

## PERSONALIDADE E CAPACIDADE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO

### 4.1 - Personalidade

O art. 2º do Código Civil declara que “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Dois conceitos podem ser inferidos dessa afirmação: o de personalidade e o de capacidade.

Ressalta, em primeiro lugar, que todo homem é pessoa e, como tal, sujeito de direitos e obrigações. A identificação entre homem e pessoa, presente na maioria dos códigos contemporâneos, não ocorreu na maior parte da história.

É recente a atribuição de personalidade aos seres humanos em geral. Na Antigüidade, os escravos não eram sujeitos jurídicos, não podiam ser titulares de direitos e deveres, não lhes sendo dado exigir ou pretender algo em face de outrem.

Eram, ao contrário, objetos de direito. O senhor deles dispunha sem quaisquer restrições.

A propósito, o termo pessoa não designava, em princípio, o ser humano. *Persona* significava a máscara usada pelos atores para tornar a voz vibrante e sonora.

Depois a palavra passou a indicar o ator mascarado ou o personagem por ele representado. Esta acepção foi logo transposta para outros setores da vida social, referindo-se à função, posição ou qualidade de alguém. Só mais tarde o vocábulo foi empregado para designar o homem em sentido genérico.

O cristianismo buscou superar a divisão entre cidadãos e escravos, existente nas sociedades antigas, sustentando a igualdade dos homens diante de Deus. A dignidade moral que os caracteriza impediria tratá-los como coisa.

Para o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, o homem, onde quer que esteja, tem direitos inatos que precedem a ordem jurídica positiva. Esta deve garanti-los, propiciando as condições para que tenham eficácia. Na ética Kantiana o homem é um fim em si, o que não admite a sua redução à situação de objeto.

A partir do início do século XIX, generalizou-se nos grandes códigos modernos o reconhecimento de que todo ser humano é dotado de personalidade, razão pela qual é capaz de direitos e obrigações. Savigny, o fundador da Escola Histórica, realçou que somente o indivíduo tem capacidade jurídica. Com isso, pretendeu pôr em relevo o fato de que o homem é o sujeito jurídico por excelência.

O direito poderia, contudo, modificar – ampliar e até mesmo suprimir – a capacidade do sujeito, bem como criar uma pessoa “artificial”. Haveria, assim, um dualismo entre a personalidade “natural”, que corresponde ao homem, e a artificial, construída pelo direito.

## 4.2 - Capacidade

Da relação entre personalidade e capacidade feita pela Ciência Jurídica nos últimos dois séculos, não se pode deduzir que o indivíduo, em qualquer circunstância, possa exercer direitos com plenitude ou responder pelos atos que pratica. A necessidade de segurança exige que se restrinja a capacidade para o exercício dos direitos.

Com esse objetivo, a doutrina vale-se de construções técnicas que permitem estabelecer critérios para a solução dos conflitos sociais. Assim, por exemplo, é habitual distinguir entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato.

A capacidade de direito, que se confunde com a própria personalidade, é comum à totalidade dos indivíduos: a capacidade de fato, por sua vez, depende do preenchimento de certas condições. Requisitos específicos pertinentes à saúde e à idade são necessários para a sua obtenção.

Os loucos, os surdos-mudos e os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, estando inabilitados para os atos da vida civil.

A capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito; o inverso, porém, não é verdadeiro. É freqüente alguém adquirir um direito sem poder exercê-lo por si mesmo.

Os bens pertencentes aos filhos menores são administrados pelos pais, que no caso atuam como representantes legais. Situação análoga verifica-se em matéria de capacidade política e capacidade delitual.

O exercício dos direitos políticos é prerrogativa apenas de quem cumprir as exigências impostas pela legislação. Da mesma maneira, os menores de 18 anos são, do ponto de vista penal, inimputáveis, ou seja, não respondem pelos crimes que vierem a cometer.

A capacidade, em sentido amplo, é a aptidão para ter direitos e obrigações; em sentido específico, consiste na possibilidade concreta de exercê-los. Estabelece, por isso, uma medida da personalidade delimitando os direitos de que cada qual é titular.

A personalidade jurídica compreende as funções ou papéis desempenhados pelos indivíduos. Os papéis de pai, filho, comprador, cidadão e juiz são fixados objetivamente, podendo ser ocupados por quantos se encontrarem nas situações previamente descritas.

Distingue-se, portanto, do conceito moral de pessoa. No campo da ética, pessoa é o sujeito capaz de propor fins e encontrar meios de concretizá-los. Assim procedendo, o homem transcende a sua objetividade empírica, agindo axiologicamente. Possui a faculdade de imprimir um sentido à conduta, o que lhe permite edificar a esfera da subjetividade.

### **4.3 - Pessoas Jurídicas**

Ao lado do ser humano individual, o ordenamento confere personalidade a entidades coletivas denominadas pessoas jurídicas. Diversas teorias foram elaboradas para explicar a sua natureza.

A teoria da ficção, que teve em Savigny o seu principal defensor, afirma que a pessoa jurídica é um ente artificial criado pelo direito. O caráter fictício resulta da constatação de que muito embora não seja sujeito dotado de vontade – atributo exclusivo da pessoa física – a lei o considera como tal, outorgando-lhe personalidade.

Serviria para realizar propósitos que de outro modo não poderiam ser alcançados. O âmbito de ação que lhe é reservado limitar-se-ia ao objeto previsto no estatuto ou na lei criadora.

Não teria capacidade delitual, haja vista que o ordenamento admite que atue tão-somente para a consecução de fins lícitos. Na qualidade de mero artifício técnico, o Estado gozaria de inteira liberdade para criá-lo ou dissolvê-lo quando julgasse conveniente.

As teorias realistas, por outro lado, alegam que a pessoa jurídica constitui um dado objetivo, cabendo ao direito reconhecer a sua existência. Segundo Otto von Gierke, autor da mais conhecida tese realista, a pessoa jurídica é um organismo que dispõe de vontade própria, a qual não se confunde com a soma das vontades individuais dos membros que a compõem.

Seria, na verdade, a vontade comum dos membros, atingida mediante procedimentos fixados nos atos constitutivos. Em razão disso, é considerada sujeito de direito, à semelhança do que se passa com a pessoa física individual.

Para agir no plano externo são utilizados órgãos que não a representam, mas que são a pessoa jurídica mesma. Como é dotada de vontade, pode praticar atos ilícitos, em oposição ao que havia imaginado a teoria ficcionista. Se a morte importa na extinção da pessoa natural, a destruição ou o desaparecimento do organismo social extingue a pessoa jurídica.

Fiel aos pressupostos do normativismo, Kelsen pretendeu ver o problema sob outro prisma. O ponto de partida é a crítica à teoria tradicional que identificava o homem à pessoa.

Para ele, o homem é uma entidade biológica e psicológica, ao passo que a pessoa é um ente puramente jurídico. Trata-se de um conjunto de normas que apresentam certa unidade.

Não haveria diferença fundamental entre a pessoa física e a pessoa jurídica. A distinção residiria em que, no caso da pessoa física, as normas se referem a um homem apenas, enquanto na hipótese da pessoa jurídica dizem respeito a um grupo de indivíduos.

Os atos realizados pelos seres humanos são, muitas vezes, imputados a conjuntos normativos personificados pela Ciência do Direito. Sempre que se menciona que dada sociedade praticou algum ato, o que se faz é atribuir ao sistema normativo que constitui a sociedade o ato praticado por um dos seus diretores.

O emprego dessa técnica visaria possibilitar a explicação abreviada dos fenômenos jurídicos. Caso isso não acontecesse, seria necessário descrever pormenorizadamente as normas que dão vida à sociedade, bem como os atos de vários indivíduos.

Para Kelsen, o órgão da pessoa jurídica é o próprio indivíduo cujos atos, em virtude de autorização prévia, são atribuídos ao sistema de normas que a constitui.

Enquanto as pessoas jurídicas, em geral, formam ordenamentos jurídicos parciais, o Estado é o ordenamento jurídico nacional, uma vez centralizado. O Estado confunde-se, sob essa ótica, com o próprio direito, referindo-se à totalidade das normas nacionais. Apesar de se referir à pessoa jurídica como recurso técnico que proporciona a descrição simplificada de muitas situações, Kelsen não a considera como ficção, mas como ente real, isto é, conjuntos normativos aos quais são atribuídos os atos individuais.

Já a teoria da instituição, desenvolvida, sobretudo na obra de Maurice Hauriou, destaca que as pessoas jurídicas existem para realizar os fins que motivaram a sua criação. A finalidade que une os homens em torno de objetivos comuns é, por assim dizer, o seu traço essencial. Define-se como unidade-de-fins que exige que seja criada uma organização para realizar as metas propostas.

Das teorias expostas até agora é possível, afinal, concluir que a pessoa jurídica é um conjunto de papéis integrados de forma sistemática no estatuto. Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr. diversamente da pessoa física em que os papéis se comunicam, na pessoa jurídica os papéis são isolados e posteriormente reagrupados nas disposições estatutárias. É decisivo apenas que os papéis se encontrem previstos no estatuto.

O órgão, nessa perspectiva, é o papel isolado que foi regulado pelo estatuto. Quando se diz que o presidente da cia. celebrou determinado contrato, não foi o pai, o filho ou o cidadão que agiu, mas o papel estatutário de diretor.

#### **4.4 - Pessoas Jurídicas de Direito Público**

As pessoas jurídicas são de direito público e de direito privado. As primeiras podem ser de direito público externo e de direito público interno.



Considerado, do ponto de vista externo, o Brasil tem personalidade jurídica internacional. Sujeito de direitos e obrigações é responsável pelos atos que pratica no plano internacional, vincula-se aos tratados celebrados e aos compromissos que venha a assumir. A situação de pessoa jurídica soberana confere-lhe independência frente aos demais Estados e o poder de declarar o direito válido no território nacional.

No âmbito interno, a Constituição consagrou a forma federativa promovendo a repartição de competências entre unidades distintas. A esfera de ação reservada à União, aos Estados e aos Municípios é traçada pelo texto constitucional, a quem cabe estabelecer a competência exclusiva dos membros da federação e as matérias em relação às quais mais de um deles terá a faculdade de legislar.

São entes autônomos, posto que dispõem do poder de editar normas no domínio que lhes é definido pela Carta Magna. O Estado brasileiro não é assim uma realidade única, subdividindo-se em diferentes unidades, cada qual com personalidade jurídica própria. Mas as pessoas jurídicas de direito público não se restringem à União, aos Estados e aos Municípios.



A transformação do papel do Estado, que desde os anos 30 passou a desempenhar novas funções na vida social, exigiu estruturas institucionais mais sofisticadas, que viabilizassem com maior eficiência a consecução das tarefas propostas. A autarquia foi, sem dúvida, uma das alternativas encontradas para alcançar este objetivo.

Ela surgiu da necessidade de descentralização administrativa para a realização de certas atividades. Caracteriza-se por ser uma entidade específica criada para executar determinado serviço, em geral prestado pela administração pública centralizada.

Para que seja instituída é indispensável autorização legal. A autarquia tem personalidade pública porque é titular de direitos e obrigações, não se confundindo com a pessoa que lhe deu origem.

Dispõe de capacidade limitada às finalidades que inspiraram a sua criação. Diz-se, por isso, que é regida pelo princípio da especialização que impede que sejam executados atos em desacordo com os propósitos originariamente fixados.

Para tanto, a autarquia necessita contar com dotação patrimonial compatível com o vulto da missão que lhe foi confiada, além de administração independente. Os administradores autárquicos gozam de liberdade de gestão imprescindível para buscar os meios necessários para a realização do interesse público. Subordina-se, entretanto, ao controle administrativo ou tutela, previstos para evitar a ocorrência de desvios funcionais.

Ao lado das autarquias figuram as fundações públicas, que dispõem de personalidade de direito público. São compostas por porções do patrimônio público destinadas a satisfazer fins de interesse coletivo.

As empresas públicas formadas por capital exclusivamente público podem ser organizadas sob qualquer das formas admitidas em direito. As sociedades de economia mista, por outro lado, organizam-se sob a forma de sociedades anônimas, notabilizando-se pela união de capitais públicos e privados para a exploração de atividade econômica.

Ambas, porém, têm personalidade de direito privado, integrando juntamente com as autarquias e fundações a chamada “administração indireta”, ou seja, o complexo de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado criadas pelo Estado para a execução de serviço público ou exploração de atividade econômica.

#### **4.5 - O Regime Jurídico de Direito Público e o Regime Jurídico de Direito Privado**

A doutrina tem procurado distinguir as pessoas públicas das pessoas privadas. Segundo Bandeira de Mello, são características das empresas privadas: 1- origem na vontade do particular; 2- fim geralmente lucrativo; 3- finalidade de interesse particular; 4- liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir os seus próprios fins; 5- liberdade de se extinguirem; 6- sujeição a controle negativo do Estado ou a simples fiscalização (poder de polícia); 7- ausência de prerrogativas autoritárias.

As pessoas públicas, ao contrário, apresentam as seguintes características: 1- origem na vontade do Estado; 2- fins não lucrativos; 3- finalidade de interesse coletivo; 4- ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir o seu

escopo; 5- impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; 6- sujeição a controle positivo do Estado; 7- prerrogativas autoritárias de que dispõem.

O problema ganha importância particular porque via de regra o Estado cria pessoas jurídicas com personalidade de direito privado, o que torna indispensável averiguar a diferença de regime jurídico entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado criadas pela Administração.

Deve-se salientar, em primeiro lugar, que as autarquias e fundações públicas – exemplos típicos da primeira categoria – têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da administração direta. De modo diverso, as pessoas de direito privado que se originam no Estado exibem unicamente as prerrogativas e sujeitam-se às restrições previstas em lei.

Se for verdade que são muito semelhantes às relações que mantêm com as pessoas que as introduziram no mundo jurídico, União, Estados e Municípios, o mesmo não se verifica no tocante à organização e às relações com terceiros. As pessoas jurídicas públicas submetem-se ao direito público; excepcionalmente, mediante autorização legal, praticam atos privados, entre os quais se inclui a celebração de contratos de comodato, locação e compra e venda. As pessoas privadas, por sua vez, são habitualmente regidas pelo direito privado, excetuando-se apenas as hipóteses em que alguma norma de direito público estabeleça disciplina diversa.

A diferença de regime jurídico se explica pela necessidade sentida pela Administração de utilizar esquemas jurídicos mais flexíveis que lhe permitam atuar sem os entraves da administração direta. A submissão ao direito privado nunca é total, pois o interesse público impõe interrogações ao regime jurídico privado, fazendo prevalecer a vontade do Estado sobre a do particular.

#### **4.6 - As Pessoas Jurídicas de Direito Privado**

*As pessoas jurídicas de direito privado são entidades que se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõem realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade.*

Sob o rótulo de pessoas jurídicas privadas encontram-se entes que cumprem funções específicas no campo do direito. As associações são constituídas por indivíduos que se reúnem com o propósito de alcançar fins de natureza moral, religiosa, recreativa ou científica, entre outros, sem a preocupação de distribuir resultados entre os seus membros.

Já as sociedades consistem na comunhão de esforços ou recursos para a partilha dos benefícios oriundos do empreendimento. Visam, invariavelmente, à realização de objetivos econômicos.

O Código Civil de 2002 distinguiu as sociedades empresárias das sociedades simples. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e, simples, as demais. (art. 982). Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa (art. 982, parágrafo único). A caracterização do empresário é feita pelo art. 966 nos seguintes termos: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

A noção de atividade exige a presença do sujeito que organiza os atos individualizados e uma finalidade comum que dê sentido aos atos isolados.

Ela é, no caso da atividade empresarial, uma finalidade econômica que envolve a predisposição de bens e serviços para o mercado. Este fato requer nos sistemas destinados à produção em série de bens, a presença de uma atividade contínua e um aparato organizacional que lhe sirva de suporte. A produção em série e o consumo em massa fizeram da empresa, entendida como conjunto de atos unificados por uma finalidade comum, o elemento definidor do direito comercial.

Vale lembrar, ainda, uma outra figura jurídica de largo uso na vida cotidiana. As fundações não se formam, tal como acontece com as demais pessoas jurídicas de direito privado, graças ao concurso das vontades individuais. São, na realidade, acervos de bens aos quais é atribuída personalidade jurídica.

Para que se constituam é fundamental que uma pessoa, denominada instituidor, faça uma dotação de certo patrimônio, declarando o fim a que se destina. E preciso, também, que os estatutos sejam aprovados pelo poder público.



Por último, menção especial deve ser feita ao modo de constituição das pessoas jurídicas de direito privado. Como já se salientou estas entidades são criadas por obra exclusiva da vontade dos seus membros.

A personalidade jurídica surge apenas quando são preenchidas determinadas formalidades legais. No processo de nascimento das pessoas jurídicas, duas fases podem ser discriminadas: a da constituição e a do registro.

A fundação é constituída por ato intervivos ou por disposição testamentária, desde que sejam preenchidas determinadas formalidades legais, obedecendo-se os requisitos constantes do Código Civil.

Nas associações e sociedades o ato constitutivo que se formaliza em um contrato expressa a intenção de dar vida à pessoa jurídica cumprida a fase de constituição, para que a pessoa jurídica venha a existir é necessário efetuar o registro. Por esse ato é conferida publicidade aos acontecimentos principais que marcam a existência da entidade, como o começo e o fim da personalidade, bem como demais alterações por ela experimentadas.

Ao contrário do que sucede com as pessoas naturais, em que o registro possui força meramente probatória, já que a personalidade individual é adquirida pelo nascimento com vida, no caso das pessoas jurídicas; o registro não apenas prova a sua existência, mas tem o condão de atribuir-lhe personalidade jurídica. Assim, a personalidade jurídica começa quando o ato constitutivo é inscrito no registro público competente.