultrapasse os muros da dogmática jurídica, na perspectiva de que o direito, especialmente o empresarial, é dinâmico e necessita de contínua atualização de suas bases e idéias.

6. CONCLUSÃO

O estudo das sociedades sempre guardou sintonia com os preceitos e fundamentos do instituto da pessoa jurídica. São temas que se relacionam e se completam, especialmente, porque as sociedades são uma das espécies de pessoa jurídica.

No universo da pessoa jurídica, se encontram conceitos importantes para a Teoria do Direito, como a noção de pessoa, personalidade, capacidade, representação, responsabilidade, entre outros. A pessoa jurídica, que conforme visto, é expediente da técnica do Direito, garante que as manifestações coletivas dos homens possam ser mais bem conduzidas, proporcionando respaldo e legitimidade dentro do ordenamento jurídico.

Além de servir aos propósitos humanos, manifestando todo o seu perfil funcional, a pessoa jurídica se constitui como ferramenta que auxilia o desenvolvimento dos negócios e da economia. Através dela, o homem promove empreendimentos e objetivos que, sozinho, não seria capaz ou conveniente de realizar.

Ademais, a pessoa jurídica também se mostra eficaz e apropriada para as manifestações coletivas de cunho assistencial, cultural e beneficente dos homens, como é o caso das associações e fundações. Visando dotar a pessoa jurídica de existência, direitos e obrigações próprios, criou o ordenamento jurídico o expediente da personificação, que atribui à pessoa jurídica personalidade.

A personificação permite que as pessoas jurídicas sejam titulares de direitos e obrigações, que por sua vez, não se confundem com aqueles inerentes e próprios dos seus membros. A personificação, que no caso do ordenamento jurídico brasileiro ocorre com a inscrição dos atos constitutivos no órgão de registro, consagra autonomia e independência ao ser coletivo. Assim, é garantida às pessoas jurídicas a tutela de todos os direitos da personalidade que lhe sejam compatíveis.

Interessou a este trabalho o tema das sociedades, por dizer respeito a um importante agente econômico, que gera emprego, renda, arrecadação e bem estar às pessoas que nela estão inseridos. As sociedades são criadas e constituídas na perspectiva de propiciar lucros aos seus membros. Contudo, seus contornos contemporâneos e sua importância no mercado, levam a afirmar que as mesmas

desempenham função social, irradiando efeitos e benefícios para além do conjunto de sócios.

As sociedades têm origem no fenômeno associativo dos homens. Suas origens remontam à antiguidade, mas é na Idade Média que suas bases se desenvolvem, dando origem a alguns tipos societários ainda presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da sociedade em nome coletivo. O desenvolvimento da formatação jurídica que existe em torno das sociedades se deve muito ao trabalho dogmático produzido para o tema das pessoas jurídicas.

Com efeito, as idéias de autonomia, independência, patrimônio próprio, aproveitaram às sociedades. Isso porque os primeiros tipos societários sempre trouxeram consigo a responsabilização pessoal dos seus membros, o que, numa perspectiva econômica e financeira, é de todo indesejável para aqueles que se propõem a desenvolver uma atividade econômica.

Não sem razão, se assistiu ao aparecimento de sociedades que fixaram a limitação de responsabilidade dos sócios, como foi o caso das sociedades por ações e das sociedades limitadas. Nestas, é possível limitar os riscos dos seus membros, acionistas e sócios, que têm, de antemão, a garantia de não responderem com o seu patrimônio particular, pelas dívidas e obrigações contraídas pela sociedade.

A autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades dos sócios é o que de melhor a sociedade oferece àqueles que desejam desenvolver uma atividade econômica que vise o lucro. Idéias que se desenvolveram no direito societário, a partir daquelas noções fundamentais preconizadas no instituto da pessoa jurídica.

O tema das sociedades ganha especial relevo no atual estágio de desenvolvimento do direito empresarial. A figura da empresa é destaque na vigente codificação civil brasileira, orientação que foi trazida do Código Civil Italiano de 1942. Por empresa, deve-se entender a atividade econômica, profissional e organizada, para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Empresa não é sinônimo de pessoa jurídica, de sociedade empresária. É atividade econômica, que se exerce, também, através das sociedades. O formato societário, especialmente aqueles que estabelecem a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, se mostra muito atraente e benéfico àqueles sujeitos que queiram se dedicar à empresa.

As sociedades, nos seus mais diversos modelos, se apresentam como alternativa extremamente viável e interessante ao exercício da empresa. E se

dedicando a esta atividade, tornam-se sociedades empresárias, subordinando-se ao regime jurídico do direito de empresa.

A contextualização das sociedades empresárias, suas características e regras básicas, mostrou-se importante para que fosse introduzido o assunto central deste trabalho, que aborda a sociedade empresária em comum.

Para que determinada entidade coletiva se torne pessoa jurídica, no caso das entidades de direito privado, são precisos dois requisitos: primeiro estar tipificado no texto legal como pessoa jurídica; segundo, realizar a inscrição dos seus atos de constituição no órgão de registro. Com as sociedades não é diferente. Em caso de se dedicarem à empresa, deverão arquivar seus atos constitutivos (contrato social ou estatutos) perante as Juntas Comerciais dos Estados.

Este trabalho verificou que, não raras vezes, os homens se associam para a realização de determinada atividade econômica, estabelecendo sociedade, fixando regras básicas, entrada de capital, distribuição de tarefas e resultados. Desenvolvem a empresa, contudo, no âmbito da informalidade. Chegam, até mesmo, a redigir um pacto escrito, fixando tais diretrizes. Mas não diligenciam o arquivamento dos atos constitutivos no órgão de registro, o que impede o surgimento legal da sociedade e, conseqüentemente, da pessoa jurídica.

Esse universo pertence à sociedade em comum. É a sociedade que se constitui no plano fático, mas não promove o arquivamento dos seus atos de constituição no órgão de registro. Em outros tempos, esse tipo societário ora era chamado de sociedade irregular, ora sociedade de fato.

Atualmente, a sociedade em comum serve para designar, pura e simplesmente, aquela sociedade, seja qual for o tipo, à exceção da sociedade por ações em constituição que, possuindo ou não contrato escrito, não promove o arquivamento do ato constitutivo junto ao órgão de registro.

Apesar das opiniões em contrário, foi elucidado que o termo sociedade irregular ainda se mostra aplicável, designando aquela sociedade que, não obstante o arquivamento do ato constitutivo, que leva à aquisição de personalidade, em momento posterior à sua constituição, pratica atos que geram irregularidades ou funcionamento irregular, não lhe retirando a personalidade.

A sociedade em comum que se dedica à empresa, torna-se sociedade empresária, porém sem registro, destituída de personalidade jurídica, existindo

faticamente, no plano da organização dos fatores de produção e consecução de lucros.

Passando pela regras deste tipo societário, verificou-se que aos terceiros é permitido provar a existência da sociedade por qualquer modo, além de contarem com o que é chamado de patrimônio especial. O patrimônio especial pertencente aos sócios, em comum. A previsão do mesmo visa beneficiar os terceiros que vierem a contratar com a sociedade, que poderão, ainda, acionar os sócios pelas dívidas e obrigações da sociedade.

A responsabilidade patrimonial ilimitada e solidária dos sócios é uma das marcas distintivas da sociedade em comum. É ônus que recai sobre os sócios, por não terem promovido o arquivamento dos atos de constituição da sociedade.

Finalmente, se constatou que tais entidades coletivas, apesar de destituídas de personalidade, participam das relações jurídicas e tornam-se titulares de direitos e obrigações, o que é peculiar das pessoas naturais e jurídicas. Além disso, foi verificado que o CPC, em seu artigo 12, fixa que as sociedades não personificadas serão representadas em juízo.

Conforme visto, quem está em juízo, obviamente, faz parte da relação processual, na perspectiva de defender algum direito. Logo, titular de direitos, na ordem jurídica brasileira, é o ser dotado de personalidade, ou seja, o homem ou a pessoa jurídica. Nesse contexto, este trabalho também se dedicou à análise da natureza jurídica da sociedade em comum.

Foram abordados diversos entendimentos, onde se rejeitou a idéia de se comparar ou considerar a sociedade em comum como uma pessoa jurídica, o que se sustenta a partir de uma crítica à opção legislativa brasileira. Com efeito, o critério do arquivamento do ato constitutivo se mostra razoável e adequado para separar as sociedades personificadas das que não são. Além disso, trata-se de medida promocional, que prestigia aqueles que promovem a regularização da atividade econômica, quando realizada por meio da sociedade.

Mais que isso, não há que se falar em indisponibilidade de texto legal ou inadequação legislativa. Os sócios, na verdade, podem escolher entre arquivar ou não os atos constitutivos da sociedade. A consequência, conforme se viu, reside na responsabilização patrimonial dos mesmos pelas dívidas sociais. Logo, sociedade regular é aquela que tem inscritos os atos constitutivos no órgão de registro. Em comum, a que não observa isso.

Quanto à teoria que diferencia sujeito de direito, de pessoa de direito, viu-se que a mesma não explica adequadamente o fenômeno da sociedade em comum. Esta, em uma de suas vertentes, estabelece que toda pessoa é sujeito de direito, não sendo verdadeiro o contrário. Isso se dá devido à existência dos chamados entes despersonalizados. Esses sujeitos, contudo, se tornam titulares de direitos e obrigações, razão pela qual, defende a existência de personalidade nessas entidades.

O que melhor explica a sociedade em comum é a perspectiva de considerá-la como situação jurídica em relação aos sócios. A situação jurídica se constitui com uma gama de direitos e deveres, que são atribuídos a determinados sujeitos, devido às circunstâncias em que se encontram em relação a um objeto ou a uma atividade por eles desenvolvida.

Na sociedade em comum, a atividade, o patrimônio especial, pertence aos sócios. Há a formação de um patrimônio comum, afetado à atividade empresarial, mas que não se pode afirmar ser da pessoa jurídica. Pertence aos sócios. É situação jurídica que vincula os sócios.

Em verdade, a base da situação jurídica, no caso da sociedade em comum, é o patrimônio especial e a atividade desenvolvida. Não obstante a representação processual estabelecida no CPC, quem a fizer, estará atuando na defesa do patrimônio especial e da atividade, que não chega a se destacar da pessoa dos sócios. Todos eles estão vinculados, em comum.

A situação jurídica da sociedade em comum também se verifica em relação a terceiros, que poderão acionar o patrimônio especial para satisfazer as dívidas e obrigações da sociedade. Contudo, não é recusado a estes, acionarem os sócios, que responderão pelas dívidas e obrigações da sociedade.

Os direitos e obrigações que a sociedade vier a contrair, na verdade, dizem respeito aos seus sócios. São estes os titulares daquilo que for desenvolvido no âmbito societário, tendo em vista a indicação do patrimônio em comum.

Nessa perspectiva, conclui-se que a sociedade em comum não terá personalidade jurídica. Quem poderá possuir tal aptidão serão os seus sócios, estes sim, as pessoas que estarão colocadas numa situação jurídica em relação à sociedade. Nem tão pouco é sujeito de direito, porque tal papel cabe aos sócios. É situação jurídica, na perspectiva dos sócios e na perspectiva dos terceiros que venham a contratar com a sociedade.

Dessa forma, foram fixadas as bases para a compreensão da sociedade em comum, especialmente no que toca à sua natureza e personalidade jurídica, esperando que este trabalho possa contribuir para os debates e estudos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica. **Revista Direito GV**. Direito GV 4. v 2. n. 2. p. 031-044. JUL-DEZ 2006. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publicaçõe/RDGV_04_pp031-044.pdf, acesso em 19/08/2010.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral, volume I**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil (1916). **Código Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Comercial (1850). PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. **Código comercial**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945. Institui a Lei de Falências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 21 de junho de 1945.

BRASIL. Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº. 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 de dezembro de 2008.

BRASIL. Lei nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico da sociedade cooperativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de dezembro de 1971.

BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei nº. 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de novembro de 1994.

BRASIL. Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de fevereiro de 2005.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CATEB, Alexandre Bueno. A sociedade em comum. In: **Direito de empresa no novo Código Civil**. Frederico Viana Rodrigues (coordenador). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAVALLI, Cássio Machado. A empresa no Novo Código Civil. In: **Direito de empresa e contratos**. Org. TIMM, Luciano Benetti, com a colaboração de CAVALLI, Cássio Machado. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

COASE, Ronald. La naturaleza de la empresa. In: **Derecho y economia: una revisión de la literatura**. Andrés Roemer (compilador) Editora Fondo de Cultura Económica - México, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de Direito Romano: institutas de Gaio e Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino**. Vol. II. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1955.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. 15. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Sérgio de Abreu; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A reconstrução metódica estruturante da pessoa jurídica: uma aproximação ao direito concursal. In **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 397, p.683-697, maio 2008.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. Primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de sociedades mercantis**. Volume primeiro. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda. 1958.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIÚZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito comercial atual: de acordo com a teoria da empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. volumes 1 e 2.

JUNIOR, HUMBERTO THEODORO. **Curso de Direito Processual Civil, 1 v.** 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade jurídica societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LANZA NETO, Henrique. **Sociedade em comum: regularidade e provas de sua constituição**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_508.pdf

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje? Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (org). **Concurso de monografias prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005. Disponível em <http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20070726193704.pdf>, acesso em 17/08/2010 às 18:53 hs.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In In FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Direito civil: atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. volume I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. Volume I. 9. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

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

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.

MACIEL, Fernando Antonio Barbosa. **Capacidade & entes não personificados**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira (Coordenadores). **Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALAGARRIGA, Carlos C. **Tratado elemental de derecho comercial**. Volume 1. Segunda parte. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Edição da Sociedade Mineira de Cultura, 1954.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Volume III. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1954.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: v. 1. Parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva. 1997.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da personalidade jurídica do nascituro: uma discussão sobre ontologias jurídicas. In **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 1, n. 1 (jan./jun. 1998-). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 1998- .

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OSTY, Florence; UHALDE, Marc. **Os mundos sociais da empresa**. Revista de Sociologia e Política. V 16 n. 31, Curitiba, nov. 2008, p. 11-23. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v16n31/v16n31a03.pdf>, acesso em 11/01/2010, às 18:30 hs.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. volume 1: introdução ao Direito Civil; teoria geral de Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Considerações sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais irregulares. In **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 1, n. 1 (jan. – jun. 1998). Belo Horizonte: PUC Minas, 1998.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Teoria da empresa em Direito e Economia**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 55-74, abr./jun. 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

POSNER, RICHARD. El movimiento del análisis económica del derecho. In: **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. Andrés Roemer (compilador) Editora Fondo de Cultura Econômica- México, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. V. 1, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. volume 1. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, J. M Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Economia informal urbana. Observatório Sebrae**. Julho de 2005. Disponível em [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/23E6A56185EB0C9F0325703C007F1478/\\$File/NT000A985E.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/23E6A56185EB0C9F0325703C007F1478/$File/NT000A985E.pdf), acesso em 22/08/2010, às 22:00 hs.

SENA, Alécio Martins. Pessoa Jurídica. In **Curso avançado de direito civil**. In FIÚZA, César (Coordenador). São Paulo: IOB Thomson, 2004.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>>. Acesso em 18/08/2010 às 18:37 hs.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito societário, vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conceito de empresa: um desafio que persiste? In: **Questões polêmicas de direito econômico**. SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. São Paulo: LTR, 2008.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividades empresárias e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZILBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In **Direito e Economia**, Org. ZILBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnaldo; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **OAB e o projeto de código civil no senado federal**. Relatores (comissão): Arnaldo Wald e José Lamartine Correa de Oliveira, Rio de Janeiro: OAB, 1984.