

WALTER MORAES

1988

SOCIEDADE CIVIL ESTRITA

INTRODUÇÃO

1. Objeto deste estudo — 2. Institutos que interferem com a sociedade — 3. Sociedade e personalidade — 4. O sentido das leis civis a respeito desta questão — 5. Reflexão crítica — 6. Visão psicomoral da sociedade — 7. Noção ética de sociedade — 8. As causas final e eficiente — 9. Espécies de sociedade — 10. A sociedade como gênero — 11. A aporia da sociedade civil “*stricte dicta*” — 12. Referencial para o estudo da sociedade civil: a obrigação contratual.

1. Objeto deste estudo

A propósito dos processos de distanciamento entre o que impõe a constante renovação dos modelos da vida econômica e o que propõem os tipos obrigacionais da lei, anota um escritor civil de nossos dias¹ a observação de que um destes processos consiste na transformação do *Leitbild* legal, até o ponto de tornar-se ele irreconhecível. E aponta, como exemplo característico de tal deformação, o que freqüentemente se dá com a sociedade do direito civil.

Esta sorte de mutação jurídica factual, na verdade, não se verifica apenas à face dos tipos legais; pois os próprios tipos legais se vão afastando de um *Leitbild* societário fundamental, aquele *minimum iuris* reconhecido geralmente como o essencial para que possa existir sociedade, e que as mesmas leis, na relativa uniformidade de suas definições, aclamam como estrutura sua elementar.

Parece que não há excesso no afirmar que a própria idéia de sociedade vai atravessando hoje uma crise de transfiguração. No entanto, não se pode perder de vista que a relação denominada “sociedade”, não se circunscreve a um âmbito jurídico-negocial, nem pode desprender-se das esferas mais largas do fenômeno social

1. H. P. Westermann, *Direito das Obrigações*, 2, p. 30.

onde se insere. A idéia de sociedade, que acidentalmente é vária ou multiforme ao extremo, substancialmente é única e simples. Ocupa, destarte, lugar central em diferentes ciências, e, no Direito, outrossim, está por toda parte. Demais disso, no campo fechado do direito privado, como disse, não se contém nos limites de seus modelos.

No meio deste quadro de flutuações e intensas inter-influências, está a sociedade do direito civil. E entre a sociedade do direito civil, um modo social que os juristas consideram a sociedade, em senso estrito (*infra*, 11).

É esta sociedade *stricte dicta* o objeto do presente estudo. O propósito é de, pelo exame da estrutura e da funcionalidade do constituto social, identificá-la: identificar a sociedade civil e definir-lhe a consistência jurídica.

Fica desde já o aviso de que a mim não move intento polêmico algum, nem o de fazer a apologia dos avanços jurisprudenciais e legislativos a que hoje vimos assistindo ou, contrariamente, da tradição jurídica que se vai apagando, se bem cumpra refletir também no que passa pelo mundo do direito societário, e se imponha ao juízo crítico fixar certo ponto de referência. Identificar o que possa considerar-se uma sociedade civil estrita já é objetivo que, se conseguido, de si mesmo estimula a reflexão crítica, põe de confronto esquemas legais e propostas de aperfeiçoamento, suscita idéias e sugestões — algumas das quais não poderiam deixar de ser anotadas ao cabo da análise, conquanto em caráter apendicular tão-somente.

2. Institutos que interferem com a sociedade

Mas antes de iniciar a análise, cabe assinalar o sobreaviso de que existem os institutos de direito cuja presença incessante, ao lado, ou dentro, ou em cima da sociedade civil, perturba consideravelmente a tarefa teórica de dilucidar-lhe a noção. E para logo importa pôr de relevo dois dentre eles: o da *pessoa jurídica* e o da *associação*.

Esta última, em legislações civis como a brasileira, confunde-se com a sociedade. O fato de empenharem-se os juristas na discriminação de ambas as espécies, mesmo versando leis outras que estabeleceram distinção formalmente destacada, mostra que a renitência dos fatores de aglutinação é real e viva. Surgem ademais

tipos coletivos que de um modo ou de outro participam da natureza de ambas.

O instituto da personalidade afísica, a seu turno, enquanto produção técnica do direito, é bom exemplo do componente accidental que emerge para a consubstancialidade, como se deu na área mercantil, com estímulos enfim para apoderar-se do seu próprio substrato. Pois, se em nossos dias se propugna por toda parte a formação de sociedades de um sócio apenas, a exemplo do que já ocorre em alguns ordenamentos, é porque a idéia da unidade subjetiva *in abstracto* anda a tomar conta do constituto social.

3. Sociedade e personalidade

No Código Civil, a sociedade se apresenta, primeiro, como uma pessoa jurídica: como que uma subespécie do gênero *pessoa jurídica*, cujas espécies são as pessoas de direito *público* e de direito *privado*, compondo-se esta última de *sociedades e fundações* (art. 16). As sociedades por sua vez se discriminam: *civis* (confundidamente “*civis*, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública”) e *mercantis*. O § 1.º do art. 16 exacerba a questão conceitual: “As sociedades mencionadas no n. I (*civis*) só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2.º)”; i. é, assumindo personalidade jurídica. Então: a sociedade civil é uma pessoa jurídica?

4. O sentido das leis *civis* a respeito desta questão

Pode afirmar-se, entretanto, que em maior parte não atribuem as legislações personalidade jurídica à sociedade civil.

Não a atribuem, para ilustrar desde logo, os códigos *civis* chileno (art. 547), uruguaio (art. 21), espanhol (arts. 35 e ss.).

O Código italiano de 1865, tanto como estes citados, não conferiu personalidade senão a coletividades corporificadas (corporações, associações: os *corpi morali* do art. 2.º); no atual, o tipo societário que tomou o lugar da sociedade civil — a sociedade simples — tampouco comporta personalização.² Assim também o

2. Dusi, *Istituzioni*, II, 90, p. 102; Trabucchi, *Istituzioni*, 142, p. 352; Galgano, *Le Società in Genere. Le Società di Persone*, 26, p. 127 e ss. Ressel-

Código português de 1867 (art. 32: só associações ou corporações), cuja orientação continua no mais moderno (art. 157), abrindo-se porém a possibilidade de personificar-se uma sociedade “quando a analogia das situações (referência às associações) o justifique”.³ É uma dessas aberturas que nas legislações novas se vão multiplicando e tomando espaço, até o ponto de admitir-se a personalização condicionada a certa formalidade, como se dá no Código venezuelano (art. 19, al. 5.^a, c.c. art. 1 651).

Entre legislações do ramo germânico, encontram-se igualmente tais aberturas, que todavia, devem ser compreendidas de harmonia com os respectivos sistemas.

O Código Civil austríaco parece ter sido o único código oitocentista a admitir a personalidade societária. Refere-se o art. 26 às sociedades “autorizadas”, incluindo-as, juntamente com as comunidades ou comunas (*Gemeinden*), no conceito de pessoa moral. Ocupa-se Unger⁴ de desfazer de algum modo esta impressão, basea-

ta a discriminação entre sociedades personalizadas ou não, do art. 2498, pelo qual só sociedades por ações e de responsabilidade limitada têm personalidade jurídica. Não as demais, mesmo mercantis. Quanto ao direito anterior, v. Ruggiero, *Instituições*, I, 43, p. 410.

3. Conforme Rodrigues Bastos, *Dos Contratos em Espécie*, I, p. 163, fica-se sem saber se tem ou não personalidade. Mas o art. 157 não lha atribui.

4. *System*, I, 42, v. p. 317; p. 321: “Zu der verwerflichen Ausdehnung des Begriffs der juristischen Person trug überdiess der Mangel gehöriger Unterscheidung und Trennung der *Corporation* als der *materiellen* Einheit der *Corporationsglieder* von den *Gesellschaften* mit bloss *formeller* (s. g. *collectiver*) Einheit der jeweiligen Gesellschafts- und Vereinsmitglieder (vgl. folgend. § lit. B.) wesentlich bei. Auf diese Weise kam man denn allmählig zu dem allgemeinen Satz: jede erlaubte Gesellschaft is eine juristische Person. — Bei genauerer Betrachtung musste es sich freilich bald zeigen, dass bei den *Corporationen* das entscheidende Kriterium darin bestehe, dass nicht die einzelnen Mitglieder Subjecte der Rechte und Verbindlichkeiten seien, sondern vielmehr ein von ihnen gänzlich verschiedenes, sie verdrängendes, über ihnen schwebendes unsichtbares ideelles Subject, und man fügte daher hinterdrein bei, dass bei den *Corporationen* die genannte Eigenthümlichkeit eintrete. Auf diese Art war man denn eigentlich dahin gelangt annehmen zu müssen, es gebe juristische Personen im eigentlichen und uneigentlichen Sinne; jede Gesellschaft sei zwar eine juristische Person, aber nicht jede von ihnen eine juristische Person im eigentlichen Sinne d. h. eine *Corporation*. Hiernach giebt es eigentliche und uneigentliche juristische Personen, d. h. solche die es sind und solche die es nicht sind, juristische Personen die *Corporationsqualität* haben und solche die sie nicht haben”.

do em pressupostos que em boa parte explicam a índole societária moderna aproveitando à doutrina geral do nosso assunto. E para tanto considera que se reconhecem duas classes de pessoas jurídicas: as corporações ou *universitates personarum*, e as *universitates bonorum* incluindo fundações e a herança jacente. Constitui o substrato da corporação a unidade ideal de todas as pessoas naturais que se uniram em comunidade, correspondendo pois a uma unidade *material*; enquanto a sociedade representa unidade *formal* (ou seja, coletividade) dos seus membros. Numa corporação, um associado não é sujeito de direitos e obrigações, mas antes alguém inteiramente distinto dela; e, nem as pessoas naturais consideradas individualmente, nem a totalidade numérica dos associados, formam o sujeito de direito. Assim também, numa corporação os associados não são os titulares do patrimônio comum, mas como terceiros estranhos a esse patrimônio. Nada disso ocorre porém numa sociedade simples — numa *societas* — onde, dentro

P. 323: “Auch für das österreichische Recht wird man daher nothwendig zwischen Corporation und solchen juristischen Personen die keine Corporationen d.h. die eigentlich gar keine juristischen Personen sind, unterscheiden müssen und auf diesem Wege zu dem Resultate gelangen, dass Erwerbsgesellschaften überhaupt, insbesondere aber Handelsgesellschaften... u.s.w. durchaus nicht als eigentliche juristische Personen (Corporationen), sondern lediglich als einfache Gesellschaften (*societates*) oder als Gesellschaften mit formeller (s.g. collectiver) Personeneinheit zu betrachten seien”. P. 328 s.: “Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst A) der wesentliche Unterschied der Corporation (*universitas*) von der einfachen Gesellschaft (*societas*). Bei der Corporation... Geradezu umgekehrt verhält es sich in allen diesen Beziehungen bei der Gesellschaft (*societas*). Die Gesellschaft löst sich auf durch den Tod eines Mitglieds und wird eine neue wenn ihre Mitglieder wechseln. Das Gesellschaftsvermögen steht nicht einem ideellen Subject sondern den einzelnen Gesellschaftern zu. Die Sachen stehen daher im Miteigethum der Gesellschafter; die Forderungen und Schulden stehen den einzelnen Gesellschaftern zu und haften auf denselben, sei es nun *pro rata* oder *in solidum* (§ 1 203, a. b. G. B.). Die Gesellschafter haben bloss unter einander Rechte und Pflichten und es gibt kein drittes von ihnen verschiedenes ideelles Subject dem sie gegenüber stünden. Die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens ist daher keine Veräußerung an Dritte, sondern die Verwandlung des ideellen Antheils jedes Gesellschafter in einen wirklichen ausgeschiedenen Theil. Löst sich die Gesellschaft auf, so fällt ihr Vermögen nicht wie bei der Corporation als *bonum vacans* an den Staat, sondern die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft theilen das gemeinschaftliche Vermögen unter sich”.

da unidade formal ou coletiva, os sócios não perdem a sua subjetividade pessoal, tanto que a sociedade se dissolve se morre um sócio, e que em relação ao patrimônio os sócios são condôminos, co-responsáveis pelas ações e dívidas sociais, *pro rata* ou *in solidum*, vinculando-se de resto entre si por direitos e obrigações recíprocas. Pela lei, toda sociedade autorizada é uma pessoa jurídica. Mas só corporações são pessoas jurídicas *em sentido próprio*. A sociedade simples (*societas*), não constituindo corporação, não é portanto pessoa jurídica em sentido próprio. Esta, em síntese, a lição de Unger.

O Código Civil suíço atribui personalidade jurídica às associações e fundações. Mas dispõe que as sociedades organizadas corporativamente investem-se de personalidade pela inscrição no registro do comércio (art. 52, al. 2.^a). Estas sociedades organizadas (*sociétés organisées, Personenverbindungen*), não incluem as sociedades civis (simples). São, aquelas, de acordo com Egger,⁵ as sociedades anônimas e as cooperativas. Pelo Código alemão adquirem personalidade jurídica as associações e fundações (arts. 21 e ss. e 80 e ss.). A sociedade se distingue da associação: tanto da associação não econômica quanto da econômica (art. 22),

5. *Das Personenrecht*, com. art. 52 do Código Civil (p. 179): “Die Arten der juristischen Personen: a) Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen oder *Korporationen*... Als Arten der *Korporationen* kennt das ZGB:... B) Die *Korporationen* des Bundesrechtes und diejenigen des kantonalen Rechtes. Über letztere vergl. Art. 59 al. 3. Die im Bundesrecht geregelten privatrechtlichen Körperschaften sind die *Aktiengesellschaft*, die *Genossenschaft*, die *Vereine i. e. S.*”. Confirmando esse entendimento, Rossel e Mentha, *Manuel*, I, 179, p. 125: “Le Code fédéral des obligations faisait dépendre de l’accomplissement d’une formalité, l’inscription au registre du commerce, l’acquisition de la personnalité par les sociétés anonymes, les sociétés coopératives de ses art. 678 et suiv. et les associations de ses art. 716 et suiv. La législation nouvelle ne touche directement, si ce n’est à titre de droit subsidiaire, ni aux sociétés anonymes, ni aux sociétés coopératives; en revanche, elle soumet les associations — les *Vereine* — à ses art. 60 à 79. Et son art. 52 (70, 61) est de la teneur suivante: “Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce (al. 1)”. Tel est le principe. Quelles sont les sociétés “organisées corporativement” de notre texte? Nous venons de les énumérer. Les art. 612 et suiv., 678 et suiv. C.O. répondent à cette question, ainsi que les art. 60 et suiv. de notre loi”.

comenta Kober,⁶ exatamente porque estas têm “capacidade” jurídica, em razão de prescrição legal ou de concessão do Estado, estimando-se ambas como pessoas jurídicas.

A evolução do direito societário argentino, e muito especialmente a do direito francês (pela grande influência que sempre têm exercido sobre todas as legislações os seus rumos), pode ser o melhor exemplo da direção personalista para a qual vai seguindo a sociedade civil em nossos dias, segundo permitem inferir as reformas impostas pelas Leis 17 711 de 22.6.68 (art. 33, al. 3.^a, 2.^o) e 78-9 de 4.1.78 (art. 1 842), respectivamente argentina e francesa. Porque o Código Civil argentino, acompanhando o modelo freitiano segundo atesta a nota de Sarsfield,⁷ na redação original do art. 33 não compreendeu entre as pessoas jurídicas privadas senão estabelecimentos e corporações (estabelecimentos diversos, comunidades, sociedades anônimas, bancos, companhias de seguros e associações em geral) que tivessem “por principal objeto o bem comum, contanto que possuam patrimônio próprio e sejam capazes, por seus estatutos, de adquirir bens, e não sobrevivam de subvenções do Estado”. E no entanto, com a grande reforma que em 1968 atingiu todo o Código Civil, a concepção societária argentina mudou profundamente, e o novo texto do art. 33 do Código alinha as sociedades (civis e comerciais), ao lado das associações e fundações, na enumeração das pessoas jurídicas. O Código Civil francês, de sua parte, nada estabeleceu sobre pessoas jurídicas ou morais, infensa toda legislação napoleônica à personalização de coletividades privadas. Em favor das sociedades comerciais, entretanto, reconheceu a jurisprudência, desde logo, solidamente e sustentada em bons fundamentos legais, a competente personalidade. Cuidou-se de seguir o mesmo caminho quanto às civis, procurando

6. Kober-Staudinger (*Kommentar*, II, p. 1.354): “Die Gesellschaft unterscheidet sich infolgedessen insbes. von den *eingetragenen Vereinen* des § 21 und den *wirtschaftlichen Vereinen* des § 22, welche letztere auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften oder durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit besitzen; den beide kategorien gelten als *juristische Personen*”. Cf. tb. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, com. ao art. 705 (p. 575), 1, 2.

7. Nota ao Título I (*De las personas jurídicas*) da Sección I do Livro I: “De él (Savigny) ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos a la letra”.

apoio em disposições do Código como as dos arts. 1 845, 1 846, 1 851, 1 859, 1 867, — inconsistentes todavia tais esforços, aliás majoritários, porque, como comentava Pont,⁸ não ofereciam as disposições invocadas base verdadeira para opor a sociedade aos sócios como entidade distinta. A controvérsia persistiu até que a reforma de 1978 lhe pôs termo, já então com aparente intuito de tornar obrigatória a personalização.

5. Reflexão crítica

Tais observações põem à mostra desde logo alguns fatos. Um deles é que às assim chamadas associações, ou corporações, conferiram-lhe os códigos civis, originariamente, personalidade jurídica; quase todos. E neste ponto não fizeram senão prosseguir a tradição porquanto o direito romano já personificava os *corpora* ou *collegia*, numerosos os textos do Digesto neste sentido (v.g. 1, 6, 1; 2, 4, 10, 4; 3, 4, 2 pr. e 7; 10, 1, 4, 7; 34, 5, 20; 36, 1, 1, 15; 38, 3, 1, 1; 41, 3, 1, 22; 48, 18, 1, 7). Outro fato digno de nota é que às sociedades mercantis se reconheceu personalidade jurídica ordinariamente e com poucas exceções. O terceiro e mais importante, que as reformas legislativas parecem orientar-se para a personalização da sociedade civil.

Todas estas tendências são observáveis na legislação brasileira onde às sociedades comerciais foi reconhecida personalidade desde o início. As associações, só por lei de 10 de setembro de 1893 puderam adquirir personalidade e as sociedades civis passaram a havê-la se assumissem forma mercantil.⁹ Os sindicatos agrícolas em 1903 (Dec.-leg. 979 de 6.1.3), os profissionais em 1907 (Dec.-leg. 1 637 de 5.1.7), a Cruz Vermelha em 1910 (Dec. 2 380 de 31.12.10). E, em perspectiva, temos a “sociedade simples” do Projeto 634-B/75, tomando o lugar da sociedade civil, e revestida de personalidade em caráter obrigatório.

O exame comparativo das diferentes legislações autoriza, não obstante, outra conclusão também segura: que não é pessoa

8. Pont, *Traité-commentaire*, I, 124-126, pp. 94 e ss. Planiol, *Traité Élémentaire*, II, 1956, p. 632, nota 3. Weill e Terré, *Les Personnes, la Famille, les Incapacités*, 162, p. 137, 140-141.

9. M. I. Carvalho de Mendonça, *Contractos*, II, 262, p. 212; 263, p. 213 s.; 288, pp. 304 e ss.

jurídica em substância, a sociedade civil, como poderá sê-lo a associação. Não se põe isto em dúvida na doutrina civil brasileira, em geral. Mas o que é importante frisar, é que a sociedade civil não requer, pela sua natureza, confirmada pela tradição, conformação personalista. De sorte que a personalidade jurídica lhe sobrevém como uma superestrutura técnica, cuja vantagem ou conveniência prática pode ser discutida, mas cuja obrigatoriedade não parece razoável. Não quer isto significar que uma sociedade civil seja incompatível com personalidade jurídica, como em doutrina também se tem afirmado. Pelo contrário, qualquer sociedade, e também a civil, sendo comunhão operativa e finalística, traz em si a vocação ética da unidade ativa, o que vale dizer de uma personalidade análoga, — assunto que tem de ser abordado no lugar próprio deste estudo (196, 197). Essa inclinação, por assim dizer natural, não deve entretanto reverter em estorvo à natural composição e desempenho de sociedades.

Que coisa é uma sociedade civil?

Certamente não é a sua posição nos quadros legais, ou as denominações várias que pode receber, ou as classificações convencionais a que se sujeita ela, que dá resposta a esta indagação. Parece muito relevante, antes de entrar na análise técnico-jurídica de tal instituição, repassar algumas premissas fundamentais concernentes ao *gênero* sociedade, no qual se especifica o objeto desta dissertação.

6. Visão psicomoral da sociedade

A noção mais ampla de sociedade, que é a da Ética social, assenta na consideração de que o associar-se um indivíduo humano a outro, é *appetitus* seu tão natural como o alimentar-se, o desejar e o pensar. O axioma do “animal social” está abundantemente presente no pensamento ético de hoje, como esteve no antigo (Aristóteles, Cícero) e no intermédio (S. Tomás, Grócio etc.). A interação dos homens, como considera Goffredo Telles,¹⁰ “não é algo introduzido de fora, algo de acrescentado, mas é parte integrante e natural de sua estrutura. A estrutura do homem é um reflexo de todas as suas interações. Nenhum homem seria o que é se não

10. *O Direito Quântico*, p. 342.

fosse a ação que ele exerce sobre os outros homens, e a ação dos outros sobre ele”.

Cuidando João Messner¹¹ de explicar o fenômeno do irrefreável impulso social, começa por observar que os homens são iguais na sua natureza essencial mas diferentes na sua natureza individual. A igualdade essencial se encontra na sua estrutura psicomoral, com os fins existenciais nela compreendidos: o espírito humano dispõe de possibilidades que ultrapassam por completo o âmbito da matéria, estendendo-se ao mundo da verdade e dos valores; o conhecer e o querer do homem pode subir até ao mundo do absoluto. Assim, “a “auto-superação” constitui a um tempo rasgo e instinto fundamental da natureza humana”. A desigualdade individual reside, a seu turno, na parte corporal-sensitiva do homem, marcada esta de carências, limitações e aptidões, entre as quais aptidões a de receber e dar *complementação* às deficiências naturais. Trata-se da capacidade de *permutar* com outros indivíduos a complementação das necessidades de corpo e de psique. A linguagem *v.g.*, constitui expressão excelentíssima da dita capacidade.

Ora, preso ao corpo o potencial da mente, só através do suporte psicossomático podem suas disposições e aspirações atuar, sujeitas pois às limitações próprias da matéria. Mas ao lado destas limitações opera a natural capacidade de complementação do homem, precisamente em razão do seu ser físico. E é pelo fulcro desta aptidão de complementação que o indivíduo logra expandir o instinto de auto-superação próprio da essência psicomoral do homem.

É, portanto, conclui Messner, “graças a esta desigualdade de forças da sua natureza individual e à igualdade dos fins próprios da sua natureza essencial, que estão os homens preparados para unir suas forças e capacidades, em ordem a alcançar, pela cooperação, a existência humanamente perfeita que a tais fins corresponde”.¹²

Em outras palavras, é por ser um composto psicossomático, com psiquismo dotado de razão — animal racional — que o homem é *social*. Tal atributo não se encontraria numa natureza

11. *Ética Social*, pp. 130-132, tb. 127-129.

12. *Ob. cit.*, p. 131.

animal não racional, como não se encontraria numa natureza racional não animal. Não se encontraria no bruto, por mais gregário que fosse, porque lhe falta o apetite da auto-superação endireitada para o mundo da verdade e dos valores, i.é da cultura. Abelhas, formigas, termitas, castores etc., estão perfeitamente preparados para ajustar-se ao seu sistema "social", mas como peças que se preparam para ajustar-se a uma máquina. Aí os indivíduos são partes que existem exclusivamente para o todo, para o automatismo, ao passo que o indivíduo humano, ajustando-se ao seu grupo para permutar complementações, volta-se enfim sobre si mesmo a cumprir o seu próprio desígnio moral-cultural. Nos grupamentos humanos, encarece-o Goffredo Telles, "a sorte de seus componentes é o que sobretudo interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é *instrumento* de cada homem".¹³ De outra parte, o atributo humano da socialidade não se encontraria numa natureza que se imaginasse puro espírito porque, não subordinada às limitações da matéria, estaria tal natureza inteiramente liberada para o mundo do absoluto, sem necessidade de auto-superação e, pois, de complementação. Apanágio da espécie humana e, assim, excluída a sociedade da vida supra-humana como da infra-humana, com toda razão Aristóteles concluía que "o incapaz de viver em sociedade, ou o que dela não tem necessidade por bastar-se a si mesmo, forçosamente tem de ser um bruto ou um deus".¹⁴

Resumindo o pensamento de Messner: os fins existenciais inerentes à natureza essencial do homem, reclamando a própria perfeição e condicionando-se por exigências recíprocas, impele-o a unir-se harmonicamente aos outros. Essa união é a sociedade.¹⁵

7. Noção ética de sociedade

Os homens *interagem*, portanto, para lograr o que individualmente não podem alcançar. O que cada um por si não consegue

13. Ob. cit., p. 335.

14. *Política*, 1253, a (28-29).

15. Ob. cit., p. 133. A definição dada por Messner diz (na tradução de A. Maia de Castro): "a sociedade é a união harmônica dos homens por exigências recíprocas em ordem ao ser humano perfeito, cuja consecução os fins existenciais reclamam".

e que o impele à conjunção operativa, é o que a todos os con-
jugados convém: um fim comum. Haverá sociedade, na mais
ampla acepção, onde houver estes três componentes: *conjunção*,
cooperação, *fim comum*.

O elemento *material* da sociedade, segundo ensinou Cath-
rein,¹⁶ é a pluralidade de homens. Considerada como agrupamento
tal pluralidade, é a conjunção (*coniunctio plurium*).

A cooperação designa-lhe o elemento formal e lhe dá a nota
característica mais terminante. Cooperação significa operação (ação)
conjunta.

Não é demais evocar aqui o suposto de que uma ação, enquan-
to ordenada a um fim, coloca-se no plano ético e corresponde a um
ato da capacidade volitiva. Trata-se então de um fato da ordem
racional, e assim pessoal e humana, pois só indivíduos pessoais
são dotados de vontade inteligente e, afinal, só homens constituem
(expressão de Basave del Valle)¹⁷ “matéria sociável”.

Entretanto, agindo os indivíduos em sociedade, em ordem a
conseguir o mesmo fim, obram segundo uma vontade comum,
porque a atividade com que cada um contribui para a sociedade
procede de uma vontade unificada pelo escopo comum: a *vontade*
social. Daí ter dito bem, Cathrein, que a sociedade é uma con-
junção *moral* (*coniunctio moralis, unio moralis*): que consiste
em vínculos de vontade em direção a um fim. Destarte uma socie-

16. *Philosophia Moralis*, 505-506, p. 352. Cathrein define: “Societas est coniunctio moralis et stabilis plurium in communem aliquem finem suis actibus conspirantium”. Diz: “Ad veram enim societatem requiritur, ut eius membra ad eundem finem volendum et unitis viribus consequendum mutuis officiis et iuribus contineantur”. Das causas material e formal escreve: “(Ex his patet) elementum societatis *materiale* esse multitudinem, elementum vero *formale* ipsam unionem moralem. Haec unio moralis duplici principio efficitur: a) *fine communi*, qui societatem specificat et de se iam unitatem voluntatum et intelligentiarum aliquatenus efficere valet. Attamen ad unionem constantem et ordinatam in cooperando, spectata hominum libertate et diversitate iudiciorum et virium de se solus finis communis non sufficit, sed requiritur insuper; b) *aliquod elementum* in ordine *reali*, quod primario consistit in mutua obligatione respectu eiusdem finis. Praeterea requiritur aliquod principium, quod constanter et efficaciter liberam voluntatem in finem communem dirigat, scil. *auctoritas*, quae est elementum societatis necessarium et definiri potest: *ius obligandi* membra societatis, ut ad bonum commune suis actibus cooperentur”.

17. *Filosofia do Homem* (trad. H. P. Paz), p. 188.

dade se distingue não só de um agregado de indivíduos irracionais que não são pessoas, mas também da multidão ou congêrie de homens reunidos num lugar por alguma circunstância apenas externa.

E demais, dada a liberdade do indivíduo humano e a diversidade dos seus juízos e forças, não basta, para a formação e a execução em concreto da vontade social, a determinação do fim comum. É mister estejam os membros desse agrupamento adstritos por *obrigação* moral recíproca a obrar em função do fim, resultando daí mútuos deveres e direitos que assegurem orientar-se a vontade social e a sua execução à meta visada. “Ação conjunta” e “ordenada”, diz Dalmo Dallari,¹⁸ numa fórmula aproximadamente apta a resumir a causa formal da sociedade.

Distinguem-se, por conseguinte, no elemento formal da sociedade (a *cooperação*), estes três componentes: a obrigação social, a vontade social, a atividade social. Eticamente, não subsistirá sociedade a que falte um deles.

É próprio outrossim do ente social, conquanto não lhe seja *essencial*, um princípio de constante e eficaz *direção* das vontades e das operações, para o fim comum: uma *autoridade* ou *governo*. Que a autoridade não integra a forma substancial da sociedade senão constitui propriedade sua (ainda necessária), provou-o Cathrein num simples exemplo: quatro homens obrigam-se, por escrito, a unir seus esforços para conseguir certo fim; já aí está uma sociedade, em essência perfeita, muito embora não se tenha sequer cogitado da autoridade.¹⁹

18. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 14, p. 22. A fórmula de Dallari é: “manifestações de conjunto ordenadas”. Requisitos dessa cooperação ordenada: reiteração (permanência), ordem (a vinculação jurídica), adequação (à realidade social). O primeiro e o terceiro requisitos relevam na ordem sociológica; não na ontológica.

19. Ob. cit., 507, p. 353. Também a *estabilidade* da união moral, elemento incluído na definição de Cathrein, não é da essência da forma social; é antes um característico da sociedade *proprie dicta*. Mas por ser, uma sociedade, dirigida a fim momentâneo ou único (*societas impropria*), não se desfigura sua forma substancial. O que ensina Cathrein é que a sociedade é “*stabilis, quia transitoria coniunctio ad finem momentaneum aut unico fere conatu absorvendum non vocatur proprie societas*”. Noutras definições (como a de Gredt, nota 20) o componente “estabilidade” não aparece.

8. As causas final e eficiente

O uso de analisar todas as coisas pelas suas causas, é, como se sabe, diretriz de organização do pensamento, própria do método aristotélico. A incomparável simplicidade e precisão de idéias que desse estilo de pensar sempre resultou, resistindo a tantas modas lógicas que se vão sucedendo, recomendam às vezes valermo-nos das lições dos que assim procederam, sobretudo quando o tumulto conceitual parece assaltar uma disciplina, como se dá no caso da sociedade.

Reconhecer as causas do constituto social é conhecê-lo na essência. A causa material (*coniunctio plurium*) e a causa formal (*unio moralis*, cooperação), já consideradas no parágrafo anterior e que são as causas *intrínsecas*, revelam a constituição interna da sociedade. *Extrínsecas* são as causas final e eficiente, necessárias não obstante para completar-lhe a noção.

A causa *final* de uma sociedade, que é o mesmo fim social, a meta buscada pelos sócios enquanto tais, é, como já ficou dito, o elemento que unifica a vontade e a ação do grupo. É, em última análise, a causa que determina a forma social, inseparável portanto, do conceito de sociedade. Gredt²⁰ ensina que a causa final da

20. *Elementa Philosophiae Aristotelico-thomisticae*, II, 1.007, p. 406. A definição de sociedade proposta por José Gredt diz: "Societas est unio moralis plurium ad agendum pro bono communi". As causas: "Causa igitur finalis societatis est bonum commune, quod singuli eorum, qui in societate uniuntur, per se attingere non valent. Causa formalis est unio, quae *moralis* esse dicitur quia consistit in iuribus et officiis quibus membra societatis adstringuntur ad agendum pro bono communi. Causa materialis societatis sunt entia natura intellectuali praedita, quae sola capacia sunt iuris et obligationis moralis. Causa efficiens societatis est id, unde oritur unio moralis seu vinculum obligationis moralis quo constituitur societas". Distingue-se fim-causa de fim-efeito: "Finis cuius gratia est finis *causa*. Ei opponitur finis *effectus*". "Finis effectus seu finis *operis* ut talis nunquam est causa, sed effectus efficientis. Potest tamen esse causa (finalis), non ut est finis operis, ut est in exsecutione (ultimum in exsecutione), sed ut est finis operantis, ut est in intentione (primum in intentione) seu ut est terminus inclinationis vel appetitus, cum finis operis et operantis materialiter coincidunt. Finis effectus ut talis, i. e., finis operis qui non est finis operantis, non movet causam efficientem ut finis, sed ut medium. Quare non finalisat seu movet finaliter ratione sui, sed ratione finis. Medium finalisat propter finem".

sociedade é o *bonum commune*; ou seja, simplesmente, o benefício comum: aquilo que cada um dos associados quer e não pode alcançar por si mesmo, e pelo que se reúne aos outros.²¹

E quanto à causa eficiente diz Gredt que é “aquilo de onde se origina a união moral ou vínculo de obrigação moral no qual se constitui a sociedade”. Trata-se, em suma, daquele fato, convencional ou não, que gera o vínculo de deveres e direitos (*ob-ligatio*) capaz de endireitar as vontades e as operações para o fim comum.

9. Espécies de sociedade

É ainda pelo critério das causas que se chega à mais geral e sólida classificação das diferentes espécies de sociedade. E a mais importante dessas classificações é a que considera a causa eficiente — a origem — das espécies. Sigo aqui, então, a ordem inversa das causas, começando pela eficiente.

a) Quanto à origem, as sociedades são *naturais* e *voluntárias*.

Naturais ou necessárias são as sociedades cuja existência, na sua espécie, é determinada na ordem da animalidade social do homem. Cathrein acentua, na idéia de sociedade natural, atender ela à necessidade natural, mas *secundum suam speciem*. Porque toda sociedade, *secundum genus*, responde a uma inclinação natural de unirem-se os homens para alcançar os seus fins. E neste sentido toda sociedade seria natural. Mas as sociedades ditas estritamente naturais, constituem-se tais na sua espécie. Têm, assim, já de algum modo definida a sua específica constituição, na sua própria natureza.²²

21. A expressão e o conceito de “bem comum”, que Videira Pires credita a S. Tomás (*Sociologia Política*, p. 84), é efetivamente de rara flexibilidade. E conquanto tenha aplicação mais freqüente e dilatada no campo sócio-político, cabe ubiquamente na conceituação social; torna-se por isso instrumento conceitual insubstituível no trato da matéria social. Mas nem toda concepção social é finalista. A definição de sociedade proposta por Del Vecchio é: “um complexo de relações pelo qual vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade” (*Lições de Filosofia do Direito*, trad. A. J. Brandão, 3.^a ed., II, p. 217). Ao que se nota, o conceito suprime o fim extrínseco. É uma visão organicista: o fim da sociedade é a própria formação da sociedade, está em si mesma.

22. Cathrein, ob. cit., 511, p. 356: “Dixi secundum suam *speciem* et non solum secundum genus considerata. Ut enim societas sit naturalis,

Sociedades voluntárias (ou livres, ou artificiais), na sua espécie, são as geradas pela vontade livre das pessoas, como ocorre com uma sociedade mercantil.

As sociedades naturais, a seu turno, são duas: a *doméstica* e a *civil*. A sociedade doméstica, que é a família, compreende a sociedade conjugal, a parental, a heril, a família como um todo. A sociedade civil — sociedade política, a cidade — são as famílias conjuntas. Assim, as sociedades domésticas se ordenam para a sociedade civil. Todas as demais sociedades são voluntárias.

Miguel Villey²³ repara que no pensamento que dizemos moderno, inaugurado sob o império do nominalismo, não há lugar para a idéia de uma sociedade natural porque, para ele, na natureza, só coisas e fatos individuais são dados; e as relações entre esses fatos seriam criação dos sábios, produto do pensamento humano. É a exaltação do poder do espírito humano levada à sua consumação pela filosofia kantiana. Aristóteles, pelo contrário, observa a existência de *comunidades*, i. é de relações naturais, e logo da família, ora vasta, ora reduzida a um grupo mínimo. Ao ver de muitos seria livre, ao revés, fabricar formas inéditas de família, casais de homossexuais, grupos de jovens excluídos doentes e velhos; natural, só o fato individual do contato sexual. A tanto leva o sistema individual. E Aristóteles, o que observou da família, observou também da cidade. Seria, também o grupo político, invenção dos homens primitivamente isolados no “estado de natureza”? No século XX, anota Villey, sob influxo da renovação científica que descobre no campo humano leis psicológicas, sociológicas, antropológicas, etnológicas, políticas (física social, sociologia e psicologia coletiva, antropologia estrutural) análogas

non sufficit, ut generatim natura inclinet ad certum finem sociali cooperatione attingendum, sed requiritur, ut inclinet ad societatem *certo et determinato modo ineundam*, ita ut haec societas per se ipsam naturam in sua specie sit determinata seu habeat quasi constitutionem ab ipsa natura aliquo modo definitam”. Neste sentido, de que toda sociedade é natural pela natural inclinação para a cooperação, é que dizia Pothier ser a sociedade “un contrat de droit naturel, qui se forme e se gouverne par les seules règles du droit naturel. Si les ordonnances ont prescrit quelques formalités pour ce contrat, elles n’ont été prescrites que pour servir à la preuve de ce contrat, et elles n’appartiennent pas à sa substance” (*Traité du Contrat de Société*, 4, p. 242).

23. *Philosophie du Droit*, II, 197, p. 130 s.

às leis das ciências físicas, é à luz da filosofia clássica que as coisas retomam sentido, contra a arbitrária dicotomia dos descendentes de Ockham.

b) Quanto ao fim, as sociedades são *completas* ou *incompletas*, conforme compreendam em seus fins todos os fins ou bens humanos ou apenas um ou alguns. São sociedades completas a família e a cidade, enquanto proporcionam, uma e outra, a perfeição social do homem. Mas a sociedade doméstica é apenas *intrinsecamente* completa porque, ordenada para a cidade, dela necessita e a ela está sujeita. *Extrinsecamente* (e também *intrinsecamente*) completa — soberana — só a sociedade civil é. Sociedade incompleta, por sua vez, é a que cumpre fim especial ou fins especiais, como uma sociedade de exploração industrial ou um grêmio literário.

c) Quanto à forma, dizem-se *perfeitas* as sociedades que, dispondo dos meios necessários para conseguir os seus próprios fins, não dependem de outras, pelo menos diretamente. Só a sociedade política pode dizer-se perfeita. *Imperfeitas* são todas as demais, porque dependentes.

d) Quanto à matéria, as sociedades são *simples* ou *compostas*, segundo a conjunção seja de pessoas (naturais) ou de outras sociedades. Sociedades compostas são comuns no campo da empresa. A família é sociedade natural ao mesmo tempo composta e simples, pois que inclui sociedades menores, mas, ainda assim, congrega em distinta união todos os membros individuais.

10. A sociedade como gênero

Esta incursão pelo campo ético da teoria social, trazendo à tona bases conceituais pré-jurídicas, claras e muito gerais, favorece a formação desde logo de uma perspectiva crítica, valiosa para o exame da disciplina jurídica objeto desta dissertação. Mas, de pronto, força a retomar a questão do lugar da sociedade no quadro geral dos entes jurídicos, personificados ou não, segundo as legislações civis. Porque, como visto, a sociedade é um grande *gênero* de realidades humanas, e de modo algum se comporta nos limites estreitos de uma espécie ou sub-espécie de pessoa jurídica.

Ora, como gênero, passa a sociedade a compreender, além da especialmente indicada com esse nome no art. 16 do Código, outras dentre as entidades relacionadas no capítulo das pessoas jurídicas e na legislação extravagante; a começar do Estado (para os que o identificam com a sociedade política),²⁴ porque, a nível de direito público externo, é o Estado a pessoa jurídica por excelência.²⁵

Pessoas jurídicas de direito público interno, a lei relaciona em primeiro plano a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios (art. 14). Não são o Estado, mas esferas de atribuição e instrumentos de governo ou poder do Estado, repartições de “competência”, ou “ordens” da federação, na expressão de Ferreira Filho.²⁶ Mas a lei não *cita* o Estado, que é o todo, o sistema completo, como pessoa de direito interno.²⁷ Nem se

24. Assim Ataliba Nogueira, *O Estado é Meio e Não Fim*, 37, pp. 110 e 111; 47, p. 146; Dalmo Dallari, *Elementos*, 22, p. 43; 59 (c.c. 58), p. 104 (pp. 102 e 103). Não parece que a concepção de Estado oferecida por Kelsen (admitida neste ponto por Ferreira Filho — *Curso*, pp. 45 e 46) se compadeça com esse critério, pois para Kelsen o Estado é a “ordem jurídica” que constitui uma comunidade política (*Teoria Pura do Direito*, trad. J. B. Machado, II, 41, pp. 175-178, 230). Sendo assim, o Estado será necessariamente uma parte da sociedade política, porquanto a “ordem de coação” da conduta social não pode ser senão parte da comunidade que assim se conduz, não importa o formidável esforço de simbiose ordem jurídica — comunidade social, desenvolvido por Kelsen para reduzir o dualismo, misticamente, à imagem e semelhança do panteísmo (p. 230).

25. O art. 13 do Código Civil, que é o que alude às pessoas jurídicas de direito público externo, não nomeia *explicititer* o Estado. Mas tal transparece claramente, *v. g.*, das disposições constitucionais que se referem às relações com *Estados estrangeiros* (arts. 8.º, I; 81, IX etc.); ou da constituição formal da Organização das Nações Unidas, cujos membros são precisamente os Estados (art. 3.º da *Carta*). Outras organizações internacionais com personalidade jurídica de direito externo são igualmente sociedades regionais de Estados; a Santa Sé é a personalidade jurídica da Igreja, e outras entidades são organismos técnicos ligados à ONU (*v. Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos*, II, 145, pp. 274 e 275).

26. *Ob. cit.*, pp. 50, 55.

27. Carbonnier (*Droit Civil*, I, 76, p. 340) pondera: “L’État est cité en première ligne. Mais c’est par un abus de technique que le droit public libéral du XIX^e s. l’a coulé dans la notion de personne morale, pour faire redescendre de l’empyrée les vieilles idées du souverain et du prince. L’État est un concept irréductible à tout autre. Il n’est pas dans le système du droit; il est ce système”. Mas a doutrina civil reconhece,

haveria de concebê-lo como tal, segundo o pensamento político de Maritain, para quem o atribuir-lhe personalidade trai concepção despótica e falsa, baseada em teoria substancialista ou absolutista do Estado.²⁸

É discutível se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são *sociedades*, porquanto, ainda envolvendo cada um desses entes políticos a idéia de população repartida dentro

quase em peso, a personalidade jurídica (aparentemente não só a de direito externo e sim a personalidade geral) do Estado. É certo contudo que para haver personalidade *de direito*, não basta o substrato capaz de suportá-la. Em sede de direito estrito é o ordenamento que a reconhece e, como diz Trabucchi, a “riplasma permezzo del crisma della giuridicità” (*Istituzioni*, 49, p. 108). É esta declaração de personalidade interna do Estado que falta na lei: uma declaração, em certo sentido, do próprio Estado, de que ele é pessoa jurídica. E no terreno dos fatos, é manifesto que a personalidade do Estado não tem realidade interna. Alguém já terá visto, p. ex., uma ação proposta pelo Estado brasileiro ou contra o Estado brasileiro? Não. Na esfera interna os interesses ativos ou passivos são da União, dos Estados, dos Municípios etc. A União, designadamente, não é o Estado (como parece ter suposto Beviláqua, *Código Civil Com.*, art. 14). Se o fosse, e visto que o Estado é o todo, na União estariam compreendidos os Estados, o Distrito Federal, os Municípios. E isto não é verdadeiro porque o campo de atribuições de poder destas outras esferas, delas exclui a União. Assim a União é uma parte, uma divisão das atribuições do Estado, e não o próprio Estado. E quando a Constituição, que é a lei do Estado, dispõe sobre a ação no campo econômico e social do Estado, como tal (p. ex. arts. 179, §§ 1.º e 2.º, e 180), com toda certeza não está se referindo só à esfera da União senão ao Estado como um todo, e logo às outras 3 esferas menores também; e tampouco estará se referindo à sociedade (v.g.: “O amparo à cultura é dever do Estado”). Será *dever* da sociedade?

28. “Mais nous sommes, diz Maritain (*L’Homme et l’État*, p. 13), en présence d’une notion tout à fait différente, la notion *despotique* de l’État, basée sur une théorie “substantialiste” ou “absolutiste”. Selon cette théorie, l’État est un sujet de droit, c’est-à-dire une personne morale, et donc un tout; en conséquence, il est ou surimposé au corps politique ou destiné à absorber entièrement le corps politique, et il jouit du pouvoir suprême en vertu de son propre droit naturel et inaliénable, et dans son propre intérêt final”. Trata-se, segundo a frase de Luigi Sturzo, do *panteísmo de Estado*: “a concepção aberrante de um “Estado-ético”, isto é, em si e por si mesmo normativo, sem outra lei que não seja a sua própria vontade realizadora, o seu ato, como dizer, infinito, absoluto, criador, divino?” (*O Panteísmo de Estado*, p. 127). “C’est un fait, prossegue Maritain (loc. cit.), que tout ce qui est grand et puissant a une tendance

de certas porções territoriais, o que mais ressalta nos respectivos conceitos é o seu aspecto funcional de esfera da atribuição de governo do Estado; o que equivale a dizer, aparecem mais como *instuições*.

instinctive à déborder ses propres limites et en éprouve naturellement la tentation. Le pouvoir tend à l'accroissement de pouvoir, la machine du pouvoir tend sans cesse à s'étendre; la suprême machine légale et administrative tend vers l'autarcie bureaucratique; elle voudrait se considérer non comme un moyen, mais comme une fin. Ceux qui se spécialisent dans les affaires du tout ont une propension à se prendre pour le tout; les états-majors à se prendre pour l'armée, les autorités ecclésiastiques pour l'Église entière, l'État pour le corps politique tout entier. Du même coup, l'État tend à s'assigner à lui-même un bien commun particulier, sa propre conservation et sa propre croissance, distinct à la fois du bien-être e de l'ordre publics, qui sont ses fins immédiates, et du bien commun, qui est sa fin suprême. Toutes ces infortunes ne sont que des exemples d'excès ou d'abus "naturels". A idéia do Estado como pessoa moral está associada à do Estado igual à sociedade civil ou política, e é desta como que uma consequência, pois um corpo social tem a vocação da personalidade moral. O que Maritain sustenta é uma concepção "instrumentalista" do Estado, fundada na distinção definitiva entre a sociedade ou corpo político e o Estado que dela é parte: "La théorie que je viens de résumer et qui considère l'État comme partie ou instrument du corps politique, subordonné à lui et investi de l'autorité supérieure non de par son droit propre et dans son intérêt propre, mais seulement en vertu et en proportion des exigences du bien commun, peut se définir comme une théorie "instrumentaliste", établissant la notion véritablement *politique* de l'État" (*ibidem*). O Estado é, não a sociedade política, mas a autoridade ou governo da sociedade política, por esta investido do poder e do encargo de manter a lei, de promover a prosperidade e a ordem pública, de administrar os negócios públicos (pp. 11 e 12). Assim, "l'État est une partie *spécialisée* dans les intérêts du *tout*. Ce n'est pas un homme ou un groupe d'hommes: c'est une ensemble d'institutions qui se combinent pour former une machine régulatrice occupant le sommet de la société: cette sorte d'oeuvre d'art a été construite par l'homme, elle utilise des cerveaux humains et des énergies humaines et elle n'est rien sans l'homme, mais elle constitue une incarnation supérieure de la raison, une durable superstructure impersonnelle, dont le fonctionnement peut être dit rationnel au second degré, pour autant qu'en elle l'activité de la raison, liée à la loi et à un système de règles universelles, est plus abstraite, plus dépouillée des contingences de l'expérience et de l'individualité, plus impitoyable aussi, que dans nos existences individuelles" (p. 12). Este artefato que é o Estado, esta durável superestrutura impessoal e funcional, não é, pois, "la suprême incarnation de l'Idée, comme le croyait Hegel; l'État n'est pas une espèce de surhomme collectif; l'État n'est qu'un organe habilité à employer le pouvoir et la

Ferrara,²⁹ seguido com variantes pela principal doutrina civil italiana, reconhece dois gêneros de realidades convenientes à personificação jurídica: as *corporações* e as *instituições*, as quais assim se distinguem entre si: nas corporações (onde entram as sociedades *lato sensu*), que já existiam no direito romano (*universitates personarum, collegia*) com a capacidade jurídica (*personae vice funguntur*), o que se personifica é uma coletividade humana na sua unidade; nas instituições, nascidas propriamente com o direito canônico a incluir uma grande variedade de tipos (“*universitates rerum* ou *bonorum: corpora, pia corpora, piae causae, orphanotrophi, brephotrophi, hospitales, sanctae domus, pii loci, loca venerabilia*” etc.), o que se personifica é a instituição mesma, diz Ferrara, o estabelecimento, a obra — não exatamente o patrimônio como se diz hoje das fundações as quais formam uma espécie (predominantemente privada) de instituição, entre outras (estabelecimentos — *établissements* —, empresas etc.). A lei canônica, aliás, passou a conferir a todos os organismos, obras e ofícios eclesiásticos dotados de patrimônio próprio, inclusive às corporações, o caráter de instituição, especializando-se de resto certos ofícios como *instituti ecclesiastici*; a pessoa jurídica do direito canônico é o *corpus mysticum*. As corporações, de outra parte, regem-se por sua *própria vontade* e podem determinar o seu próprio destino; as instituições são regidas definitivamente

coercition, et composé d'experts ou de spécialistes de l'ordre et du bien-être publics — un instrument au service de l'homme. Mettre l'homme au service de cet instrument est une perversion politique. La personne humaine en tant qu'individu est pour le corps politique, et le corps politique est pour la personne humaine en tant que personne. Mais l'homme n'est à aucun titre pour l'État. L'État est pour l'homme” (ibidem).

29. *Le Persone Giuridiche*, 41, p. 128 s.; *Trattato*, 123-127, p. 597 s. A divisão mais comum na doutrina italiana é a que distingue *associação* e *fundação* com as *instituições* ou institutos como uma espécie pública à parte. Estas, ora são tidas como simples fundações públicas, ora como terceiro gênero. Ou as fundações são tidas como instituições (Ferrara, ob. cit., p. 618). O certo é que o termo *instituição* para designar pessoas jurídicas (*universitates rerum*) foi introduzido pela doutrina publicista. Cf. Ruggiero, *Instituições*, I, 42, p. 386; Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, 48, p. 115 s.; Dusi, *Istituzioni*, I, 11, p. 84-87; Passarelli, *Teoria Geral do Direito Civil* (trad. M. Alarcão), 5, p. 21; Trabucchi, *Istituzioni*, 50, p. 109 e 110; Messineo, *Manuale*, I, 20, p. 276 s., p. 300 s.; Brunetti, *Trattato del Diritto delle Società*, I, 1, p. 3-5.

pela vontade do instituidor ou fundador. A atividade destas é ordenada de fora para dentro, por uma imposição superior, tendo por escopo um fim externo ou alheio; enquanto a daquelas é livre e persegue fins próprios e internos, comuns aos associados. Uma corporação, enfim, é operada pelos mesmos associados que a constituem, segundo o seu próprio interesse, ao passo que uma instituição é ativada por quem não é seu sujeito mas mero operador a serviço do interesse posto *ab extrinseco*.

Afora as entidades políticas alistadas no art. 14 do Código, que integram a unidade estatal, outras pessoas jurídicas de direito público interno existem com a denominação genérica de *autarquia*. Entre as autarquias há *instituições* e *corporações*. Entre as instituições, *fundações* (como instituições de ensino e de pesquisa, as universidades erigidas em fundações, as fundações do bem-estar do menor etc.) ou simples *estabelecimentos* (como institutos de previdência, de aposentadoria e pensão, institutos de controle da produção, de direção de empresa etc.).

As corporações públicas, que são corpos sociais e, pois, pertencem ao gênero sociedade, Cretella Júnior³⁰ as classifica: as profissionais (as ordens e conselhos profissionais), as assistenciais (como as caixas de previdência), as mercantis (de disciplina do mercado de valores e câmbio). Brandão Cavalcanti e Oscar Saraiva³¹ incluíram os sindicatos. As universidades, historicamente, são corporações: corporações de professores e estudantes. Passaram depois a qualificar-se como instituições públicas as universidades de Estado (exceto as instituídas como fundações). Hoje guardam, no entanto, características corporativas essenciais, como a de desempenhar suas atividades a comunidade mesma de professores e estudantes que a compõem, *introrsum* e com relativa liberdade de autodeterminação, como um misto de instituição e corporação.

São outrossim pessoas jurídicas de direito público interno, de natureza nitidamente corporativa, os partidos políticos (Lei 5 682/71).

Outras pessoas jurídicas corporativas não há. No sistema político, os Territórios são meras divisões administrativas da

30. *Direito Administrativo Brasileiro*, I, 59, pp. 89 e 90.

31. *Idem, ibidem*, 57, p. 78.

União.³² Não têm personalidade jurídica. Das sociedades ditas naturais, a lei só menciona uma componente da família: a sociedade conjugal (Lei 6 615/77, art. 2.º). Da sociedade civil ou política, não se faz menção (a não ser que se entenda por tal o Estado). Só a primeira Constituição brasileira, a de 1824, falou em “associação política” (art. 1.º: “O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros”). As duas subsequentes empregaram o termo “Nação” com valor ambíguo (1891: A Nação Brasileira... constitui-se, por União... das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil), pois Nação não é, a rigor, sociedade política, nem Estado.³³ Nação não é sequer ente social, senão apenas *comunidade* (estado coletivo e natural), encarada, já hoje, mais como unidade psico-moral-cultural do que psico-moral-biológica. *Povo* é o conjunto dos cidadãos. *Cidadão* é o membro da cidade, da sociedade civil. Povo é, então, exatamente a *coniunctio plurium*, a causa material da sociedade civil ou política; não a sociedade política.

A questão da qualificação conceitual da sociedade frente ao quadro das pessoas jurídicas resume-se, portanto, ao seguinte: há dois gêneros de realidades relacionáveis com a categoria pessoa jurídica: a corporação — que geralmente é sociedade *lato sensu* (7) — e a instituição; a pessoa jurídica é outro gênero, um terceiro, a *veste giuridica* de que falou Ferrara, o *technisches Instrument* de Jhering,³⁴ que pode afetar, ou não, as espécies dos dois primeiros gêneros como a substratos aptos à personificação, segundo um critério legal convencional. Assim, a várias espécies de sociedade a lei garante de personalidade jurídica, e a muitas outras não. E a um dos tipos sociais, que a lei civil designa nomeadamente como a “sociedade”, a este caberá ou não forma pessoal, segundo a vontade dos seus constituintes. Tratando-se de um acidente, a falta de personalidade considerada na sua acepção técnica, não prejudica a natureza intrínseca de um ente societário. De onde se confirma que a personalidade jurídica é efetivamente

32. Ferreira Filho, *Curso*, p. 64.

33. Maritain, ob. cit., pp. 4 e ss.; Dalmo Dallari, ob. cit., 68, p. 115 e ss.

34. Ferrara, *Trattato*, 125, p. 610; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II, 41, p. 367.

um outro gênero, e de modo algum um *quid* essencial à perfeição da sociedade como tal.

11. A aporia da sociedade civil "stricte dicta"

Das sociedades assim declaradamente nomeadas no art. 16 do Código, umas são civis (I), outras mercantis (II). As civis são de várias espécies, como se pode verificar pelos arts. 16, I, 20, 22, 23. E delas, uma se diz ser a sociedade civil *propriamente dita* ou *em sentido restrito*.³⁵ Que tipo societário é este propriamente civil? É o nosso assunto.

A doutrina que assim se expressa, e aquela que, não declarando, discrimina todavia uma sociedade civil estrita, está concordando no ponto de proclamar que o espécime é aquele constituído para um fim econômico ou lucrativo, enquanto o outro (a que já dá o nome de "associação") busca fim ideal, não econômico. E tal doutrina se arrima de boas razões, porquanto harmoniza com as mais expressivas manifestações positivas e teóricas do direito moderno. Veja-se que o Código francês não conheceu outra sociedade civil que não a do contrato celebrado para repartir os ganhos.³⁶ E assim também outras legislações, antigas como recentes, só deram conta de uma sociedade civil enquanto contrato voltado para o proveito econômico e o lucro; tais o Código Civil chileno (1855), arts. 547 e 2 055, o argentino (1869) arts. 33 e 1 648, o italiano (1942), arts. 13 e 2 247, o português (1966),

35. Entre os nossos autores: M. I. Carvalho de Mendonça, ob. cit., II, 266, p. 217; Beviláqua, *Código Civil*, com. art. 16; Barros Monteiro, *Obrigações*, II, p. 297; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, III, 146, p. 316; Arnaldo Wald, *Curso*, II, 201, p. 328. Entre os estrangeiros: Battista, *Del Contratto di Società*, 1, p. 6; Planiol, *Traité él.*, II, 1.990, p. 641. Referem-se à sociedade civil estrita de modo não explícito mas com muita clareza: Ferri, *Delle Società*, 1, p. 2; Galgano, ob. cit., 34, p. 163; Bolaffi, *La Società Semplice*; Dekkers, *Précis*, II, 1.144, pp. 667 e 668. Cunha Gonçalves (*Tratado*, I, II, 130, p. 1.015) alude à sociedade do "tipo vulgar" para designar a sociedade civil particular.

36. Vavasseur, *Traité des Sociétés*, I, 110 e ss., pp. 76 e ss.; Mazeaud-Juglart, *Lessons*, I, II, 605, p. 625. A definição do Código considerada a letra do art. 1.832, é na verdade extensa e mesmo ambígua quanto ao fim econômico, ao estabelecer que a sociedade reúne pessoas "dans la vue de partager le *bénéfice* qui pourra en résulter". A Corte de Cassação francesa definiu pois a expressão "bénéfice": "un gain pécuniaire ou matériel qui ajouterait à la fortune des associés" (Mazeaud-Juglart, loc. cit.).

arts. 157 e 980. O Código Civil alemão, de modo metódico retomou o modelo já antes posto pelo Código português de 1867 (arts. 32, 39, 1 240 e ss.) para deixar a disciplina das associações (*Vereine*) na parte geral, e a da sociedade *stricto sensu* (*Gesellschaft*) no campo obrigacional como um contrato (arts. 21 e ss. e 705 e ss.).³⁷ Aliás, Teixeira de Freitas, ao definir sociedade no *Vocabulário Jurídico*³⁸ (e de resto assentado no conceito das Ordenações que representam a nossa tradição jurídica), não levou em consideração como tal senão o contrato de pôr em comum os bens “para fins de maior lucro”. Estes aspectos conduzem ainda à suposição de que a sociedade, *stricte dicta*, é matéria de obrigação, é contrato, ao passo que não o são outras espécies societárias. É o que leva Silva Pereira³⁹ a repartir as matérias: associação, disciplina da parte geral; sociedade, disciplina de direito das obrigações. A lição de Orlando Gomes⁴⁰ ensina que por contrato se constitui sociedade; a associação, por estatutos em assembléia de fundadores. Foi o sistema que informou os Projetos de Código Civil (arts. 68 e ss.) e de Código das Obrigações (arts. 1 109 e ss.) de 1965, e que afinal passou para o atual Projeto 634-B de 1975 (arts. 44, 53 e ss., 984 e ss.).

De outra parte, porém, não pode ninguém desprezar a gravidade da ponderação de que as especulações desenvolvidas na linha doutrinária, mais peso de opinião que tenham, não podem fazer injúria aos estabelecimentos da lei em vigor, onde, discriminação entre *sociedade* de fim econômico e *associação* de fim ideal, de fato não existe. O art. 16, I, do Código reza: “As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública”. Então, as corporações religiosas, pias, morais, científicas, literárias, — que não são grêmios de intuito econômico ou lucrativo, são mesmo sociedades na técnica da lei. E associações de utilidade pública, não são mais do que um tipo especial, qualificado pela declaração de utilidade pública que privilegiará justamente sociedades morais, científicas, pias etc.

37. Haase, *Bürgerliches Gesetzbuch*, notas aos artigos 21, 22, 705 (p. 18, 195).

38. *Vocabulário Jurídico*, I (ed. Saraiva), cf. p. 304.

39. *Instituições*, I, 60, p. 202.

40. *Introdução*, 135-136, p. 166; *Contratos*, 315, p. 400; 316, pp. 400 e ss.; 324, pp. 409 e 410.

Não são, pois, uma outra espécie. E sem embargo, entre as sociedades (civis *lato sensu*, que se contrapõem às mercantis), o texto legal cita as civis, a sugerir um tipo societário estrito (!) Não parece possível entretanto ligar tal sociedade virtualmente civil em *sensu restrito*, ao *contrato* de sociedade só ela (art. 1 363), por que, nos termos do § 1.º do art. 16, todas as sociedades civil em inciso I (portanto, também as associações de fim ideal) regem-se pelas disposições do contrato de sociedade. Esse capítulo das pessoas jurídicas, como adverte Beviláqua,⁴¹ “ressente-se de uma certa falta de método, consequência da imperfeita aglutinação de opiniões divergentes dos que colaboraram no seu preparo”. O que é verdade reconhecida. Mas tampouco tem cabimento debitar aos defeitos de método justificação para elaborar direito à margem da lei, notadamente distinguindo onde a lei não distingue. Pois as normas legais não permitem de fato uma discriminação de substância entre associações e sociedades. É verdade que o art. 22 fala em “associação de intuitos não econômicos” e que o art. 23 diz “sociedade de fins econômicos”, mas não ligam efeitos aos nomes e sim aos fins. O título da seção III — “Das sociedades ou associações civis” — é uma alternativa, não uma copulativa. O art. 19, sobre o registro, refere-se à denominação, fins e sede “da associação ou fundação”. “Associação”, aqui, compreende “sociedade”. A Lei dos registros públicos (Lei 6 015/74), por sua vez, diz no art. 120, *caput*, “registro das sociedades e fundações”; no inciso I, “associação e fundação” (como no art. 19, I, do Código); no II, “sociedade”, — mostrando assim que as duas palavras são indiferentes. O art. 1 399, § único, do Código, diz “sociedades de fins não econômicos” e, a Lei de introdução, “sociedades” (e fundações) destinadas a fins de interesse coletivo. Ainda, a Lei 91/35 dispõe sobre “sociedades” de utilidade pública, o Dec.-lei 41/66 sobre dissolução de “sociedades” civis de fins assistenciais e, a seu turno, o Dec.-lei 70/66, sobre “associação” de poupança e empréstimo. Quem poderia, enfim, desconhecer o uso correntio, não só nacional mas mundial, de denominar clubes recreativos e desportivos, agremiações urbanas, cultu-

41. *Código Civil*, com. art. 16 (obs. 4). Entre os escritores que não distinguem sociedade civil estrita de associação: Carvalho Santos, *Código Civil*, XIX, p. 7 (2); Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, LXIX, 5.168, pp. 11 e 12; cf. tb. 5.171, pp. 27 e ss.

rais, artísticas, científicas etc., como “sociedades” e não como “associações”?

12. Referencial para o estudo da sociedade civil: a obrigação contratual

Há, tudo não obstante, nas leis e na jurisprudência teórica como na prática, um ponto certo de convergência de opiniões, no que respeita à determinação da sociedade civil: é o *contrato de sociedade*. Porque, ou o instituto do direito de obrigações constitui o regime específico, próprio, da sociedade civil estritamente dita, dele excluídas as demais, ou, pelo menos, é ele a regra adequada à nossa espécie societária, aí admitidas, embora, outras modalidades.⁴²

Apresenta-se, portanto, a disciplina do contrato de sociedade, como um ponto de referência e um campo de investigação pertinente e propício à análise a que se propõe este estudo.

Baseio a análise no tipo contratual dos arts. 1 363 a 1 409 do nosso Código Civil, que, como se reconhecerá no evolver do discurso, é, dentre os modelos que as legislações atuais exibem, um dos que melhor preservaram a autenticidade da estrutura societária obrigacional. De modo que a dissertação tem como matéria de fundo um exame do contrato de sociedade do Código Civil.

Nada razoável, entretanto, para quem está a indagar do que seja uma estrita sociedade civil, perder de vista o parâmetro como que eviterno da *societas* clássica. Tudo se vai transformando. E sem embargo, por mais desassombradas que sejam as transfigurações contemporâneas do fenômeno obrigacional da sociedade, parece impotente a Jurisprudência para desprender-se das posturas que nos deixaram os romanos. Caso admirável! Eles foram buscar os elementos de sua construção, não nas instituições quirritárias, mas nas gentes: “entre todos os homens” como escreveu Gaio, e segundo o senso deontico fundado na razão natural (Gai. 3, 154).

42. Mas freqüentemente com dificuldades de adaptação, como assinalou Cunha Gonçalves na crítica ao art. 39 do antigo Código luso (ob. cit., I, II, 130, p. 1.014), ao considerar que as regras do contrato do art. 1.240 não podem aplicar-se às *associações* “que, na maioria dos casos, em nada se parecem com elas” (as espécies de sociedade).

Passam os séculos, variam todas as circunstâncias e contingências da civilização, e aquelas estruturas substanciais ficam, dir-se-ia que inevitáveis. De maneira que neste estudo, como se tem dado com qualquer tratado da sociedade que hajam os juristas empreendido, não é possível fugir à presença incessante da *societas*.

Em terceiro lugar levo em conta a obra harmoniosa de Pothier, que foi quem transferiu para as codificações modernas, em estado quase puro, a sociedade civil dos romanos. O pensamento de Pothier não foi ideal no sentido de ter-se isolado da realidade social de seu tempo, como se deu com pandectistas ofuscados pelo esplendor do direito antigo. Pelo contrário, a presença dos costumes vulgares, podemos senti-la a cada passo nas proposições daquele grande jurista, compondo-se os princípios romanos, universalistas, com particularidades de um povo e de uma era.

Doutrina, considero em primeira linha a brasileira. A doutrina brasileira civil sobre a sociedade, desde a mais antiga até a que vem aparecendo agora, tem um caráter singular e digno de nota: a uniformidade e o comedimento da própria evolução. Refiro-me à doutrina civil *comum*, já que a especializada é ademais exígua e setorial. A doutrina comum, se de um lado perde em extensão e em maior penetração dos temas que compõem suas disciplinas, de outro oferece a vantagem considerável de se não desgarrar dos fundamentos teóricos gerais e dos relativos ao direito das obrigações. É o que a torna mais sólida.

Da doutrina italiana e da francesa, mais interessa, para os propósitos deste estudo, o que foi ensinado antes do Código de 1942 e da Lei 78-9 respectivamente, do que aquilo que se teoriza hoje. Porque, o que procuramos é identificar a sociedade civil no seu estrito sentido, e a nova sociedade francesa, como destacadamente a italiana que se chama de "simples", já se afastaram demasiado do tipo que se possa considerar civil. Não significa isto que se haja de desconsiderar as inovações de ambos os modelos, que são profundas, bem como de outros recentes que lhes vão seguindo o exemplo, mesmo porque não parece procedente a idéia de lograr a identificação pretendida sem o confronto de um tipo-base com outros que avançaram sobre os seus limites, e bem assim com aqueles que permaneceram fiéis ao modelo napoleônico e os que pertencem ao ramo do direito germânico.

A doutrina societária comercial, incomparavelmente mais rica e dinâmica, é possuída de ânimo diferente da civil. A matéria comercial, está claro, fica fora das cogitações deste estudo, justificando-se não mais do que esporádicas abordagens de pontos tangenciais.

Tanto quanto a doutrina, a jurisprudência comercial é abundante. Não a civil. Nesta, algumas partes ou questões parecem concentrar a atenção pragmática nos tribunais; p. ex. o problema da sociedade concubinária, lugar jurisprudencial profuso. Mais numeroso que o acervo de julgados propriamente civis, é o das associações. Da jurisprudência que resta, nesta dissertação olha-se de preferência para a mais moderna. Outro aspecto da questão societária civil que não se pode desconhecer, é o fato de os juízes, certamente influenciados pela massa desproporcionalmente maior das causas comerciais, acabarem dispensando às sociedades civis econômicas tratamento caracteristicamente comercialista. Este influxo intenso realmente não se observa no campo doutrinário. De sorte que ocorre surpreendente distanciamento entre a jurisprudência e a doutrina civis em matérias importantes da disciplina societária.

Cabe enfim lembrar: quem diz “contrato de sociedade”, diz não só do *contrato*, i. é do ato ou negócio jurídico que produz um vínculo de direito, mas também deste mesmo vínculo produzido, i. é, da relação jurídica, da *obrigação* por ele constituída. O exame da sociedade civil compreende assim estas duas partes em que se divide o estudo: a do contrato social, a do constituto social.