

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA *GESAMTHAND* NO DIREITO BRASILEIRO

APPLICABILITY OF THE *GESAMTHAND* THEORY IN BRAZILIAN LAW

Rafael dos SANTOS-PINTO¹

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Teoria da *Gesamthand* no direito alemão 3. Substância e falseamento da teoria 4. Aplicabilidade da teoria no sistema brasileiro 5. Fundamentos normativos 6. Conclusão

RESUMO: Busca-se avaliar a aplicabilidade da teoria da *gesamthand*, instituto do direito alemão, no ordenamento brasileiro. A análise se pauta na adequação da teoria em respeito aos modelos das sociedades e associações não personificadas e a forma específica de comunhão de seu patrimônio. A teoria é apresentada como alternativa ao regime do condomínio e das quotas, impróprio a estes modelos associativos. O contraste é feito com base nas teorias do patrimônio, comunhão e personificação dispostas na parte geral do Código Civil. Consta-se a harmonia plena entre a comunhão de mão comum e a tutela das sociedades e associações não personificadas em nosso ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: direito civil; *gesamthand*; sociedades; associações; não personificadas; comunhão patrimonial

ABSTRACT: The paper analyzes the applicability of the *gesamthand* theory, a German juridical concept and legal institute, in Brazilian civil law. The study focuses on the adequacy of the theory in respect to societies without legal personality and their specific patrimonial communion. The theory is presented as an alternative to the application of the concepts of condominium and quotas, both improper discipline to associative models. Our contrast is based in the patrimonial, communion and corporation theories, all that reside in the General Part of the Civil Code. The conclusion is a full compatibility of the *gesamthand* theory and the Brazilian legal system.

KEY-WORDS: civil law; *gesamthand*; societies; corporations; without juridical personality; communion of estate

¹ Mestrando em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

1. Introdução

O direito brasileiro, ligado a uma noção personalista de direito subjetivo, adota como referencial teórico para situações de comunhão de bens o condomínio. Este instituto de direito romano harmoniza as teorias do patrimônio e titularidade atribuindo quota partes ideais determinadas a cada condômino. Esta solução implica numa divisão virtual do bem como forma de se manter a exclusividade da titularidade e dos poderes de cada condômino sobre o mesmo.

Na experiência comparada existe interessante figura que disciplina determinadas situações de comunhão afastando os pressupostos do condomínio. Este é o instituto da *gesamthand*, forma de comunhão de bens que prescinde da figura das quota partes em prol de uma titularidade em comum e consensual dos bens como um todo.

Neste estudo defenderemos que a teoria da *gesamthand*, ou comunhão em mão comum, pode dialogar com situações limítrofes do direito brasileiro apresentando uma solução mais adequada em tais casos do que a aplicação da disciplina do condomínio.

Encontramos duas áreas em que a aplicação da mão comum parece especialmente própria. Primeiro, no direito empresarial, quanto às sociedades não personificadas representadas pelas sociedade em comum e em conta de participação. Em segundo lugar temos no direito das associações outro campo fértil de aplicação, especialmente no que tange ao momento prévio à personificação das associações em sentido estrito.

Assim, o presente estudo demonstrará que, enquanto o referencial do condomínio exerce hoje, na comunhão, preponderância lógica sobre os novos fenômenos, ele não os tutela suficientemente bem. Em face disto propõe-se uma superação do referencial do condomínio como tutela para comunhão patrimonial advinda das sociedades não personificadas. Para tal reitera-se a crítica de Caio Mário da Silva Pereira², que afirma que o instituto do condomínio edilício somente ganharia plenitude se fosse reconhecida sua autonomia.

² PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 87.

2. Teoria da *Gesamthand* no direito alemão

O critério fundante da *Gesamthand* no direito alemão se pautou na distinção das sociedades em *Personengesellschaft* e *Körperschaft*. Enquanto no direito brasileiro se construiu a divisão das sociedades entre sociedade de pessoas e de capitais, os conceitos germanos expressam outro tipo de distinção. O substrato pessoal ou patrimonial na distinção do sistema germano não é plenamente relevante, mas sim a formatação da sociedade. *Personengesellschaft* representa uma forma societária ainda não acabada, na qual a sociedade não tem personalidade própria, correspondendo somente uma subjetividade intermediária entre os membros. Já a *Körperschaft* representa a sociedade plenamente personificada, cuja estrutura congloba as vontades dos membros corporativamente³.

Tal distinção inaugurou no pensamento alemão uma dicotomia fundamental sobre cada forma. A teoria da *gesamthand* surgiu aqui como a tutela fundamental das sociedades não personificadas, ou *Personengesellschaft*⁴. A “mão comum” seria a forma patrimonial e organizacional das sociedades sem personalidade jurídica. Enquanto as sociedades personificadas detém personalidade e capacidade jurídicas, podendo assim serem titulares autônomas de patrimônio próprio, as sociedades sem personalidade seriam regidas de forma consensual, permanecendo o patrimônio afetado dos membros em mão comum⁵.

A *gesamthand*, assim, explicaria tanto a forma de organização da sociedade, por meio do consenso dos membros (em oposição à regra de maioria, ou de quotas, das sociedades personificadas) como também redefine a forma de comunhão do patrimônio afetado.

A distinção da mão comum como forma de organização e como ordenação legal do patrimônio, é, assim, fundamental para a melhor definição do instituto. Na Alemanha predominaram ambas as explicações. A mão comum era utilizada simultaneamente como explicação à forma peculiar de organização das sociedades sem personalidade e como forma autônoma de comunhão patrimonial, usada mesmo como fundamento para a herança⁶.

³ KÜBLER, Friedrich. *Gesellschaftsrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 1981. p. 27.

⁴ HUECK, Alfred. *Gesellschaftsrecht*. München: C.H. Beck, 1972. p. 14.

⁵ KÜBLER, op. cit., p. 18; HUECK, op. cit., p. 27.

⁶ HUECK, op. cit., p. 14.

A fundamentação ou tipificação legal da *gesamthand* mesmo no direito alemão nunca ocorreu de forma totalmente expressa. As normas nas quais se calcava a noção de mão comum se dividiam entre preceitos dispositivos e implícitos. Enquanto a forma dispositiva se produz através de regras eficientes (*zwingende Regel nachgiebig*), as formas implícitas se baseiam em relações sistemáticas aparentes (*systematischen Zusammenhang ersichtlich*)⁷.

A *gesamthand*, assim, é criada através de uma leitura sistemática das regras do BGB, não existindo uma tipificação específica desta. Sua formatação se dá como forma de comunhão patrimonial e não como organização societária, residindo no direito das coisas e não no societário⁸. Pode-se, assim, afirmar em consonância com a teoria sistêmica, que a *gesamthand* não provém do sistema interno do direito, mas sim do externo, isto é, aquele realizado através da observação científica e produção teórica das disposições legais⁹. Tal fato é relevante, uma vez que denota a sua natureza de criação teórica, não correspondendo a uma exegese estrita de certa prescrição normativa, mas sim de uma elaboração exterior advinda de uma interpretação de um conjunto de institutos jurídicos¹⁰.

O regime da mão comum, assim, é uma forma particular de comunhão compreendida pela gestão coletiva e uso comum do patrimônio. Ao passo que ainda existe titularidade de todos os sócios sobre o patrimônio, tal titularidade é compartilhada identicamente entre todos os sócios. Para tal, o patrimônio comum se encontra afetado (ou especializado), destacando-se dos patrimônios individuais de cada sócio. A distinção da mão comum são as particularidades da gestão deste patrimônio. Patrimônio “em mão comum” significa exatamente isto, todos os sócios manuseiam o patrimônio conjuntamente, estando estes mancomunados quanto a sua gestão¹¹. Tal particularidade indica um padrão consensual de gestão. O consenso, no entanto, não impede que se realize a gestão de forma negocial, através de um contrato ou estatuto. O consenso reside na autonomia coletiva dos sócios em respeito à titularidade.

A comunhão, neste aspecto, se refere a todas as prestações entregues à sociedade ou em seu nome. Entre os princípios desta forma de comunhão temos que nenhum

⁷ KÜBLER, op. cit., p. 29.

⁸ Ibid., p. 27 e 29.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹⁰ KÜBLER, op. cit., p. 29-30.

¹¹ BOLAFFI, Renzo. **La società semplice**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947. p. 26.

associado pode intervir na fruição de outro nos bens em comum. Todos os associados possuem os mesmos direitos em relação ao patrimônio. Se o associado se retira da sociedade abdica de quota fixa do patrimônio comum¹².

A titularidade em comum, assim, significa que nenhum dos membros pode dispor sozinho de sua cota no patrimônio da associação, nem das partes integrantes do mesmo¹³. Da mesma forma, não cabe a divisão do patrimônio ou a transmissão da pretensão de um associado contra todos os outros. Também, é possível compensar o crédito pertencente ao patrimônio da associação contra o do de um membro singular¹⁴.

As conseqüências da gestão em mão comum do patrimônio da sociedade são resumidas pelas seguintes constatações. 1. Os sócios não possuem direito ao patrimônio comum, não sendo este necessariamente dividido e devolvido ao associado quando extinta a associação. 2. A alienação e constituição de direitos reais por um só associado sobre o patrimônio comum é feito a *non domino*, sendo nulo. 3. Os credores pessoais do associado não podem reivindicar o patrimônio comum. 4. O patrimônio comum só pode ser alienado mediante o consenso de todos os associados e só pode ser administrado pelo representante da coletividade. 5. Os bens em comum só servem aos credores sociais e não aos particulares dos associados. 6. Não é possível a compensação do débito da associação com o de um associado. 7. Quando uma pessoa age em representação da associação não reconhecida torna-se responsável solidário juntamente com o patrimônio comum¹⁵.

3. Substância e falseamento da teoria

Apresentado a teoria, temos que indagar sobre sua concepção e aplicação atuais. Deve-se destacar que a aplicação da teoria da mão comum, devido a sua parca tipificação legal, não é realizada através de uma identificação da forma da sociedade em questão, mas sim de sua substância¹⁶. Isto significa que não existe uma maneira rigorosa de se avaliar a estrutura de dada sociedade como de mão comum, mas sim aplica-se o regime de comunhão em comum conforme a substância da sociedade em questão.

¹² FIORENTINO, Pietro. **Le associazioni e le società in genere**. Catania: Tipografia editrice dell'Etna, 1897. p. 54-63.

¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 402.

¹⁴ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil: parte general**. Barcelona: Bosch casa editorial, 1943. v.1. p. 515.

¹⁵ GIOVENE, Achille. **Le associazioni di fatto nel diritto privato**. Milano: Edit. Dott. Francesco Vallardi, 1914.p. 46-48.

¹⁶ BOLAFFI, op. cit., p. 26.

Isto se pauta no fato de que a *gesamthand* existe hoje como uma forma específica de comunhão patrimonial, especialmente como opção de organização societária que prescinde da figura da quota como elemento de divisão do patrimônio. Em definição, temos que a mão comum permite a uma pluralidade de titulares que não são reunidos em uma nova unidade (como a pessoa jurídica) e não se resume em uma série de relações entre pessoas (como na relação obrigacional) da qual nenhum é titular de um direito especial¹⁷.

A comunhão em mão comum não se trata de simples relações jurídicas obrigacionais entre pessoas totalmente independentes. Ao passo que a vinculação entre os membros é mais forte, também se exclui as relações creditícias, em especial no que tange à noção de quota patrimonial¹⁸. Karl Larenz explica que na comunhão por quotas a vinculação é consequência da co-titularidade, em contraste, na *gesamthand* a co-titularidade tem por base o vínculo entre as partes¹⁹.

O patrimônio separado pertence a todos os membros e só conjuntamente podem eles dispor deste. Os atos de disposição são inválidos, não podendo, contudo, serem opostos contra terceiros²⁰. A melhor definição é que a comunhão em mão comum é a atribuição comunitária sobre a universalidade patrimonial²¹.

Em síntese, a mão comum permite a configuração de uma forma de comunhão que foge dos esquemas fixos do condomínio e quotas sociais. Isto está na base das novas formas de organização e relacionamento coletivos dos entes não personificados.

O *locus* próprio de aplicação da mão comum, assim, são as sociedades e associações não personificadas. Estes modelos societários possuem as características que justificam a comunhão em mão comum: um vínculo associativo forte; titularidade intermediária de bens; e patrimônio especial. Sua substância, representada pelo seu regramento legal básico, é substancialmente compatível com o da mão comum.

Observada a substância da teoria, forma de comunhão vinculada à legitimação da titularidade coletiva dos sócios e à tutela específica do patrimônio em comum, deve-se seguir ao falseamento da teoria. Falseamento é a busca de vícios na teoria que a

¹⁷ Ibid., p. 23.

¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 63.

¹⁹ Ibid., p. 64.

²⁰ Ibid., p. 63.

²¹ Ibid., p. 65.

tornem inaplicáveis ao sistema. A teoria da *gesamthand*, para servir completamente como modelo teórico em nosso sistema deve ser falseada tendo-se em mente as condições específicas de nosso sistema jurídico.

Em primeiro lugar, temos que uma teoria será ineficaz se for tão somente autoexplicativa, ou tautológica. Da mesma forma, lhe falta uma capacidade delimitadora do problema ou quando não estabelece um vínculo entre a solução do problema e uma vinculação jurídica²². Em relação a estes critérios, não existe incompatibilidade com a teoria da mão comum. Sua estrutura permite resolver de forma plena o problema da titularidade em comum em nosso sistema, vinculando-se normativamente.

Em segundo lugar, uma teoria pode ser inconsistente caso apresente uma contradição lógica ou valorativa²³. Este critério se demonstra mais complexo. Se tomarmos a estrutura de comunhão como tendo previsões *numerus clausus* em nosso ordenamento, seremos levado a uma inconsistência da teoria. Ocorre que a comunhão em comum é de fato prevista em nosso ordenamento - como por exemplo nas disposições da sociedade em comum que afirma a existência de um "patrimônio especial" e uma titularidade "em comum" - denotando uma previsão que impede um afastamento lógico ou valorativo da teoria.

Por fim, uma teoria será inconsistente caso se incompatibilize com seus enunciados de base²⁴. Isto significa que a teoria deve ater-se à suas premissas em sua aplicação. Isto basicamente exige a ocorrência dos efeitos da comunhão em mão comum no que se refere aos modelos societários pátrios. Conforme se demonstrará à seguir, a teoria serve plenamente para descrever a forma da comunhão desenhada para os entes não personificados em nosso sistema.

Com um falseamento teórico da *gesamthand* pautado em nosso ordenamento pátrio, espera-se demonstrar uma harmonia teórica entre o regime das sociedades não personificadas e a mão comum. Conforme se expôs, o escopo do presente estudo é demonstrar a aplicabilidade da teoria em nosso sistema, sem contudo empreender um verdadeiro estudo comparatístico.

²² CANARIS, Claus-Wilhem. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 71-76.

²³ Ibid., p. 77-84.

²⁴ Ibid., p. 84-86.

4. Aplicabilidade da teoria no sistema brasileiro

A teoria da comunhão em mão comum nunca foi adotada expressamente pela doutrina. As poucas menções sobre esta correspondiam a descrições que visavam contrapor dicotomicamente os institutos da comunhão e da *gesamthand*. Para a maioria da doutrina a mão comum representava uma forma de condomínio advindo do direito germano, que não mais encontrava lugar na moderna delimitação de propriedade e titularidade.

As poucas menções à *gesamthand* colocam o instituto como exclusivo do sistema alemão e não aplicável ao nosso por derivar da família do sistema germânico e não do romano. Tal constatação simplista não compreende suficientemente bem a forma como se dá a aplicação de teorias e institutos jurídicos estrangeiros a um sistema jurídico nacional. Tal “transferência” de conhecimento e técnicas jurídicas geralmente é denominado de recepção.

A recepção deve ser compreendida de forma mais estrita. Existe em primeiro lugar o conceito histórico da recepção, representado pela reabilitação das fontes de direito romano, especialmente o *Corpus Iuris Civilis* Justinianeu. Este momento histórico tem um contexto próprio, relevante no iluminismo, renascimento cultural e na criação da modernidade, não podendo ser compreendido como um mero adotar de fontes externas²⁵.

Para além da categoria histórica, a recepção é a denominação usual para a aquisição ou aplicação de um conhecimento exterior ao sistema jurídico pátrio. Tal modalidade de recepção pode ocorrer de várias formas, mas é substancialmente diferente da recepção do direito romano. Isto pois na atualidade os sistemas jurídicos nacionais, ao passo que autônomos e estanques, tem uma lógica ou metodologia própria. Esta é o discurso racional e científico. A racionalidade, sendo a condição primeira do desenvolvimento do direito moderno, evoluiu metodologicamente até uma cientificidade plena. Assim, os conhecimentos e técnicas jurídicos podem ser adotados em um ou outro sistema jurídico não mais dependendo da raiz comum romana, mas sim da sua racionalidade científica, legitimidade valorativa e legalidade (adequação normativa).²⁶

²⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004.

²⁶ BOLAFFI, op. cit., p. 24.

Neste contexto temos que a teoria da *gesamthand* mais do que um uso ou costume advindo das antigas fontes germanas é uma construção racional científica passível de ser analisada pelos critérios de adequação, validade e legitimidade. De fato a família jurídica é importante como critério de sistema, tal como ocorre nas superestruturas das matrizes do Romano-germânicas e Anglo-Saxões²⁷. No caso da *gesamthand* não existe incompatibilidade sistemática a priori com nosso ordenamento, uma vez que este foi formado com fontes Romanas e Germanas, estas últimas em especial no direito processual.

De fato, nosso Código Civil de 2002 mantém ampla inspiração no BGB, em especial na parte geral. A segmentação teórica entre personalidade jurídica, associação, fundação e modelos societários tem influência no sistema germano. Mesmo não tendo nossa doutrina adotado a topografia alemã dos entes personificáveis, expressa na *körperschaft* e *personengesellschaft*, ainda sim consagrou-se uma progressão dos entes personificáveis (associação, sociedade e fundação). Isto, aliado ao fato da personificação ser normativamente destacada da constituição da sociedade, nos permite afirmar que as sociedades não personificadas tiveram grande influência do sistema alemão em sua positivização, não se podendo afirmar que a comunhão em mão comum seja completamente estranha a sua lógica patrimonial.

Assim, não existe impedimento para que procedamos a uma análise sobre a adequação, legitimidade e legalidade da *gesamthand* em nosso ordenamento. Deve primeiro se notar que se trata de uma teoria, ou seja, um discurso descritivo sobre uma série de institutos jurídicos. Os três critérios, assim, devem ser buscados de forma mais abrangente, não se cingindo aos critérios de positivização normativa. Em primeiro lugar deve se avaliar a adequação da teoria em nosso ordenamento, com vista à sua compatibilidade lógica com o ordenamento. Em segundo a legitimidade da mesma, isto é, sua compatibilidade com os princípios e valores essenciais do sistema. E por fim sua legalidade, isto é, sua previsibilidade ou interpretação possível no conjunto normativo.

Prefacialmente temos que afirmar a adequabilidade da teoria ao nosso sistema jurídico. Como já afirmado, não existe uma incompatibilidade inicial pelo fato de prover a *gesamthand* de fontes do direito germano antigo. Como a maior parte dos conceitos e teorias jurídicas, a elaboração final da *gesamthand* proveio dos pandectistas alemães, tendo sido elaborada já com a racionalidade e padrões científicos compatíveis

²⁷ Ibid., p. 22.

com o da atualidade. Já quanto a sua substância, também como já afirmado, a *gesamthand* representa uma forma de comunhão, isto é, titularidade comum de uma coletividade de bens. Tal noção não é estranha ao nosso sistema jurídico. O *locus* tradicional da comunhão em nosso sistema, contudo, é o direito de família, mais especificamente o casamento. Os regimes de bens comportam a noção de comunhão. Fora da previsão matrimonial existem poucas menções a comunhão. A lógica que rege o compartilhamento de bens em nosso direito real é o condomínio, uma forma mais individualista de compartilhamento da titularidade da coisa. Existe, porém, uma adequação da comunhão no direito societário²⁸.

Em conclusão, temos que a racionalidade expressa na teoria da *gesamthand*, bem como os efeitos que a mesma busca explicar não são contrários à lógica e aos efeitos possíveis em nosso ordenamento.

Em segundo lugar devemos avaliar a legitimidade da teoria em nosso sistema. Isto dependerá da compatibilidade desta com os princípios e valores fundantes de nosso sistema. Neste critério não temos nenhuma polêmica. Os princípios jurídicos não vedam a comunhão patrimonial. Como já exposto, existem as previsões do regime matrimonial de bens e do condomínio. A comunhão em mão comum não encontra impedimento nos princípios e nos valores fundantes do sistema jurídico²⁹.

A questão repousa se é legítimo em nosso ordenamento haver mais de uma titularidade sobre determinado bem. Não existe polêmica neste fato. Porém, devemos ponderar quais os limites desta pluralidade de titularidades. Enquanto o condomínio é passível de ser criado por negócio jurídico, a comunhão do regime do casamento é considerado majoritariamente ato jurídico, regido pelo princípio da tipicidade em nosso ordenamento.

Assim, se somos levados a crer em uma progressão da titularidade múltipla em nosso ordenamento, iniciando-se no condomínio e tendo cabo na comunhão universal de bens (a confusão total de titularidade), podemos concluir que a lei buscou cingir a titularidade múltipla plena aos atos jurídicos em sentido estrito, limitando, assim, a autonomia de celebrá-los. De fato, não parece razoável a admissão da comunhão em mão comum de um bem qualquer, pela vontade das partes.

²⁸ BOLAFFI, op. cit., p. 24.

²⁹ PEREIRA, op. cit., p. 76-87.

Existe, no entanto, uma área em que a comunhão não ofende à lógica da tipicidade da titularidade plural. Esta é o direito societário, no qual a titularidade plural sobre uma massa de direitos e bens se inseriu na lógica interna da pessoa jurídica. Tal lógica interna é representada nas cotas e ações que quantificam a participação em uma sociedade. Isto, no entanto, assemelha-se mais ao regime do condomínio, representado as cotas e ações as partes ideais dos condôminos.

Dois modelos societários, no entanto, fogem à lógica interna geral do direito societário por duas razões fundamentais. A primeira é a ausência de uma personalidade a servir como centro de imputação e titularidade dos bens comuns. A segunda é uma maior proximidade entre os sócios e uma conseqüente confusão patrimonial mais profunda em relação àquilo que foi afetado³⁰. Neste contexto temos uma legitimidade funcional e estrutural plena da *gesamthand* em nosso sistema. Isto, pois a teoria se mostra harmônica com os princípios do direito civil e as soluções que a mesma engendra são legítimas dentro de nossas expectativas de justiça e razoabilidade.

5. Fundamentos normativos

Como já explicitado, é no direito societário que se encontrará o fundamento normativo para a *gesamthand*. Especificamente, é no título das sociedades não personificadas que se radica normativamente a teoria. As sociedades que não atingem a personificação se distinguem fundamentalmente de suas contrapartes personificadas. Sem a personalidade não se pode falar em uma imputação direta de titularidade de bens ao agrupamento de sócios, mesmo na universalidade da sociedade.

Em virtude desta distinção fundamental as sociedades não personificadas se regem por uma tutela própria, diferente das sociedades personificáveis. São dois os modelos de sociedade não personificada: a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação. No que tange ao regime patrimonial ambas as formas societárias possuem “patrimônio especial”³¹.

O conceito de “patrimônio especial” é comum a ambas as formas societárias, reproduzido no art. 988 do Código Civil para a sociedade em comum e no art. 994 para

³⁰ FÉRRERES, Marcello Andrade. **Sociedade em comum**: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110-111.

³¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 142.

a sociedade em conta de participação. A compreensão de patrimônio especial é fundamental para a aplicação da teoria da comunhão em mão comum ao sistema jurídico pátrio.

A especialização patrimonial é fenômeno ligado à afetação patrimonial. Conforme leciona a doutrina empresarial, a sociedade é constituída tendo como base um escopo comum aos sócios e um determinado fim. O patrimônio, assim, é afetado a certo fim na constituição da sociedade, passando à titularidade da mesma uma vez integralizado. No entanto, quando não existe perspectiva de personificação o patrimônio afetado quedará sob a titularidade dos sócios, fato que pode prejudicar a lógica associativa se não inserido no contexto societário.

A forma de se superar o problema da titularidade sem se fazer valer da personalidade é mediante a especialização patrimonial. A especialização é o fenômeno comum tanto à afetação patrimonial quanto ao negócio fiduciário. Na lógica geral do patrimônio o mesmo é tido como uma universalidade indivisível. A razão para tal é evitar que uma pessoa possa segmentar sua responsabilidade civil simplesmente particionando seu patrimônio. Tal lógica geral, no entanto, admite exceções tipificadas em nosso ordenamento, tal como a afetação e o negócio fiduciário, ambas formas em que o patrimônio se destaca da universalidade de seu titular e passa a servir como centro autônomo de imputação ou garantia. Isto se dá através de uma especialização do patrimônio³².

Especialização do patrimônio refere-se a uma vinculação especial a um fim. Nos casos das sociedades não personificadas o escopo é o fim social. O patrimônio afetado pelos sócios se especializa em relação ao fim da sociedade e passa a responder exclusivamente a este fim. Tal especialização encerra um vínculo convencional entre os sócios expresso na constituição da sociedade. Assim, o patrimônio especial é o primeiro sobre o qual recaem as obrigações da sociedade, servindo subsidiariamente o dos sócios. Da mesma forma, não podem os sócios livremente dispor do patrimônio especial, uma vez que este se encontra afetado ao fim social e especializado (específico) em relação a ele³³.

Com esta idéia sobre o que é o patrimônio especial, sabemos sobre o que recai a comunhão em mão comum. Como já exposto a mão comum é espécie de comunhão

³²GONÇALVES NETO, op. cit., p. 141-142.

³³Ibid., p. 142.

patrimonial, isto é, uma confusão da titularidade sobre uma universalidade de bens, que se rege equitativa e consensualmente entre os sujeitos. O patrimônio especial denota a primeira parte deste conceito. Temos na especialização patrimonial uma confusão de titularidades de uma universalidade de bens representada pela afetação do patrimônio a um fim com sua conseqüente segmentação dos patrimônios individuais de cada sócio.

A segunda parte do conceito, no entanto, necessita de uma análise mais profunda. Mesmo que a especialização patrimonial reflita uma situação de comunhão nada exige que a mesma gere os efeitos próprios da *gesamthand*. Muito podem afirmar que o patrimônio especial das sociedades não personificadas apenas se reverte a condomínio, ou quando muito que espelha o regime da comunhão matrimonial, gerando a necessidade da liquidação como na lógica da construção jurisprudencial da sociedade de fato. Apesar da impropriedade de ambas as soluções, uma vez que o condomínio não comportaria a dinâmica e imputação inerentes à sociedade e há muito se superou a confusão conceitual da sociedade de fato.

A chave para o *status* de mão comum do regime da comunhão está presente no art. 988 do Código Civil. Além de determinar a especialização patrimonial, este artigo a qualifica: “*Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum*”. A qualificação da comunhão é que os sócios são titulares em comum. A disposição que existe uma titularidade em comum não é mera afirmação da comunhão. A comunhão se infere da especialização patrimonial, como já exposto. A “titularidade em comum” aqui representa uma forma específica de exercício da titularidade: de forma comum.

A titularidade em comum é a afirmação da eficácia da mão comum nas sociedades não personificadas. De fato, a lógica da mão comum se harmoniza perfeitamente com as sociedades em comum e em conta de participação.

Mesmo não sendo repetido no capítulo da sociedade em conta de participação, a titularidade em comum parece ser pressuposta nesta. De fato, o art. 988 se coloca como uma fórmula do patrimônio especial. Isto é, quando mencionada a especialização patrimonial na sociedade em conta de participação, esta está logicamente ligada ao conceito de patrimônio especial colocado no subtítulo das sociedades não personificadas.

Por fim, existe mais uma hipótese de aplicação da comunhão em mão comum em nosso sistema. Como já demonstrado, a mão comum serve em nosso ordenamento

como forma natural de tutela das sociedades não personificadas. Enquanto só existem dois destes modelos no direito de empresa, as associações, disciplinadas na parte geral do Código Civil, também parecem admitir a forma não personificada. Isto se denota do art. 53 do Código Civil, que afirma se constituírem as associações pela simples união de pessoas para fins não econômicos.

Uma vez que se tenha então uma associação que não registrou seus documentos e, portanto, não se personificou, parece claro que esta se regerá pela comunhão patrimonial em mão comum. De fato, os efeitos da mão comum nesta são tão próprios quanto nas sociedades não personificadas.

6. Conclusão

A teoria da *gesamthand*, como demonstrado, é a mais apta a descrever o escopo e interpretação do papel do patrimônio especial em nosso sistema societário. Assim como na construção alemã da teoria, a mão comum é uma forma natural de se distinguir a tutela patrimonial das sociedades personificadas daquelas sem personalidade jurídica.

A compatibilidade da teoria com o sistema brasileiro é plena. Não são estranhas ao nosso direito privado as noções de comunhão patrimonial, administração consensual e escopo comum. Não violam os princípios e valores fundantes de nosso sistema nenhuma destas noções.

A objeção sobre a fonte da *gesamthand*, que provém do direito antigo direito germano, não pode ser amplamente acatada. Longe de ser produto de família jurídica distinta da nossa, como a do *Common Law*, a teoria foi refinada tardiamente no trabalho dos pandectistas alemães, os mesmos que teorizaram a maior parte dos institutos privados atuais. Não existe razão para que se avalie a teoria da mão comum sob o aspecto da recepção, mas sim com base nas modernas noções de racionalidade e cientificidade.

A mão comum, assim, se demonstra completamente apta a tutelar as sociedades não personificadas. Mais do que isso, a mão comum é a forma mais adequada de tutela de tais sociedades, sem a qual as mesmas sempre serão insatisfatoriamente interpretadas e inibidas em sua atuação.

Em conclusão, a teoria da mão comum é plenamente adequada ao nosso ordenamento. Uma das razões pela qual ainda não foi incorporada aos nossos estudos sobre as sociedades não personificadas é o vácuo científico envolvendo estas. Muitos doutrinadores afirmam a incipiência ou inutilidade prática das sociedades em comum e em conta de participação. Alguns ainda insistem em consagrar a figura ultrapassada da sociedade irregular em vez de abraçar a tutela geral mais adequada da sociedade em comum³⁴. Diante deste descaso teórico a teoria da mão comum não teve espaço para se desenvolver de forma eficaz.

Espera-se que as sucessivas análises sobre os modelos societários não personificados, em especial no contexto de uma economia em expansão, que permite o empreendedorismo de pessoas que não podem arcar com os custos do registro e personificação, gere um acentuado interesse no regime específico dos bens atribuídos a entes que vivem sem se personificarem.

REFERÊNCIAS

BOLAFFI, Renzo. **La società semplice**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil: parte general**. Barcelona: Bosch casa editorial, 1943. v.1.

FÉRRERES, Marcello Andrade. **Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORENTINO, Pietro. **Le associazioni e le società in genere**. Catania: Tipografia editrice dell'Etna, 1897.

³⁴ PEREIRA NETO, Antonio Raimundo. As sociedades de fato ou irregulares brasileiras numa análise com o direito comparado argentino. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora dos Tribunais. v. 46, p. 370-371, abr.-jun., 2011.

GIOVENE, Achille. **Le associazioni di fatto nel diritto privato**. Milano: Edit. Dott. Francesco Vallardi, 1914.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HUECK, Alfred. **Gesellschaftsrecht**. München: C.H. Beck, 1972.

KÜBLER, Friedrich. **Gesellschaftsrecht**. Heidelberg: C.F. Müller, 1981.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

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

PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA NETO, Antonio Raimundo. As sociedades de fato ou irregulares brasileiras numa análise com o direito comparado argentino. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora dos Tribunais. v. 46, p. 367-377, abr.-jun., 2011.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004.