



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri

**A (des)naturalização da pessoa jurídica:
subjetividade, titularidade e atividade**

Rio de Janeiro

2011

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri

**A (des)naturalização da pessoa jurídica:
subjetividade, titularidade e atividade**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N389d Negri, Sergio Marcos Carvalho de Ávila.

A (des)naturalização da pessoa jurídica : subjetividade, titularidade e atividade / Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri. – 2011.
243 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pessoa jurídica - Teses. 2. Personalidade (Direito) - Teses. 3. Direito civil – Teses. I. Tepedino, Gustavo José Mendes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.19

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri

**A (des)naturalização da pessoa jurídica:
subjetividade, titularidade e atividade**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 03 de maio de 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Prof.^a Dr.^a Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro

2011

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Gustavo Tepedino, sou grato pelo fraternal acolhimento que me proporcionou, ainda no mestrado, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Muito me honra ter sido orientado por um professor que durante a minha graduação, ainda que à distância, influenciou-me decisivamente com as suas ideias, despertando-me para o Direito Civil. Sua paciência e apoio, presentes nos momentos mais delicados, foram essenciais para que o trabalho fosse finalizado.

À Professora Maria Cristina de Cicco, pela oportunidade de realizar parte da pesquisa em Camerino, transformada por ela em uma segunda casa para todos os estudantes que acolhia, bem como por ter franqueado o acesso a livros indispensáveis à confecção dessa tese.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, que me permitiram ampliar o olhar sobre o mundo e me inspiraram na desafiante jornada do magistério. Em especial, o meu agradecimento aos Professores Carlos Nelson de Paula Konder e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, cujas observações na qualificação foram imprescindíveis para o término do trabalho.

Aos meus pais, Sergio e Ana Rita, pelo amor sem reservas e pelo apoio nos momentos decisivos, sempre dispostos a me ouvirem, mesmo quando a vida lhes reservou desafios maiores do que os que enfrentei na elaboração dessa tese. Às minhas irmãs, Ana Carolina, Mariana e Luciana, agradeço pelo convívio e também pelo afeto que sempre me dedicaram.

Esse trabalho somente se tornou realidade porque pude contar com a presença de uma pessoa muito especial em minha vida. Companheira de todas as horas, acompanhou o árduo processo de elaboração dessa tese, página por página, sempre ao meu lado, nos piores e melhores momentos. À Joana, meu amor, meu carinho e minha gratidão.

RESUMO

NEGRI, S. M. C. A. *A (des)naturalização da pessoa jurídica: subjetividade, titularidade e atividade*. 2011. 243 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O presente trabalho, a partir da revisão do conceito de personificação, pretende investigar como se desenvolve o processo de naturalização da pessoa jurídica e os eventuais prejuízos decorrentes para a tutela do ser humano nas organizações sociais e para a descrição do fenômeno empresarial. Sob o prisma da filosofia da linguagem, realiza-se uma revisão bibliográfica sobre a utilização do termo “pessoa jurídica” no discurso do Direito, destacando, principalmente, a desconstrução promovida pelo chamado nominalismo. São, ainda, propostos critérios para a identificação da naturalização, a partir de uma gradação que procura segregar os diversos grupos de casos que lhe são correlatos. A tese foi estruturada em três etapas: subjetividade, titularidade e atividade. Ao cotejar a “pessoa natural” com a “pessoa jurídica”, em cada um desses planos, espera-se revelar a assimetria de razões que separam a personificação do ser humano daquela presente nas sociedades, associações e fundações. Do questionamento do individualismo metodológico presente na noção de pessoa jurídica resulta a reconstrução do próprio sistema analítico de conceitos do discurso jurídico, com a revisão das ideias de imputação, relação jurídica, titularidade e autonomia patrimonial.

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Naturalização. Subjetividade. Titularidade. Imputação. Autonomia patrimonial. Desconsideração.

ABSTRACT

NEGRI, S. M. C. A. *The (de)naturalization of legal entity: subjectivity, legal capacity and activity*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

This work, from a review of the concept of incorporation, aims to investigate how the naturalization process of legal entity develops and any losses incurred for the protection of human being in organizations and for description the phenomenon of the Firm. From the perspective of philosophy of language, this thesis reviews the literature concerning to the use of the term “legal person” in the discourse of corporate law, especially highlighting the deconstruction promoted by so-called nominalism. They are also proposed criteria for the identification of naturalization, with a gradation that seeks to segregate the different groups of cases that are related to this process. The thesis was structured in three stages: subjectivity, legal capacity and activity. By confronting the human being with legal entity, in each of these plans, it expects to demonstrate the specificity of the process of incorporation, which prevents any comparison with real person. The revision of methodological individualism in this idea of legal personality results in the reconstruction of the concepts of imputation, legal relationship, legal capacity and limited liability.

Keywords: Legal entity. Naturalization. Subjectivity. Legal capacity. Activity. Imputation. Limited liability. Disregard doctrine.

RIASSUNTO

NEGRI, S. M. C. A. *La naturalizzazione della persona giuridica: soggettività, titolarità e attività*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

La presente Tesi, a partire da una revisione del concetto di personificazione, si propone di studiare come si sviluppa il processo di naturalizzazione della persona giuridica e delle eventuali perdite risultanti per la protezione dei diritti dell'uomo nelle organizzazioni sociali e per descrivere il fenomeno imprenditoriale. Dal punto di vista della filosofia del linguaggio viene fatta una ricerca bibliografica, circa l'uso del termine "persona giuridica" nel discorso del Diritto, accentuando il concetto di decostruzione usata dal Nominalismo. Vengono, inoltre, proposti criteri per l'individuazione della naturalizzazione secondo una gradazione che permette di separare i diversi gruppi di casi che le sono correlate. La Tesi è stata strutturata in tre fasi: soggettività, titolarità e attività. Quando viene confrontata la persona fisica con la persona giuridica, in ognuno di questi livelli, ci si propone di evidenziare l'asimmetria delle ragioni che separano la personificazione dell'essere umano da quella che si verifica nelle associazioni, nelle società e nelle fondazioni. A partire dalla questione dell'individualismo metodologico presente nel concetto di persona giuridica, si ha la ricostruzione del sistema analitico del discorso giuridico, con la revisione dei concetti di rapporto giuridico, imputazione, titolarità e autonomia patrimoniale.

Parole chiavi: Persona giuridica. Naturalizzazione. Soggettività. Titorarietà. Attività. Imputazione. Autonomia patrimoniale.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	A NATURALIZAÇÃO DE UM CONCEITO: A PESSOA JURÍDICA COMO MITO	17
1.1	A naturalização da pessoa jurídica	17
1.2	O mantra da alteridade subjetiva	19
1.3	Qual o custo da pessoa jurídica?	21
1.4	A naturalização no tempo	24
1.4.1	<u>A pessoa jurídica no direito romano?</u>	24
1.4.2	<u>Entre o sagrado e o profano: <i>persona ficta</i> e comenda como embriões da alteridade subjetiva</u>	28
1.4.3	<u>A modulação subjetiva do ordenamento</u>	32
1.4.4	<u>A naturalização da pessoa jurídica em Gierke</u>	38
1.5	A desnaturalização teórica da pessoa jurídica: do normativismo de Kelsen ao nominalismo italiano	41
1.6	Fim da pessoa jurídica?	50
2	AS RAZÕES DA PERSONIFICAÇÃO	53
2.1	Razões da personificação, relações normativas e condições de uso	53
2.2	A personalidade como valor: entre personalismo e solidariedade	55
2.2.1	<u>Personalismo: do sujeito (filtro) à pessoa (valor)</u>	55
2.2.2	<u>O contraponto procedimentalista e a ameaça da tirania dos valores</u>	59
2.2.3	<u>Em busca de uma nova solidariedade</u>	61
2.3	A personalidade como instrumento	65
2.3.1	<u>O fim na teoria da pessoa jurídica</u>	65
2.3.2	<u>A personalidade orientada pela organização</u>	69
2.3.2.1	A organização como elemento central da pessoa jurídica.....	69
2.3.2.2	A organização como Instituição.....	72
2.3.2.3	Sistema e Organização.....	73

2.3.2.4	A pessoa jurídica em sistemas autopoieticos.....	76
2.4	As razões da pessoa jurídica	81
3	PESSOA JURÍDICA E TITULARIDADE	84
3.1	Personalidade e capacidade	84
3.2	Pessoa jurídica, autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade: a ilusão dos sistemas maximalistas	96
3.3	Pessoa jurídica e separação patrimonial: divergências estruturais e equivalência funcional	102
3.4	Titularidade da pessoa natural x Titularidade da pessoa jurídica	107
3.4.1	<u>Pessoa jurídica e imputação incompleta</u>	107
3.4.2	<u>O sujeito como elemento externo da relação jurídica</u>	114
3.5	Pessoa jurídica e a “titularidade” das situações existenciais	118
3.5.1	<u>O discurso dos direitos da personalidade e/ou fundamentais da pessoa jurídica</u>	118
3.5.2	<u>Pessoa jurídica e Liberdade de Associação</u>	127
3.5.2.1	Um problema de titularidade de direitos fundamentais.....	127
3.5.2.2	Um problema de eficácia de direitos fundamentais.....	132
3.5.2.3	Pressupostos e Teorias da eficácia.....	136
4	SUBJETIVIDADE E ATIVIDADE: A PESSOA JURÍDICA COMO OBSTÁCULO À EMPRESA	146
4.1	O problema da empresa	146
4.1.1	<u>A empresa no sistema do Código Civil de 2002</u>	146
4.1.2	<u>A dificuldade do Direito de enquadrar específicas esferas do agir</u>	149
4.2	A despersonalização da empresa pela via econômica	152
4.2.1	<u>Desvendando o interior da empresa: a contribuição de Coase</u>	152
4.2.2	<u>O contrato no lugar da pessoa jurídica: a empresa como <i>nexus of contracts</i></u>	153
4.2.2.1	A contribuição de Alchian e Demsetz.....	153

4.2.2.2	A contribuição de Jesen e Meckling.....	155
4.2.3	<u>Modelos descritivos encobrendo pretensões normativas.....</u>	159
4.3	A despersonalização da empresa na Itália.....	163
4.3.1	<u>O protagonismo da atividade na reforma do direito societário italiano.....</u>	163
4.3.2	<u>Empresa e destinação patrimonial.....</u>	168
4.3.3	<u>Destinação patrimonial e autonomia patrimonial diferenciada..</u>	172
5	A HIPERTROFIA DA DESCONSIDERAÇÃO COMO RESULTADO DA NATURALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.....	177
5.1	A hipertrofia da desconsideração.....	177
5.2	Problemas da desconsideração e o método da <i>disregard</i>: uma distinção necessária.....	186
5.2.1	<u>A desconsideração em três tempos.....</u>	186
5.2.2	<u>Desconstruindo Salomon.....</u>	190
5.2.3	<u>Subcapitalização nominal sem desconsideração.....</u>	193
5.2.4	<u>Da desconsideração à teoria da aplicação de normas.....</u>	198
5.3	Enfoque normativo da autonomia patrimonial.....	200
5.3.1	<u>Justificativa e pressupostos de abordagem.....</u>	200
5.3.2	<u>Espécies normativas e respectivos modos de aplicação.....</u>	206
5.3.3	<u>A técnica da proporcionalidade na construção da autonomia patrimonial diferenciada.....</u>	211
	CONCLUSÃO.....	218
	REFERÊNCIAS.....	226

INTRODUÇÃO

No final de 2010, uma descoberta abalou as estruturas do mundo científico. Até então, pensava-se que carbono, hidrogênio, nitrogênio, oxigênio, enxofre e fósforo representavam os elementos vitais para qualquer ser vivo. Em um lago tóxico na Califórnia, foi encontrada, contudo, uma bactéria que, ao contrário dos demais seres vivos, havia substituído o fósforo pelo arsênio, desafiando o modelo tradicional utilizado para a descrição da vida.¹

Em face da nova descoberta havia duas possibilidades: continuar apegado ao modelo pré-concebido, ainda que contrafático; ou rever o próprio simulacro da realidade, que se mostrava incapaz de retratá-la de forma adequada.² Se as chamadas Ciências Naturais apresentam os seus falsos dados, como demonstrado pelo episódio acima descrito, o que dizer da “Ciência” do Direito, cujos modelos pré-concebidos refletem as vicissitudes e particularidades de determinada época e sociedade?

No mundo jurídico verbalizado, é muito comum a utilização de categorias abstratas para simplificar situações concretas. O recurso à abstração motra-se útil, na medida em que permite ao ser humano a apropriação intelectual dos fenômenos que o cercam, facilitando, assim, a comunicação. Ocorre que, frequentemente, essas categorias abstratas se desvinculam dos fenômenos retratados, ganhando uma vida própria, como se representassem uma realidade autônoma.

¹“A bactéria anunciada hoje pela Nasa, encontrada num lago na Califórnia, incorpora no seu DNA o arsênio, um elemento tóxico que, em tese, não deveria fazer parte da química da vida. Para fazer isso, o micro-organismo substituiu o fósforo -- definido pelos biólogos como um dos seis elementos químicos necessários à vida -- pelo arsênio. ‘É como estar vivo de uma maneira completamente diferente’, definiu a astrobióloga americana Pamela Conrad, que também participou da coletiva. A autora do estudo, Felisa Wolfe-Simon disse que sempre foi interessada ‘em exceções à regra’ e que agora serão necessárias muitas novas pesquisas para explicar o fenômeno da bactéria mutante. Para Conrad, a descoberta abre todo um novo campo de pesquisa. ‘Nós aumentamos sensivelmente nossas perspectivas, disse.’” RIGHETTI, Sabine. Em entrevista, cientistas confessam ignorar receita da bactéria ‘ET’. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 02 dez. 2010. Notícias. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>> . Acesso em 08 dez. 2010.

² A utilização desses modelos, nos quais se verifica, na descrição de fenômenos diversos, a busca pela unidade, foi bem descrita por Bachelard: “Costuma-se dizer que a ciência é ávida de unidade, que tende a considerar fenômenos de aspectos diversos como idênticos, que busca a simplicidade ou economia nos princípios e nos métodos. Tal unidade seria logo encontrada se a ciência pudesse concentrar-se com isso. Ao inverso o progresso científico efetua sua etapas mais marcantes quando abandona os fatores filosóficos de unificação fácil, tais como a unificação de ação do Criador, a unidade de organização da Natureza, a unidade lógica”. BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p.20.

A pessoa jurídica, por exemplo, já foi retratada como elemento essencial à descrição da realidade, como se fosse uma imposição da própria natureza³. Conseqüentemente, incute-se a impressão de que o termo pessoa jurídica corresponde a uma evidência lógica e inquestionável, isto é, algo “dado” e não construído. No entanto, assim como aconteceu com o modelo utilizado para a análise da vida, a pessoa jurídica representa apenas um “falso dado do sistema”, não podendo ser vista como uma categoria universal e atemporal.⁴

O significado da figura abstrata do sujeito titular de direitos e deveres somente pode ser devidamente compreendido com a percepção de que não se trata de um modelo atemporal, indiferente às escolhas e decisões realizadas em determinado momento histórico, por determinada sociedade. Uma vez revelada a sua natureza idiossincrática, cumpre também notar a presença de um importante componente filosófico-gnoseológico na sua construção: a visão de que “sujeito” e “objeto” representam figuras diametralmente opostas.

A chamada filosofia da consciência, relacionada, inicialmente, à busca das essências que marcara o platonismo, promoveu a defesa da autonomia do sujeito cognoscente, capaz de estruturar o mundo que o circundava sem a intermediação da linguagem. Nesse contexto, a filosofia encontrava-se adstrita a um paradigma cognitivista, pautado na produção de conhecimento a partir dos objetos exteriores da realidade.

Com a percepção de que o conhecimento dos objetos depende, contudo, da intuição sensível do ser humano, forja-se a ideia de que a filosofia não deveria se preocupar com os objetos, mas com o modo pelo qual o sujeito retrata esse mundo exterior.⁵ Esse giro para o sujeito foi acompanhado, no entanto, de traços

³ O fato de a personificação não representar um processo arbitrário do Estado, não pode conduzir à afirmação de que esse processo é uma imposição da ordem natural, como se observa na seguinte afirmação de José Oliveira Ascensão: “O Estado não é arbitrário mesmo no domínio da criação das pessoas colectivas (...) Não se imagina que uma autarquia local, uma associação cultural ou mesmo uma sociedade anónima possam influenciar sem personalidade jurídica. Concluimos assim que a personalidade colectiva é também uma imposição da ordem natural, por ser indispensável à realização do homem na sociedade em que vivemos a intervenção destes novos actores na cena social.”ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2000, v. 1., p.216 (grifo nosso).

⁴ A análise dos chamados falsos dados do sistema foi feita por Michel Mialle em: MIAILLE, Michel *Introdução crítica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p.48.

⁵ No prefácio da segunda edição da *Crítica da Razão Pura*, Kant demonstra claramente essa inversão de papéis: “Até agora se assumiu que todo o nosso conhecimento deve acomodar-se aos objetos; mas nesta suposição, todos os tentames feitos para apurar sobre eles qualquer coisa a priori por meio de conhecimentos, e ampliar assim o nosso conhecimento, não deram o menor resultado. Que se faça pois uma experiência para ver se não teremos melhor êxito nos problemas da Metafísica,

cognitivistas, uma vez que a filosofia da consciência, ainda vinculada às estruturas transcendentais, apoiava-se na representação de um homem descontextualizado, retratado mais pelas suas vivências privadas do que pelas suas interações cotidianas no espaço público.⁶

Essa subjetividade transcendental, que marcara a filosofia da consciência, foi transposta também para o discurso jurídico. O destaque conferido ao centro subjetivo de imputação abstrato é tributário, como adverte Francesco Alcaro, da transposição de uma ilusão: “o indivíduo-sujeito de direito com todos os seus atributos seria capaz de modelar todo o sistema jurídico.”⁷ Se, no plano filosófico, a filosofia da consciência privilegiou, segundo Habermas, “a imediação da vivência subjetiva em relação à mediação discursiva”,⁸ no plano jurídico, processos de interação social, como a união de pessoas em torno de uma determinada iniciativa, passaram a ser retratados também pela interposição de uma subjetividade transcendental: a pessoa jurídica.

Segundo Francesco Ferrara, a noção da pessoa jurídica funciona como uma lente contraposta aos olhos do intérprete. Quando bem ajustada, permite uma representação perfeita dos fenômenos, mas, desfocada, contribui apenas para deformá-los.⁹

A apresentação da pessoa jurídica pressupõe a ideia de que o ordenamento reconhece dois sujeitos de direito. A pessoa natural, relacionada ao ser humano, e a pessoa jurídica, que congrega uma variedade de substratos, como as associações,

assumindo que os objetos devem acomodar-se ao nosso conhecimento: o que já de per si condiz melhor com as exigências da possibilidade de um conhecimento a priori de tais objetos, pelo qual se deve estabelecer alguma coisa a respeito deles, antes que nos sejam dados. Ocorre, neste caso, aquilo mesmo que se deu com a primeira idéia de Copérnico: ao perceber que pouco adiantava na explicação dos movimentos do céu admitindo que todo o exército de estrelas gravitava em torno do expectador, tentou ver se não seria mais bem sucedido fazendo girar o espectador e deixando as estrelas em estado de repouso.” KANT, Immanuel. *Prefácio à segunda edição da Crítica da Razão Pura*. Trad. de Raimundo Vier. (Textos seletos). Petrópolis: Vozes, 1974, p.38.

⁶ “Seguindo de perto as pegadas do platonismo, a filosofia da consciência privilegiara o interior em relação ao exterior, o privado em relação ao público, a imediação da vivência subjetiva em relação à mediação discursiva. A teoria do conhecimento tomara o lugar de uma Filosofia Primeira, enquanto a comunicação e o agir caíram na esfera dos fenômenos, ou seja, ficaram com um status derivado.” HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios Filosóficos*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.09.

⁷ ALCARO, F. *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica*: Significato di una evoluzione. Milano: Giuffrè, 1976, p.10.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico*. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.09.

⁹ “la nozione di persona giuridica è come una lente fraposta all'occhio dell'interprete, che, se è esatta, dà la rappresentazione nitida della realtà, se falsa, ne produce l'oscuramento e la deformazione”. FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.17.

sociedades e fundações. Da correlação com a pessoa natural, vista como espécie do mesmo gênero sujeito jurídico, decorre a impressão de que a pessoa jurídica é mais do que um termo, representando um novo ser criado pelo Direito.

O presente trabalho, a partir de uma profunda revisão do próprio valor do instituto, tem como objetivo investigar como se desenvolve esse processo de naturalização, para, então, propor uma noção de pessoa jurídica mais flexível, que possa se adaptar às várias relações que se estabelecem em torno daquele termo. A tese, que se pretende sustentar, é a de que a naturalização da pessoa jurídica, processo que deverá ser demonstrado, representa um obstáculo para a tutela do ser humano nas organizações sociais, bem como para a descrição do fenômeno empresarial.

O tema proposto, da naturalização, tem como fio condutor a relação do termo pessoa jurídica com as noções de subjetividade jurídica, titularidade e atividade. Como esse processo não se revela da mesma forma em todas as situações, propõe-se, para o desenvolvimento da tese, uma divisão, tendo em vista a intensidade da naturalização para cada grupo de casos.

Dessa forma, pode-se falar, por um lado, em uma **naturalização forte**, quando se observa a extensão, para a pessoa jurídica, de atributos e direitos que seriam, inicialmente, exclusivos do ser humano, como vontade, interesse, cor, honra, entre outros, que serão oportunamente analisados.

Por outro lado, haveria também uma **naturalização**, só que agora **fraca**, quando instrumentos pensados para a tutela do indivíduo são transpostos para situações supra-individuais, como acontece, por exemplo, na disciplina do patrimônio e do capital de sociedades.

Ao mesmo tempo, entre as duas extremidades, nota-se uma **naturalização intermediária**, nas situações em que a alteridade subjetiva acaba comprometendo a análise das situações que se desenvolvem no interior das associações, sociedades e fundações. Não se busca, com essa divisão, uma hierarquia entre os vários níveis, mas apenas o desenvolvimento de um modelo que irá facilitar a compreensão do conjunto de situações que se relacionam com o tema.

Os problemas gerados pela utilização normativa do termo pessoa jurídica, como ente abstrato, na fundamentação de decisões, não se restringem aos temas que serão tratados neste trabalho. Em face da imperiosa necessidade de delimitação do objeto do presente estudo, foi feito um recorte no qual se buscou

prestigiar os assuntos que, a nosso ver, mostram-se imprescindíveis para a demonstração da presente tese.

Não é objetivo central desse trabalho avaliar as questões que decorrem do chamado dano moral da pessoa jurídica, já que esse tipo de análise pressupõe um enfoque sobre o próprio conceito de dano moral e, principalmente, sobre o papel e a função da responsabilidade civil. É claro que ao se analisar a titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica, as questões referentes ao assunto serão indiretamente abordadas para a devida compreensão do significado dessa titularidade. Da mesma forma, não se busca com o presente estudo analisar as implicações dessa naturalização para a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tema que deve ser enfrentado à luz do Direito Penal.

Para o desenvolvimento da tese, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

O primeiro corresponde à apresentação do problema da naturalização da pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, procura-se investigar a evolução do respectivo conceito, a partir de uma abordagem diacrônica, por meio do cotejo das principais teorias que tentaram analisar a natureza do instituto. Essa abordagem se mostra necessária, de acordo com o tema proposto, apenas para demonstrar como o processo de naturalização foi legitimado por meio de argumentos históricos, como, por exemplo, quando se afirma que o conceito de pessoa jurídica, pautado na noção de alteridade subjetiva, já se encontrava presente no Direito Romano.

Da mesma forma, partindo-se do ficcionismo de Savigny até chegar às construções de Ascarelli e Kelsen, pretende-se demonstrar como a modulação subjetiva, isto é, a tentativa de descrever o ordenamento a partir da noção de subjetividade jurídica, acabou conduzindo à própria naturalização da pessoa jurídica.¹⁰

O segundo capítulo versa sobre o conceito jurídico de personalidade, entendido como a aptidão para adquirir direitos e deveres. Os conceitos de personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício são utilizados indistintamente à pessoa natural e à pessoa jurídica, o que acaba reforçando o

¹⁰ “L'individuo concepito come persona libera e cosciente, come realtà assoluta avente ragione di fine costituisce il centro del sistema. Esso comincia dall'affermare se stesso come soggetto dotato di diritti rispondenti alle esigenze della personalità. Uscendo da sé per entrare in rapporto con altri soggetti uguali, fa sorgere la necessità di una misura uniforme e costante che garantisca la reciproca esplicazione della personalità. Per tal modo la nozione dell'oggettivo, inteso come norma di coesistenza, postula quella del diritto soggettivo, ossia di soggetti che vengono tra loro in rapporto con uguali poteri e con uguale necessità di affermarsi. SOLARI, Gioele. *Storicismo e Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 1959, p.261.

processo de naturalização. Em face desse modelo, as razões que determinaram a personificação do ser humano se confundem com os motivos presentes na atribuição de personalidade jurídica às sociedades, fundações e associações. Sem afastar o conceito de personalidade, pretende-se apresentar um novo modelo de análise pautado nas seguintes etapas: **razões da personificação, relações normativas e condições de uso.**

No terceiro capítulo, procura-se confrontar a pessoa jurídica com a noção de titularidade. A partir do momento em que as sociedades, associações e fundações passaram a ser vistas, do ponto de vista jurídico, como “pessoas”, o Direito se deparou com uma importante questão: a equiparação promovida no plano da subjetividade exigiria também uma perfeita correspondência no âmbito da capacidade? Quais seriam os direitos titularizados pela pessoa natural que poderiam ser estendidos à pessoa jurídica? Na segunda parte do capítulo, ainda na questão da capacidade, o foco do estudo será a transposição desse discurso da titularidade para as situações existenciais.

O objetivo será confrontar as formas de imputação tradicionais com sistemas alternativos, para, ao final, chegar à conclusão de como deve ser interpretado esse processo de imputação e titularidade. Pretende-se analisar a titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica, ressaltando, principalmente, como esses direitos são tutelados no interior dos entes personificados, na medida em que a naturalização da pessoa jurídica pode comprometer a tutela do indivíduo nas organizações sociais.

Já no quarto capítulo, além de destacar como o modelo de pessoa jurídica, uma vez naturalizado, representa um obstáculo para a noção de empresa, busca-se confrontar dois modelos de relativização do papel do sujeito abstrato na atividade empresarial. O primeiro, teórico, associado ao desenvolvimento das teorias contemporâneas da empresa, com destaque para a concepção do *nexus of contracts*. O segundo, legislativo, que diz respeito ao destaque conferido ao termo atividade na reforma do direito societário italiano de 2003.

Por fim, no quinto capítulo, busca-se demonstrar como a naturalização da pessoa jurídica afetou a chamada *disregard doctrine* (desconsideração da personalidade jurídica). Neste ponto, será investigado como a confusão entre os termos “pessoa jurídica”, “autonomia patrimonial” e “responsabilidade limitada” acabou conduzindo à hipertrofia da técnica da desconsideração da personalidade

jurídica. Finalmente será analisada a estrutura normativa da autonomia patrimonial e seu respectivo modo de aplicação, buscando-se elementos que apoiem a construção da autonomia patrimonial diferenciada no ordenamento brasileiro.

1 A NATURALIZAÇÃO DE UM CONCEITO: A PESSOA JURÍDICA COMO MITO

1.1 A naturalização da Pessoa Jurídica

Em 1952, Hart realizou uma conferência intitulada *Definition and Theory in Jurisprudence*, na qual denunciava uma prática comum no mundo jurídico: a tentativa de se estabelecerem definições precisas de conceitos, como se todo termo jurídico descrevesse um objeto da realidade. Para o professor de Oxford, essa busca incessante pelo significado de termos como “Estado”, “propriedade” e “direito”, acabava criando a ilusão de que um conceito jurídico deveria, necessariamente, possuir um correspondente fático-ontológico.¹¹

A crítica ao *modus operandi* dos juristas no trato dos conceitos era, na verdade, o reflexo de um processo mais amplo. O despertar de uma nova consciência linguística, processo conhecido como *linguistic turn*, abalava os fundamentos da filosofia tradicional, ao impor um novo papel para a linguagem no processo de inserção do ser humano no mundo.¹²

Wittgenstein, em *Investigações Filosóficas*, trabalho incompleto, publicado em 1953, defendeu a impossibilidade de se construir uma linguagem perfeita, capaz de descrever com exatidão a realidade das coisas. Para tanto, utilizou como ponto de partida o que ele próprio definiu como “visão agostiniana da linguagem”, caracterizada pelo entendimento de que caberia à linguagem a função de descrever e, principalmente, de nomear os fatos e objetos do mundo.¹³

¹¹ “There is nothing which simply ‘corresponds’ to these words and when try to define them we find that the expressions we tender in our definition specifying kinds of person, things, qualities, events, and processes, material or psychological, are never precisely the equivalent of these legal word though often connected with them in some way”. HART, Herbert L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence. The Law Quarterly Review. v. 70, 1954, p.38.*

¹² A revisão dos fundamentos da filosofia tradicional somente foi possível com o despertar de uma consciência linguística. Aos poucos, nascia a percepção de que a cultura, a religião, o inconsciente, bem como toda a experiência histórica, mostravam-se fundados em torno da linguagem. O despertar dessa nova consciência ficou conhecido como *linguistic turn*, na medida em que fazia com que a linguagem, vista até então como um instrumento secundário, fosse tratada como um plano indispensável para inserção do ser humano no mundo. É importante destacar que o desenvolvimento dessa nova concepção acerca da linguagem não pode ser visto como um processo uniforme. A percepção da importância da linguagem representa uma premissa adotada por vários autores que, no entanto, chegaram a resultados completamente diferentes. Mesmo dentro dessa suposta virada linguística, existiram importantes rupturas como a chamada virada hermenêutica e o giro pragmático.

¹³ A grande contribuição de Wittgenstein para a virada linguística ocorre na verdade com a publicação do trabalho incompleto denominado *Investigações Filosóficas*, publicado em 1953, assiste-se a uma

Essa prática de se encontrarem “rígidas substâncias eternas por detrás dos conceitos” pode ser comparada com a forma pela qual o ser humano tem o seu primeiro contato com a linguagem. Desde criança, aprendemos a associar nomes a coisas, criando-se, assim, a ilusão de que todo nome corresponde a um objeto da realidade, de forma que, quando a criança ouve a palavra, a imagem da coisa surge em sua mente. Para dissipar essa névoa, associada à busca das falsas essências, a filosofia deveria investigar como a linguagem funciona, determinando o significado das palavras de acordo com a sua utilização em situações concretas da vida.¹⁴

Com o devido cuidado, é possível estender esse raciocínio para a análise do conceito de pessoa jurídica. Assim como há a ilusão de que todo nome corresponde a um objeto, como denunciado por Wittgenstein, a análise da pessoa jurídica sempre foi caracterizada pela tentativa de se determinar qual seria o substrato ontológico do instituto.

Perguntas do tipo "o que é uma pessoa jurídica?", "qual a sua essência ou natureza?", são frequentemente formuladas de forma a prejudicar a própria resposta. Subjacente às questões da natureza, da essência, plasma-se, mesmo que de forma velada, a ideia de que o termo pessoa jurídica teria como função descrever um ente real, à semelhança do ser humano.

Nas mais variadas práticas discursivas que se valem do termo em questão, pode-se perceber a presença desse tipo de discurso, marcado pela naturalização da pessoa jurídica. Da mesma forma que o primeiro contato com a linguagem obscurece o significado das palavras, o modo de aprendizado do termo pessoa jurídica contribui para criar a ilusão de que deve haver algum ente retratado por aquele nome.

das mais intensas – e sinceras – reflexões intelectuais promovidas por um autor acerca da sua própria obra. O Wittgenstein do *Tractatus* é substituído por um novo Wittgenstein, o autor das *Investigações Filosóficas*, que passa a defender agora a impossibilidade de se construir uma linguagem perfeita, destituída das suas imprecisões habituais e que fosse capaz de descrever com exatidão a realidade das coisas.

¹⁴ “[...] o conceito geral da significação das palavras envolve o funcionamento da linguagem como uma bruma que torna impossível a visão clara. – Dissipa-se a névoa quando estudamos os fenômenos da linguagem em espécies primitivas do seu emprego, nos quais pode-se abranger claramente a finalidade e o funcionamento das palavras. Tais formas primitivas da linguagem emprega a criança, quando aprende a falar. O ensino da linguagem não é aqui nenhuma explicação mas sim um treinamento [...] uma parte importante desse treinamento consistirá no fato de que quem ensina mostrará os objetos, chamará a atenção da criança para eles, pronunciando então uma palavra, por exemplo, a palavra ‘lajota’, exibindo essa forma [...] esse ensino ostensivo das palavras, pode-se dizer, estabelece uma ligação entre a palavra e as coisas: mas o que significa isso? Ora, isso pode significar coisas diferentes; no entanto, pensa-se logo no fato de que, quando a criança ouve a palavra, a imagem da coisa surge perante o seu espírito” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas* (Os pensadores). Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1991, p.11.

Essa naturalização é reforçada pelo princípio da distinção. Em face do reconhecimento de um novo centro autônomo de direitos e deveres, reforça-se o entendimento de que haveria um novo ente, que se tornaria titular exclusivo das situações jurídicas que lhe seriam imputadas.

1.2 O mantra da alteridade subjetiva

Um dos tópicos essenciais do receituário propedêutico do Direito Privado diz respeito à atribuição de personalidade jurídica a determinados agrupamentos humanos, que passam, assim, a ostentar uma subjetividade jurídica própria, independente daquela que é reconhecida aos seus membros, isoladamente considerados. A partir de uma narrativa linear, comumente, afirma-se que a personificação promove o aparecimento de um centro autônomo de imputação, o que reforça, por sua vez, o código binário, característico do discurso jurídico, entre os sujeitos, titulares de situações jurídicas; e os objetos, que congregam o complexo desses direitos e deveres.¹⁵

Para confirmar a existência da nova unidade de imputação de relações jurídicas, o discurso se concentra em elencar as consequências que resultam dessa personificação. O novo sujeito passa a ostentar nacionalidade e domicílio próprios, que não se confundem com a nacionalidade e o domicílio de seus integrantes. A atribuição de um nome, por sua vez, facilita a identificação da pessoa jurídica nas relações de que ela venha participar, garantindo-lhe uma atuação independente, inclusive quando está em juízo.

Com a atribuição de personalidade, destaca-se também a possibilidade de se reconhecer uma suposta vontade da pessoa jurídica, expressa por meio dos seus órgãos. O patrimônio da sociedade, enquanto sujeito autônomo, não pode ser confundido com o patrimônio dos sócios.¹⁶ Da separação patrimonial, resulta uma

¹⁵ Nas palavras de Clovis: “A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência.” BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951, p. 239.

¹⁶ Como já destacava Santoro-Passarelli: “Con l’assunzione della personalità giuridica l’organizzazione ha una volontà propria, che forma ed esprime attraverso i suoi organi, ed un

autonomia obrigacional.¹⁷ Quando uma sociedade contrai alguma dívida, o faz em seu nome, de forma que os seus membros, individualmente considerados, não são, a princípio, responsáveis pelo pagamento.¹⁸

Essa variedade de efeitos que resulta desse mantra-pedagógico converge para um único objetivo: garantir que a pessoa jurídica tenha uma existência autônoma. O recurso ao termo pessoa jurídica permite que a expressão “X tem um direito” possa ser interpretada independente da revelação do sujeito-titular. A apresentação da alteridade subjetiva, centrada na simples transposição de direitos e deveres da pessoa natural à pessoa jurídica, reforça a percepção de que haveria uma perfeita correspondência entre situações jurídicas individuais e coletivas. Trata-se, no entanto, apenas de uma ilusão. Se no caso da pessoa natural a unidade de interesses remete à figura singular do ser humano, no caso da pessoa jurídica, o centro de interesses é unificado em função de um ordenamento particular, que coordena as atividades. Em face do papel preponderante dessa estrutura, haveria como compreender o predicado da frase “X há um direito” sem confrontá-lo com esse ordenamento particular? Propriedade, crédito e débito conservam o mesmo significado quando são transpostos para as associações, sociedades e fundações?

Na maioria das vezes, com exceção dos já bastante citados abusos ou desvios da pessoa jurídica, o processo é descrito como se existissem apenas vantagens no reconhecimento desse novo centro autônomo. Acontece que, quando mal interpretada, essa alteridade subjetiva, caracterizada pela separação da pessoa jurídica em relação aos sócios e associados, produz também consequências prejudiciais, que, ao contrário do que se possa supor, não se restringem ao tema da desconsideração da personalidade jurídica.

patrimonio proprio, perfettamente autonomo rispetto ai patrimônio di chi há provveduto alla formazione e all'organizzaione .” SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1944, p.2.

¹⁷“Alla capacità di diritti e d'aquisto corrisponde parallelamente una capacità di debiti e di responsabilità: l'eguaglianza dei soggetti non s'intende se non pure dal lato passivo.” FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.881.

¹⁸ “tant que dure la société(...)le caractère mobilier des actions ou intérêts dans lês compagnies de finance, de commerce ou d`industrie, encore que dès immeubles de ces entreprises appartiennent aux compagnies”. SIMONART, Valérie. *La Personalité Morale en Droit Privé Comparé: l`unité du concept et ses applications pratiques- Allemangne, Anglaterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pay-Bas et Suisse*. Bruxelas: Bruylant Bruxelles, 1995, p.19.

1.3 Qual o custo da pessoa jurídica?

Galgano, em artigo publicado na década de 60, com o sugestivo título "*Il costo della persona giuridica*", buscou confrontar as vantagens e desvantagens da utilização do termo pessoa jurídica. Na opinião do autor, nota-se que o termo era utilizado, tanto por tribunais como juristas, como se existisse um ente a ser protegido por trás do rótulo da pessoa jurídica. Segundo Galgano, essa forma de abordagem gerava um grave problema: o tratamento unitário, além de distorcer a função do instituto, obscurecia a diversidade de fenômenos que se articulavam em torno daquele termo.¹⁹

O reconhecimento de um centro autônomo de relações jurídicas pressupõe a existência de uma unidade.²⁰ No caso da pessoa jurídica, observa-se que o seu substrato envolve uma pluralidade de pessoas ou coisas que, em face do reconhecimento estatal, são reduzidas a uma unidade conceitual. Essa visão unitária não se projeta apenas para o exterior, alcançando também as relações que se desenvolvem no interior do novo sujeito. Com efeito, a unidade subjetiva, artificialmente forjada, reverbera também na análise do patrimônio, da vontade e do interesse da pessoa jurídica, os quais passam a ser vistos, à semelhança do ser humano, de maneira uniforme.

Passados mais de 50 anos daquele artigo, nota-se que o problema denunciado por Galgano não se mostra distante da nossa realidade. Na questão, por exemplo, envolvendo a extensão dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, com destaque para a honra, percebe-se esse mesmo tratamento unitário.²¹

¹⁹“La persona giuridica vale ad occultare l’esistenza di discipline speciali; è lo strumento concettuale che permette di ricondurre a agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo”. GALGANO, Francesco. *Il costo della persona giuridica*. *Rivista delle società*. Ano 13.n1 (Gennaio Febbraio)1968, p.1-16.

²⁰ Citando o jurista italiano Giorgio Giorgi, Carvalho Santos, chegava a seguinte conclusão acerca do caráter unitário da pessoa jurídica: “Que é pessoa jurídica. Giorgi assim a conceitua: é uma unidade, que resulta de uma coletividade humana organizada, com estabilidade, para um ou vários fins de utilidade pública ou privada; completamente distinta de cada um dos indivíduos que a compõe e dotada da capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* os direitos patrimoniais, compatíveis à sua natureza, com o subsídio e o incremento do direito público. Desdobrando a definição, esclarece Giorgi: diz-se unidade jurídica, porque o caráter essencial desta figura consiste em constituir um ente, que na capacidade jurídica se iguala ao indivíduo e constitui uma pessoa.” SANTOS. J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1950, p. 338.

²¹ Como destacou Gustavo Tepedino: “Resulta daí o equívoco de se imaginar os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, aplicáveis à pessoa

Deve-se notar que essa equiparação não se mostra restrita a determinado ordenamento, como o italiano ou o brasileiro. A Constituição americana, em face da 14^o emenda, estabelece que nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, da liberdade e da propriedade, senão através do devido processo legal. Em várias decisões, ficou estabelecido que o termo “pessoa” presente no texto se refere tanto ao ser humano como a uma *corporation*, já que essa deve ser tratada como uma “*legal person*”.²²

Esse tipo de argumentação, que toma como ponto de partida a pessoa jurídica, tal qual sujeito unitário, revela um vício presente no processo de assimilação dos termos jurídicos, mais especificamente da própria noção de sujeito de direito. A associação com a pessoa natural cria a impressão de que a pessoa jurídica representa um novo “ser”, que poderia até compartilhar atributos exclusivos do ser humano.

Atualmente, somam-se os esforços na tentativa de se evitar que o discurso jurídico – muitas vezes pautado em elementos valorativos – acabe conduzindo a posturas arbitrárias. Nesse contexto, não há mais espaço para a simples correção formal de argumentos, exigindo-se também a justificação das premissas que foram utilizadas para se chegar a alguma conclusão.

Acontece que a extração de normas a partir de conceitos, prática comum no

jurídica *tout court*, para a sua tutela (endereçada, em regra, à maximização de seu desempenho econômico e de sua lucratividade). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica.” TEPELINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²² Em 1886, no caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, a Suprema Corte considerou que uma *corporation* deveria ser considerada uma pessoa para aplicação da 14^o emenda. Ainda que utilizando outros argumentos, observa-se nos Estados Unidos, a presença do debate acerca da extensão de direitos fundamentais à pessoa jurídica. Outra decisão importante ocorreu no caso *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), referente à aplicação da primeira emenda. Na sua obra sobre a desconsideração, Serick já havia comentado o caso *Santa Clara County*. SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p. 229. Como destaca Bary Friedman, a decisão, estimulou o reconhecimento de que uma *corporation* poderia invocar vários direitos previstos na Constituição, como se vê: “In the 1886 case of *Santa Clara County v. Southern Pacific Railway Company*, the Supreme Court held that corporation was a ‘a person’ within the meaning of the Fourteenth Amendment and could sue to protect rights of due process and equal protection. Remarkably, this conclusion was reached by the Court without any argument. The Chief Justice waved off counsel, telling them the justices were already decided on the issue. ‘The court does not wish to hear argument on the question “of whether the Fourteenth Amendment covers corporations, he said ‘We are all of opinion that it does’. In addition to granting corporations access to the federal courts this decision opened a vast body of constitutional rights to the corporations.” FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: FARRAR, STRAUS AND GIROUX, 2009, p.163.

universo jurídico, pode comprometer essa busca por uma racionalidade no processo de decisão. Quando se atribui um valor semântico à pessoa jurídica, como se o termo representasse um ente, acredita-se que o conceito tenha o condão de funcionar como referencial de qualquer tipo de fundamentação.

Não se pode pensar, entretanto, que o problema se concentra apenas no discurso acerca da titularidade dos direitos fundamentais da pessoa jurídica. É importante lembrar que a naturalização pode comprometer a própria tutela do ser humano nas organizações. Em 2003, a lei 10.825 alterou o artigo 42 do Código Civil brasileiro, acrescentando, ao rol das chamadas pessoas jurídicas de direito privado, mais dois incisos que contemplavam as organizações religiosas e os partidos políticos. Com a alteração da classificação tradicional da matéria, observa-se, mesmo que de forma implícita, um certo equívoco em se supor que o rótulo de pessoa jurídica de direito privado possa garantir uma maior autonomia no exercício da liberdade de associação e da liberdade de crença. O deslocamento da liberdade de associação do grupo para o novo sujeito, em face da alteridade subjetiva, pode ofuscar o papel instrumental das associações de garantir o livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

A naturalização da pessoa jurídica também produz consequências na análise do fenômeno empresarial. A disciplina do patrimônio, do capital social, do financiamento e da imputação da responsabilidade nas sociedades é influenciada sobremaneira por essa ideia da criação de um novo sujeito, que não se confunde com os seus membros. Essa alteridade – na maioria das vezes naturalizada – agrava ainda mais o problema, na medida em que transpõe, para situações supra-individuais, todo um instrumental que tem como modelo o indivíduo, isoladamente considerado.²³

²³Em relação ao ordenamento italiano, Ferro-Luzzi fez as seguintes críticas: “Si tratta, si deve precisare, di tentare uno sforzo di chiarezza e di onestà concettuale che impone di mettere in discussione i vertici stessi del sistema privatistico, e cioè il soggetto e quella sua particolare proiezione costituita dalla persona giuridica, la quale, si osservi a titolo di esempio, domina la costruzione del fenomeno societario del tipo società di capitali molto più incisivamente di quanto non appaia a prima vista. FERRO-LUZZI, Paolo. Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. n 7-8-9, 2005, p.680.

1.4 A naturalização no tempo

1.4.1 A pessoa jurídica no Direito Romano?

A grande influência da pessoa jurídica no discurso do Direito alcança também experiências pretéritas, criando a ilusão de que a descrição de uma organização coletiva sempre dependeu da intermediação do sujeito abstrato. A presença desse modelo é tão intensa, que até mesmo os autores que procuraram analisar a história da pessoa jurídica costumam projetar sobre o passado um olhar que se mostra nitidamente preso às estruturas do presente. Quando isso acontece, plasma-se uma perspectiva deformada, que, ao desconhecer a autonomia do passado, celebra o presente como o único modelo de explicação possível, como se existisse um padrão universal de evolução.²⁴

Apesar de existir uma grande divergência acerca da origem do instituto, os antecedentes da pessoa jurídica acabam nos remetendo ao Direito Romano.²⁵ Entretanto, convém desde já assinalar que os romanos não desenvolveram exatamente uma teoria da pessoa jurídica.²⁶ O Direito Romano, como ressalta António Manuel Hespanha, tinha forte caráter casuístico, amparado principalmente na atividade do pretor, que, em face das situações que lhe eram apresentadas, procurava “uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto”.²⁷

O saber jurídico da época, com grande influência do pensamento grego,

²⁴Esse modelo progressista é retratado muito bem por Antonio Manuel Espanha em sua análise sobre a forma tradicional de se conceber a história do direito: “Isto leva a uma perspectiva deformada do campo histórico, em que os objetos e as questões são recortadas a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Assim, o presente é imposto ao passado; mas para além disso, o passado é tornado prisioneiro de categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de colocar as questões e de as resolver.” HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa: Europa-América, 1997.

²⁵ “[...] não sem antes salientar que os juristas romanos não elaboraram (como, em geral, não o faziam, por não serem dados a abstrações) uma teoria sobre a pessoa jurídica. No entanto, dos textos podem extrair-se os princípios que, ali, vigoraram para a disciplina dessas entidades abstratas”. ALVES, J.C.M. *Direito Romano*. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pag.132.

²⁶O autor italiano Riccardo Orestano analisou toda a evolução da pessoa jurídica no Direito Romano, concluindo que: “Vero e che le fontin romane inpiegano largamente il termine *persona*, ma non sembra vi dessero un valore técnico”. ORESTANO, Ricardo. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*. Torino: Guiappichelli Editore, 1980, p. 07.

²⁷ HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Europa-América, 1997, p.69.

estruturava-se a partir de discussões e opiniões voltadas para a solução de problemas concretos. Ocorre que, no desenvolvimento dessa prática, os romanos acabavam, indiretamente, apresentando definições, classificações e critérios reconduzidos a outros conflitos semelhantes.²⁸

Nesse processo de construção, as necessidades impuseram, gradativamente, o reconhecimento de um ente autônomo dotado de unidade perante terceiros. Conforme o ensinamento de José Lamartine Corrêa de Oliveira, foi atribuído a esse organismo, por exemplo, “um patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos indivíduos que o integravam ou o administravam (*res communis, arca comunis*); bem como órgãos especiais capazes de representá-lo em juízo ou fora dele (*actor vel syndicus*)”.²⁹

Frederico de Castro y Bravo, por sua vez, assevera que os escritos romanos, aos poucos, passaram a denominar as massas de bens independentes e certas coletividades com as qualificações de *universitas* e *corpus*:

Se utilizan en muchos pasajes, y con estos dos calificativos (*universita* y *corpus*) las fuentes se refieren a las figuras que después se consideran personas jurídicas. De las *universitas* se dice que tiene su propias deudas, de las que ella responde y no los miembros individuales. La condicion de *corpus habere* tenia por consecuencia, se indica, características semejantes a las de la misma Republica, tener cosas comunes, un arca común y la facultad de actuar por su proprio representante.³⁰

A partir dessa idéia de *universitas* e *corpus*, as fontes romanas destacavam *municipium*, *collegia* e *societates publicanorum* como entes dotados de unidade perante terceiros. Embora o pensamento romano não tenha construído uma teoria acerca da pessoa jurídica, autores, como José Lamartine Corrêa de Oliveria, destacam que já havia naquela época um importante indício que permitiria, séculos mais tarde, a elaboração dogmática do instituto: a ideia de autonomia.³¹

28 "One further point must immediately be added. Roman Law does not only form the historical basis of only one particular, national legal system; it provides the most essential foudatios of the civilian tradition. The term 'civilian, in the terminology of English comparatists, refers to the legal system on the European continent. It is used in contrast to the (English) common law. This distinction is very valuable in one respect; however, one has to beware of two differents kinds of misconception". ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foudations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.11.

29 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Conceito da pessoa jurídica*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p.10.

30 CASTRO Y BRAVO, Frederico. *La Persona Jurídica*. Madrid: Civitas, 1984, p.142.

31 Como ressalta Galgano, não se pode negar que o Direito Romano clássico reconheceu uma figura jurídica correspondente à pessoa jurídica, uma vez que já se encontravam, naquela época, formulações voltadas para a disciplina de organizações coletivas. No entanto, isso não significa que

A afirmação de que já existiam traços da autonomia patrimonial deve ser tomada com cuidado.³² No Direito Romano clássico, a *societas* representava apenas o contrato consensual, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigavam a contribuir com bens ou trabalho para a consecução de um objetivo comum.³³ Apesar de alguma divergência entre os romanistas, esse contrato somente produziria efeitos entre as partes, fazendo com que a sociedade, como regra geral, se caracterizasse exclusivamente pela sua valência interna.

Não haveria espaço para se falar de autonomia patrimonial, uma vez que a falta de eficácia externa do vínculo contratual reduzia a *societas* a um contrato constitutivo de uma comunhão de bens em torno de um escopo comum. Ao mesmo tempo, fica claro que o contrato em questão não conduzia à criação de um novo sujeito. Nenhum dos sócios poderia agir pela *societas* ou representar os demais parceiros. Todas as obrigações externas eram imputadas a cada sócio, que respondia em nome próprio e ilimitadamente por cada dívida, não havendo sequer a responsabilidade solidária.³⁴

essas organizações eram retratadas através de um sujeito abstrato, como acontece com a pessoa jurídica. Com efeito, no lugar da dualidade subjetiva, pode se extrair da expressão *universitas*, empregada nos textos romanos, uma forma especial de titularidade, que, diferentemente da titularidade solitária, era exercida de forma coletiva, isto é, *uti universi*. Nesse sentido: “La verità è che il concetto moderno di persona giuridica, o un concetto ad esso equivalente, implicante l’alterità soggettiva della collettività organizzata rispetto ai suoi membri, quali terzi al confronto di essa, era affatto estraneo alla latinità, e tanto in época clássica quanto in época giustiniana [...] tutto ciò non significa, tuttavia che i romani, se non ebbero il concetto di persona giuridica non concepirono una regolazione dei rapporti facenti capo alle collettività organizzate corrispondente, o pressoché corrispondente, a quella che, in época moderna, sarebbe stata riassunta nel concetto di persona giuridica”. GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile*. v.I. Padova: CEDAM, 2010, p.178.

³² “[...] O antigo direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica: o *ius privatum* (*ius civile*) só tocava a pessoas físicas, aos *civis*. Os *collegia* e as *solidates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano; e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra commercium*. A própria terra do povo, *ager publicus*, não pertencia a ninguém. Lá está em GAIO (L.1, pr.D., de *divisione rerum et qualitate*, 1,8): ‘*quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur*’ [grifo do autor] Nullius de ninguém. O próprio *ius* para os negócios jurídicos era *publicum*, e não *privatum*. Quando a *res publica* teve de entrar em comércio, privatizou-se. A evolução começou pelo *municipium*, que passou a ser pessoa, no direito privado; depois, personificaram-se *collegia*, *solidates* e *universitates*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p.120.

³³ Na lição de Reinhard Zimmermann: “The fourth of the consensual contracts was *societas* (partnership). Unlike sale or hire, it is not a transaction in which the parties performance are reciprocal. A *socius* does not give or do anything in order to receive a counterperformance from his fellow *socii*. *Societas* is thus not based, primarily, on an antagonism of interests; its essence is the pooling of resources (money, property, expertise of labour, or a combination of them) for a *common purpose*. *Socii*, in the words of Daube, are not bent on getting the utmost out of each other; they are in the first place, ‘friends’, pursuing their common interests against third parties”. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 451.

³⁴ “*Societas*, furthermore, was not a corporate body, a legal person in its own right. It was a contract creating rights and duties merely between the *socii* themselves. Nobody could therefore act for ‘the

Ferrara aponta que nesse processo os *municipia* foram, de fato, a primeira tentativa de se conferir autonomia e independência a um ente distinto do ser humano. A expansão do Império romano, segundo o autor, fez com que Roma conferisse às cidades conquistadas autonomia jurídica, como forma de compensar a perda da autonomia política. Posteriormente, o tratamento conferido aos *municipia* foi estendido aos *collegia*, organizações de trabalhadores (ferreiros, pescadores), que, conseqüentemente, passavam a ser vistas como entes autônomos, dotados de *corpus*.³⁵

Outro tipo de organismo que não se confundia com os *collegia*, mas também não chegava a fazer parte do grupo das meras *societates*,³⁶ eram as *societates publicanorum*. Inicialmente, essas sociedades foram criadas para coleta e apropriação dos impostos em face da impossibilidade do Estado romano criar um sistema de arrecadação em todo o seu extenso território. Em seguida, as *societates publicanorum* passaram a realizar obras públicas e até mesmo a cuidar da administração de algumas províncias romanas. O que diferenciava essas sociedades das demais *societates* existentes naquela época era exatamente a eficácia externa do vínculo que unia os seus membros.

Municipia, collegia e societates publicanorum eram tratados pela doutrina como *universitates personarum*. Quanto aos entes com estrutura de fundação, as *universitates rerum*, muito se discute se o Direito Romano chegou ou não a prevê-los, predominando o entendimento de que as fundações da época eram apenas instrumentos a serviço do Imperador, sem qualquer autonomia perante terceiros.³⁷

O pensamento romano trabalha empiricamente com as noções de unidade e de autonomia patrimonial, entretanto, é somente no Direito Canônico que se

societas'. Nor could a socius represent his partners; if one partner bought something on behalf of all the socii, only he was entitled or obliged under such an emptio venditio, not the community of the partners as a whole." ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.455.

³⁵ "[...] questa concezione sembra superata dal diritto classico, il quale distingue nettamente l'universitas dai singuli. Anzi il merito della giurisprudenza romana è stato d'avere accentuato in modo acuto e rigoroso quest'antitesi: la totalità è contrapposta ai membri, è un ente distinto, un terzo, un estraneo". FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.35.

³⁶ "A pequena importância atribuída ao comércio no contexto romano fez com que as fontes romanas dedicassem pouca atenção às *societates*. As fontes que se dedicaram ao tema apontavam para vários tipos de *societas*, sendo que de acordo com Arangio-Ruiz, com exceção da *societas publicanorum* e da *societas argentaria*, a maior parte das sociedades tinha como característica principal a irrelevância externa do vínculo societário". ARANGIO-RUIZ, V. *La società in Diritto Romano*. Napoli: Casa Editrice Dott, 1950, p. 78.

³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Conceito da pessoa jurídica*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p.16.

assiste a uma tentativa de enquadrar todas essas manifestações em um conceito geral e mais amplo.³⁸

1.4.2 Entre o sagrado e o profano: *persona ficta* e comenda como embriões da alteridade subjetiva

É interessante observar que o desenvolvimento da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios representou, ao contrário do que se pensa, um importante fator para o desenvolvimento econômico. O modelo da *societas* romana se mostrava inadequado para regular as relações comerciais que se desenvolviam em torno do *ius mercatorum*,³⁹ entendido como o direito particular da classe mercantil, o qual, durante a Idade Média, encontrava-se em relação de concorrência com “outros direitos”.⁴⁰

Ao contrário da ausência de eficácia externa que marcara a *societas*, o aparecimento de uma nova forma de sociedade, a *compagnia* ou *societas mercatorum*, semelhante à sociedade em nome coletivo, permitia que a obrigação assumida por apenas um dos sócios pudesse ser imputada aos demais. Como lembra Zimmerman, a responsabilidade solidária dos sócios, ainda que ilimitada, era vista como grande facilitador de acesso ao crédito, já que para qualquer credor em potencial seria mais interessante negociar, em princípio, com uma sociedade na qual todos os sócios respondessem conjuntamente pelas dívidas assumidas.⁴¹

³⁸ Nesse sentido o trabalho de Orestano: "nessuna di queste organizzazioni può essere fatta rientrare negli schema della persona giuridica in senso moderno, ma molte costituivano fenomeni analoghi a quelli che noi rapportiamo a queste ultime, ed esisteva sin da allora gran parte di quella che potremo dire la loro casistica la loro problematica". ORESTANO, Ricardo. *Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano*. Torino: Giapicheli, 1968, p.85.

³⁹ Conforme a definição de Galgano: "L'espressione *ius mercatorum* appartiene al linguaggio giuridico dotto: la usano, in prevalenza, i commentatori, como Bartolo e Baldo. Essa ha una particolare pregnanza; designa, piuttosto che una partizione del diritto, un particolare modo di creare diritto: è *ius mercatorum* non solo perché regola l'attività dei mercatores, ma anche, e soprattutto, perché diritto creato dalla classe mercantile." GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Mulino, 1976, p.123.

⁴⁰ O Direito Romano, interpretado pelos glossadores do *Corpus iuris* de Justiniano; o Direito Canônico, imposto pela autoridade da Igreja, entre outros.

⁴¹ "Interestingly, both the Dutch custom and the French Law were justified as favouring commerce. Of course, merchants may be more easily inclined to embark on joint ventures if they know that their liability is limited; on the other hand, they may find it difficult to obtain credit, for potential creditors usually find a *societas* more attractive where all partners are liable jointly and severally." ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*.

A separação que marca a evolução da limitação da responsabilidade dos sócios em relação ao desenvolvimento da pessoa jurídica fica bem nítida quando se analisa a chamada *commenda*, típica forma de financiamento, aplicada, durante a Idade Média, principalmente no comércio marítimo, tendo originado, mais tarde, a sociedade em comandita.⁴² De acordo com essa operação de crédito, um navegador ou comerciante, designado *tractator*, recebia dinheiro ou mercadorias de um “capitalista”, *commedator*, interessado em participar dos lucros gerados pela atividade do primeiro. Como não participava ativamente da gestão do negócio, o capitalista era, inicialmente, excluído dos riscos inerentes ao exercício da atividade. Ainda que distante das formas atuais de organização, já se observa importante cisão entre a responsabilidade dos sócios que participavam efetivamente da gestão ativa do negócio e a responsabilidade, no caso limitada, daqueles que simplesmente aportavam capital de risco.⁴³

Segundo Galgano, no contexto do *ius mercatorum*, observava-se ainda uma separação entre os créditos tendo em vista as suas respectivas causas. Os credores dos comerciantes cujos créditos decorriam da própria atividade comercial tinham, quando confrontados com outros credores, direito de preferência em relação aos bens que compunham o estabelecimento.⁴⁴ Do mesmo modo, o comerciante não poderia oferecer, como garantia de dívidas pessoais, estranhas ao seu negócio, o estabelecimento comercial. Todas essas restrições contribuíram, assim, para a consolidação do entendimento de que os créditos relacionados à atividade do comerciante deveriam ser separados dos créditos particulares, de forma que, pelo menos do ponto de vista histórico, a autonomia patrimonial da sociedade, conquistada posteriormente, fosse um reflexo da “extinta autonomia patrimonial da

Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 451.

⁴²“The simple unilateral *commenda* of the early period eventually became a more efficient bilateral *commenda*, whereby the merchant also advanced some capital. If he invested a quarter of the total capital, he received 50 percent of the profits. In France and Italy during the fifteenth century a larger form of *commenda* developed, where several *commendators* contributed capital to one or more *tractors*, who increasingly operated with more independence. Under this arrangement, which known as a *société en commandite*, its capital suppliers contributed only capital which carried limited liability, and its managers bore unlimited liability.” ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.450.

⁴³ “It should be added here that historians have long considered the commenda as an early example of limited liability in partnership on the grounds that the commendator was not liable for debts contracted by the tractator on behalf of the commenda beyond the capital which he had originally invested”. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 443.

⁴⁴ GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Mulino, 1976, p.45.

empresa”.⁴⁵

Enquanto a autonomia patrimonial era construída como produto da prática da *lex mercatoria*, o embrião do conceito de pessoa jurídica estava sendo concebido pelo Direito Canônico em outro lugar, distante da efervescência dos mercados da Idade Média. Conforme lembra Franz Wieacker, a Igreja, além de sua força espiritual marcante, era “a mais coerente e a mais extensa organização social da Idade Média”.⁴⁶ Como consequência, as regras desenvolvidas no seu interior representavam a ordem jurídica mais poderosa da época, ocupando lugar de destaque na história do Direito Privado.

A primazia do Direito Canônico decorria da organização da Igreja bem como da descentralização política existente na época, advinda, principalmente, da queda do Império Romano e das invasões germânicas. Todo esse domínio “jurídico-institucional” exigia a construção de um complexo corpo normativo associado a um trabalho contínuo de interpretação e explicação dos textos jurídicos. Nesse processo⁴⁷, os canonistas, com a intenção de analisar os diversos institutos eclesiásticos, contribuíram decisivamente na investigação da autonomia de determinadas instituições e corporações.

A princípio, temos o conceito de *corpus mysticum* utilizado pelos canonistas para explicar a estrutura autônoma da Igreja perante a comunidade dos seus seguidores. Por meio dessa verdadeira alegoria, o Direito Canônico corporificava e individualizava o conjunto dos fiéis em comunhão com Cristo, contribuindo, assim, para a disseminação de uma consciência coletiva, que não se confundia com cada membro individualmente considerado.⁴⁸

A grande contribuição do pensamento medieval para a construção da noção de pessoa jurídica se deve a um canonista em especial: Sinibaldo Flisco, posteriormente Papa com o nome de Inocêncio IV. O pensamento jurídico medieval tinha se deparado com uma questão intrigante: haveria como punir uma cidade que descumprisse as ordens do seu soberano ou não respeitasse o Papa? Os glosadores, a partir dos textos romanos, entendiam que existiria essa possibilidade

⁴⁵GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Mulino, 1976, p.47.

⁴⁶WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.67.

⁴⁷Hespanha procura também demonstrar a importância da Igreja para o Direito da época, como se vê na seguinte passagem: “Cada vez mais prestigiada culturalmente — pelo seu domínio quase que exclusivo da cultura escrita — e cada vez mais forte e organizada no plano institucional, a Igreja tende a hegemonizar os mecanismos políticos e jurídicos, impondo-se aos reis e tutelando as organizações políticas periféricas (cidades e comunidades locais)”. HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Europa-América, 1997, p. 52.

⁴⁸OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Conceito da pessoa jurídica*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962, p.21.

de punição, o que acabou, na prática, acarretando uma série de abusos por parte das autoridades eclesiais, como destaca Frederico de Castro y Bravo:

Tal idéia de la responsabilidad delictual de las ciudades y corporaciones, elaborada en el ámbito del Derecho civil, es recogida por los canonistas, y ello dio lugar a que autoridades eclesiais usasen y abusasen de la excomuni3n e interdicci3n como arma contra ciudades y corporaciones rebeldes. La responsabilidad de una ciudad por propio delito, que implicaba sanciones para cada uno de los ciudadanos, incluso los inocentes, parecía ya injusta cuando se limitaba al mero reparto de una indemnizaci3n pecuniaria. En esos otros casos en que se trataba de una pena espiritual, su extensi3n a los ajenos al acto delictivo repugnaba e modo especial.⁴⁹

Com o intuito de reverter esse quadro, Sinibaldo Flisco procurou desenvolver uma argumenta3n para convencer os juristas da 3poca de que a puni3n e a excomuni3n das corpora3es e das cidades n3o faziam nenhum sentido. Para tanto, demonstrou que as *universitas*, embora exercitando direitos e a3es em nome pr3prio, como o homem, representavam apenas denomina3es, *nomina iuris*, incapazes de praticar pecados ou qualquer tipo de crime, isto 3, que na sua ess3ncia n3o passavam de uma *persona ficta*⁵⁰.

Cumpru destacar que o pensamento de Sinibaldo Flisco, mesmo com emprego do termo fic3n, n3o retirava das corpora3es e associa3es a sua singularidade. Ao se utilizar do termo *persona*, antes aplicado t3o-somente ao ser humano, ressaltava, mesmo que indiretamente, a unidade e a singularidade dessas organiza3es. Desse modo, paralelamente 3 ideia de fic3n, surgia uma realidade cada vez mais clara para os juristas da 3poca, marcada pela necessidade de se reconhecer a autonomia e a independ3ncia desses entes que, a partir de ent3o, passariam a ser tratados como *personas fictas*.

A experi3ncia medieval acerca das *personas fictas* foi fundamental para a constru3n da no3n de pessoa jur3dica. Mas como acontecera no Direito Romano, o pensamento jur3dico naquele momento se mostrava destitu3do ainda de uma capacidade de abstra3n, o que impedia a articula3n dos conceitos jur3dicos de forma sistem3tica. Sobretudo a partir do s3culo XVII, percebe-se o principiar de uma profunda mudan3a nesse mosaico com o advento do jusracionalismo, fazendo com que o pensamento jur3dico, at3 ent3o fortemente arraigado 3 exegese dos textos cl3ssicos, passasse a se preocupar com as no3es de unidade e de coer3ncia sistem3tica.

⁴⁹ CASTRO Y BRAVO, Frederico. *La Persona Jur3dica*. Madrid: Civitas, 1984, p.146.

⁵⁰ CASTRO Y BRAVO, Frederico. *La Persona Jur3dica*. Madrid: Civitas, 1984, p. 147.

1.4.3 A modulação subjetiva do ordenamento

O jusracionalismo representa, segundo Wieacker, uma verdadeira “revolução cultural”⁵¹, que se descortina durante o século XVII e XVIII no continente europeu, voltada para a secularização e emancipação metodológica do Direito. Assim, além de promover a desvinculação do Direito em relação à teologia moral e as fontes romanas, buscava, também, a partir de conceitos gerais e axiomas, a construção de um sistema racional válido para todos os homens.⁵²

Nesse processo de reformulação do pensamento jurídico, destacava-se o nome de Samuel Pufendorf⁵³ que, influenciado pelo racionalismo de Descartes e pela metafísica de Espinosa, procurou construir um sistema geral a partir de um processo de dedução racional em cadeia em torno de axiomas estabelecidos previamente pela razão humana. Pufendorf inicia o seu livro *De iuri naturae et gentium* afirmando que ao lado das pessoas simples (o ser humano considerado em particular) existiriam as chamadas “pessoas morais compostas”, nas quais vários homens, a partir de um vínculo moral, formavam um único ente dotado de vontade e ação própria.⁵⁴

A expressão “pessoa moral” tinha grande importância no processo de reconhecimento da autonomia dessas coletividades. Conforme foi visto, o pensamento de Pufendorf possuía como objetivo principal a construção de um

⁵¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 279.

⁵² Nas palavras do próprio Wieacker: “Pode designar-se por época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (jusnaturalismo), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa”. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 300.

⁵³ De acordo com Valérie Simonar: “L’expression personne morale a été utilisée pour la première fois par PUFENDORF. Pour cet auteur, elle revêtait toutefois le sens très particulier d’hommes considérés par rapport à leur état moral ou à la fonction qu’ils ont dans la société. Il distinguait ainsi les personnes morales simples, soit les individus envisagés isolément, et les personnes composées, soit les groupements d’individus considérés comme une volonté unique. Les personnes morales, simples ou composées, pouvaient être publiques ou privées. Il admettait encore l’existence de personnes morales fictives, mais dans un sens proche de l’étymologie du terme *persona* comme l’imitation sur scène de personnes réelles grâce à des artifices, vestimentaires notamment”. SIMONART, Valérie. *La Personnalité Morale en Droit Privé Comparé: l’unité du concept et ses applications pratiques*-Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1995, p.123.

⁵⁴ SIMONART, Valérie. *La Personnalité Morale en Droit Privé Comparé: l’unité du concept et ses applications pratiques*- Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1995, p.124.

sistema jurídico universal e atemporal, sustentado exclusivamente na razão. No momento em que esse sistema reconhece por meio de instrumentos lógico-rationais a existência de um ente autônomo, a antiga *persona ficta*, agora moral, passa pelo seu mais difícil teste de reconhecimento: o fórum da razão, que lhe confere substância própria.

Todavia, influenciado pelo jusracionalismo, o Código Civil francês de 1804 não contemplou em seus artigos a figura da pessoa moral.⁵⁵ Ao contrário do que possa parecer, tal omissão não decorria do pouco interesse despertado na doutrina francesa em relação ao tema, tendo em vista que tanto Domat como Pothier já haviam anteriormente analisado a autonomia das corporações e associações.⁵⁶

Na verdade, a razão do descaso do Código Civil francês decorreu de uma postura ideológica bastante clara: a França pós-revolucionária, nitidamente influenciada por um individualismo exacerbado, desconfiava da presença de intermediários no processo de relação do Estado com o indivíduo, mostrando-se, assim, totalmente hostil às associações e corporações da época.⁵⁷

Apesar dessa deliberada ofensiva contra a pessoa moral, o descaso do *Code* não foi capaz de apagar todo o processo de evolução que o antecederam. As transformações nos alicerces do pensamento jurídico, promovidas pelo jusracionalismo, despertaram os juristas para a construção de uma metodologia própria, voltada, principalmente, para a organização e concatenação das proposições jurídicas.

Nesse contexto, plasmava-se um ambiente propício a uma constante articulação de elementos jurídicos, para a gênese de novas figuras e,

⁵⁵ É necessário destacar que o Código Francês não adotou a expressão pessoa moral, mas implicitamente fazia referência a idéia de um centro autônomo de direito e deveres, como pode ser visto no artigo 529: “tant que dure la société(...)le caractère mobilier des actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d`industrie, encore que des immeubles de ces entreprises appartiennent aux compagnies”. SIMONART, Valérie. *La Personnalité Morale en Droit Privé Comparé: l`unité du concept et ses applications pratiques- Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*. Bruxelas: Bruylant Bruxelles, 1995, p.19.

⁵⁶ Eis um trecho da obra do próprio Pothier, na qual o autor analisa a autonomia desses entes: “Os corpos e comunidades, estabelecidos segundo as leis do reino, são consideradas, no Estado, como se fossem pessoas: *veluti personam sustinet*: pois esses corpos podem, tal como as pessoas, alienar, adquirir, possuir bens, litigar, contratar, obrigar-se e obrigar os outros para com eles. Esses corpos são seres intelectuais, diferentes e distintos de todas as pessoas que os compõem: *universitas distat a singulis*”. POTHIER *apud* CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p.33.

⁵⁷ Como destaca João Espírito Santo, mesmo antes do *Code*, já se percebia na França o desenvolvimento de uma política contrária às corporações. A lei Le Chapelier de 1791 já havia proibido as associações profissionais e sindicais. ESPIRITO SANTO, João. *Sociedade por quotas e anônimas — vinculação: objecto social e representação plural*. Coimbra: Almedina, 2000, p.45.

principalmente, para a edificação de uma nova arquitetura jurídica, pautada, agora, numa contínua e incessante construção conceitual.

Essa efervescência conceitual – que produziu peças fundamentais para a dogmática privatística e que se desenvolveu sob os auspícios da escola histórica – mostrava-se totalmente dependente da obra de Savigny, cujo pensamento é referência obrigatória nos estudos sobre a dogmática da pessoa jurídica.

Ainda no século XIX, assiste-se à formação de uma nova vertente do pensamento jurídico europeu, a Escola Histórica do Direito, que, inspirada pelo romantismo, levantava-se contra a indiferença do jusracionalismo aos aspectos histórico-culturais do fenômeno jurídico.⁵⁸

Entre os vários representantes desse movimento, destaca-se a figura do seu fundador Carl Von Savigny. Para Savigny, a Ciência Jurídica deveria se voltar para a exploração da dimensão histórica do fenômeno jurídico, identificado, nesse momento, como a expressão do “espírito do povo” (*volgeist*), o que, na prática, acabava, novamente, remetendo os juristas ao Direito Romano.⁵⁹

No entanto, esse regresso às fontes romanas, ao contrário do que acontecera na Idade Média, não poderia prescindir do principal legado do jusracionalismo: a construção sistemática⁶⁰ de conceitos e categorias jurídicas. Com

⁵⁸ Na síntese de Wiacker: “A Escola Histórica compreende não apenas o direito como história, mas também a ciência jurídica — de acordo com o título da revista que a fundou — como histórica. No entanto, no programa de uma renovação do direito positivo, isto só pode ter o sentido de que o objeto da ciência do direito é pré-determinado pela historicidade do direito presente (e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas); e já o sentido lato de que, por exemplo, o conhecimento histórico deve substituir as tarefas dogmáticas da jurisprudência.” WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.403.

⁵⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.407-409.

⁶⁰ Segundo Antônio Menezes Cordeiro, a noção de sistema representa o principal alicerce de qualquer discurso científico. Apoiado no modelo apresentado por Heck, o autor português apresenta uma distinção entre sistema interno e sistema externo. O interno estaria relacionado com a aplicação do Direito, que se processa pela via empírica, na qual a solução é ministrada em face de cada situação concreta e, posteriormente, repetida para novas situações semelhantes. Já o sistema externo procura, através de reduções dogmáticas, facilitar a compreensão e a comunicação do Direito. Enquanto o sistema interno sempre existiu, a formação do sistema externo, por seu turno, somente foi possível em função do amadurecimento, lento e gradual, da Ciência do Direito. Nesse processo de evolução, o humanismo, desenvolvido no século XVI pelos jurisperitos humanistas, representaria, na classificação proposta por Menezes Cordeiro, a primeira sistemática. Nesse primeiro momento, haveria apenas um sistema periférico, que procurava explicar o Direito romano de forma ordenada e organizada. Já a segunda sistemática corresponderia ao jusracionalismo, que não buscava a ordenação de elementos pretéritos, com fizeram os humanistas. O grande projeto dessa segunda fase seria, a partir de poucos axiomas, construir um novo modelo, que fosse capaz de “racionalmente” explicar o Direito. A terceira sistemática corresponderia ao pandectismo, que, influenciado pelas dimensões culturais da Escola Histórica, procurava adaptar e reelaborar os principais legados histórico-culturais do fenômeno jurídico. Deve-se destacar que enquanto a

efeito, o que se tem é uma verdadeira síntese, capaz de unir a sensibilidade histórica e cultural do humanismo do medievo à metodologia desenvolvida já na segunda sistemática pelo pensamento jusracionalista. Ora, é somente a partir desse amálgama – entre posturas aparentemente opostas – que se forja o ambiente necessário para o aparecimento do conceito de pessoa jurídica.

No seu projeto de conjugar a coerência sistemática com uma perspectiva histórica, Savigny tentava identificar os principais institutos do Direito Privado, que, uma vez organizados, permitiriam aos juristas a articulação ordenada de todos os conceitos e categorias necessários ao Direito.

Nesse processo, Savigny foi influenciado profundamente pela ética da liberdade de Kant e, conseqüentemente, pela ideia de autonomia. De acordo com o pensamento de Kant, a razão, aprioristicamente considerada, poderia estabelecer um conjunto de regras práticas universais – os imperativos – capazes de orientar a vontade de qualquer homem racional⁶¹. Desse modo, enquanto as leis naturais disciplinavam os fenômenos naturais de forma necessária, sendo, assim, inevitável a sua realização; a legislação moral apresentava-se como um dever (*sollen*), que, em função da imperfeição da vontade, poderia ser cumprido ou não. Daí porque não há como conceber uma lei moral, sem pressupor a autonomia, consubstanciada na capacidade da vontade de criar as suas próprias regras, isto é, de se auto-determinar.⁶²

Quando Kant transpõe esse modelo interno da legislação moral para as relações externas, consolida-se o entendimento de que a função do Direito seria a de garantir a interação dessas várias liberdades, de forma a permitir a coexistência mais ampla desses arbítrios individuais, em que cada sujeito, em função da sua

segunda sistemática influenciou decisivamente o Código Civil Francês de 1804, o Código Alemão de 1896 é produto do pandectismo e suas construções conceituais. Nesse sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.9-113.

⁶¹ Nesse sentido: “Todavia, a realidade da liberdade se encontra estabelecida no uso prático da razão por princípios práticos. Esses princípios determinam, a título de leis, uma causalidade da razão pura, o arbítrio, independentemente de toda a condição empírica (de toda a condição sensível em geral) e revelam em nós uma vontade pura, da qual se originam as noções e a lei geral. Essa noção positiva da liberdade é a base das leis práticas absolutas que se chamam morais”. KANT, Emanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone editora, 1993, p.34.

⁶² Nesse sentido: SOLARI, Gioele: "Nel Kant culmina quel movimento di idee che iniziato da Cartesio mirava a trasferire la realtà e la verità dall'oggetto al soggetto, dal mondo allo spirito, a fare del soggetto, concepito come ragione e libertà, il principio del sapere, l'autore del mondo morale e giuridico. La concezione soggettiva e individuale della vita e del mondo, che due secoli di speculazione avevano preparato, incerta e ancora confusa nei predecessori, tocca nel Kant il suo più alto e logico svolgimento e diventa coscienza chiara e distinta". SOLARI, Gioele. *Individualismo e Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 1959, p. 202.

autonomia moral, responderia pelos seus próprios atos. Nesse sentido, Kant apresenta a sua concepção de imputação:

Uma pessoa é o sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação. A personalidade moral é, assim, apenas a liberdade de um ser racional submetido às leis morais. A personalidade psicológica é tão-somente a faculdade do ser que tem consciência de si mesmo nos diferentes estados da identidade de sua existência. De onde se conclui que uma pessoa pode ser submetida tão-somente às leis que ela mesma se dá.⁶³

Compartilhando da ideia de que caberia ao Direito assegurar uma esfera de liberdade em que imperasse a vontade, Savigny desenvolveu a sua teoria geral em torno da noção de relação jurídica, direito subjetivo, sujeito de direito e capacidade. A relação jurídica, enquanto vínculo interpessoal, conduziria à concepção de direito subjetivo como poder da vontade e, conseqüentemente, à questão de se determinar quem poderia figurar como sujeito naquela relação.

Nesse momento, observa-se uma verdadeira modulação subjetiva: o discurso jurídico passa a apresentar, como ponto central, a noção de sujeito titular de direitos e deveres. A princípio, esse conceito estaria relacionado ao homem, na medida em que somente o ser humano, em face da possibilidade de se auto-determinar, seria capaz de estabelecer relações jurídicas.⁶⁴ O próprio Savigny destacava que o conceito originário de pessoa se mostrava, diante do ordenamento, suscetível de modificações limitativas e extensivas. Por um lado, em relação ao primeiro aspecto, a história demonstrava que o Direito já negara a capacidade jurídica a alguns indivíduos, como ocorrera, por exemplo, com os escravos. De outro tanto, em relação ao aspecto extensivo, o Direito também poderia, ao contrário, estender a capacidade jurídica, de forma a alcançar sujeitos que não guardassem qualquer relação com o ser humano.⁶⁵

É justamente a partir dessa extensão da noção de sujeito, inicialmente vinculada ao ser humano, que Savigny, tendo em vista questões essencialmente

⁶³ KANT, Emanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo:Ícone editora, 1993, p.37.

⁶⁴ Esse processo de modulação subjetiva é bem descrito por Solari, como se vê em: "L'individuo concepito come persona libera e cosciente, come realtà assoluta avente ragione di fine costituisce il centro del sistema. Esso comincia dall'affermare se stesso come soggetto dotato di diritti rispondenti alle esigenze della personalità. Uscendo da sé per entrare in rapporto con altri soggetti uguali, fa sorgere la necessità di una misura uniforme e costante che garantisca la reciproca esplicazione della personalità. Per tal modo la nozione dell'oggettivo, inteso come norma di coesistenza, postula quella del diritto soggettivo, ossia di soggetti che vengono tra loro in rapporto con uguali poteri e con uguale necessità di affermarsi. SOLARI, Gioele. *Storicismo e Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 1959, p.261.

⁶⁵ KANT, Emanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo:Ícone editora, 1993, p.35.

patrimoniais, desenvolveu a concepção da pessoa jurídica como ficção. Com efeito, as corporações e fundações, de acordo com esse modelo, seriam consideradas pessoas apenas para o Direito que, em função de necessidades práticas, fora obrigado a criar essas ficções, destituídas de qualquer consistência real, representando, na sua essência, apenas entes ideais.⁶⁶

A importância do pensamento de Savigny não decorreu da utilização do termo ficção para explicar a natureza da pessoa jurídica, uma vez que o termo *persona ficta*, como visto, já havia sido utilizado pelos canonistas, sendo inegável também a tentativa de outros autores⁶⁷ de apresentar um conceito capaz de abranger as corporações e as fundações. Ora, a grande contribuição de Savigny decorre na verdade da tentativa de desenvolver uma disciplina própria para a pessoa jurídica que, sem desprezar as construções anteriores, mostrava-se totalmente articulada com outros conceitos e categorias, como as noções de relação jurídica, direito subjetivo e sujeito de direito.

A referência à ficção na explicação da pessoa jurídica possui alguns pressupostos ideológicos que não podem ser olvidados. Por um lado, percebe-se que a construção elaborada por Savigny é influenciada por um matiz nitidamente individualista, por se utilizar da premissa de que somente o ser humano, enquanto ser volitivo, poderia ser ontologicamente tratado como sujeito de direitos, sendo a pessoa jurídica um ente artificial. Por outro, ao tratar a pessoa jurídica como produto do Direito, garantir-se-ia o controle do Estado sobre o processo de formação das sociedades, cuja criação estaria, assim, adstrita à chancela estatal.

Não há como compreender a teoria ficcionista e as várias teorias que a sucederam na tentativa de analisar a natureza da pessoa jurídica sem perceber que todas essas correntes decorriam de concepções divergentes acerca das relações do

⁶⁶ “Los hombres son personas naturales en cuanto que en ellos la personalidad está vinculada a un sujeto de existencia natural; pero el Derecho ha previsto también personas con existencia meramente ideal, en las que el sujeto de la personalidad es sólo un concepto, bien una asociación de personas naturales, *universitas personarum*, o bien un patrimonio, *universita bonorum*. Estas personas se llaman jurídicas o fingidas. Estas personas jurídicas constituyen una excepción a la regla según la cual la personalidad es propia del hombre y de ningún otro ser; una excepción no provocada por anomalía alguna, sino por la necesidad subyacente en determinadas relaciones. El destino que se da a algunos bienes hace impracticable e inadecuado tratar como personas naturales individuales a los derechohabientes de estos bienes; en tales casos se considera como sujeto derechohabiente al conjunto de finalidades, al que su capacidad jurídica sea solamente una capacidad jurídica patrimonial, con excepción, por cierto, de aquellos derechos patrimoniales íntimamente conectados con las relaciones familiares”. SAVIGNY, Carl Von *apud* HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987, p.37.

⁶⁷ Como foi visto com a noção de pessoa moral de Pufendorf.

Estado com a sociedade civil como destacou Piero Verrucoli:

Pur riconoscendo l'importanza di queste analisi e delle relative conclusioni, è tuttavia da mettere in luce che il valore del riconoscimento della personalità giuridica— può cogliersi appieno solo vedendo in esso, appunto, il risultato de um equilibrio di forze — diversamente conseguito in relazione alle circostanze storiche — tra potere centrale (o statale, come innazio detto) e gruppi particolari.⁶⁸

Como acontecera com o Código Civil francês, a teoria da ficção revelava desconfiança do Estado perante o fenômeno associativo. De acordo com a visão individualista da época, o Estado deveria se relacionar diretamente com cada um de seus cidadãos, sem qualquer tipo de intermediação de grupos, instituições religiosas ou corporações que, naquele contexto, representavam resquícios dos velhos privilégios do Antigo Regime.

No entanto, ainda no século XIX, iniciou-se um processo de grande crítica a essa desconfiança estatal e, conseqüentemente, ao individualismo que alimentara a teoria da ficção. A inegável importância dos agrupamentos humanos na vida econômica das sociedades da época fazia com que alguns juristas questionassem o poder arbitrário do Estado no processo de atribuição da personalidade jurídica a entes não humanos.

Desenvolvida a partir desse questionamento, a teoria orgânica, também denominada teoria do realismo orgânico, sustentava que certos agrupamentos humanos seriam dotados de uma realidade sociológico-material, que não se reduziria, assim, a simples soma dos membros de uma corporação.

1.4.4 A naturalização da pessoa jurídica em Gierke

Considerado o principal responsável pelo aparecimento da teoria orgânica, Otto Von Gierke destacou que a pessoa jurídica, enquanto realidade social, não poderia ser tratada como se fosse uma simples construção normativa. Para o jurista, a formação das corporações de ofício, associações e sociedades comerciais não decorria de um ato arbitrário do legislador, mas de um processo de formação

⁶⁸ VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della personalita giuridica delle societa di capitali nella common law e nella civil law*. Milão: Giuffre Editore, 1964, p.10.

natural, pelo qual o homem, paulatinamente, inseria-se nas organizações e agrupamentos sociais criados para a consecução de fins comuns.⁶⁹

Não se tratava propriamente de uma teoria da pessoa jurídica, mas de uma tentativa de explicar o fenômeno associativo como realidade histórica e social, cuja importância condicionaria a atuação do próprio Estado no processo de reconhecimento da capacidade jurídica de certos agrupamentos humanos. Segundo Gierke essa independência do fenômeno associativo estaria relacionada à existência de uma vontade geral ou coletiva, que fazia com que a pessoa jurídica fosse vista como um organismo social, como destaca o próprio autor citado por Antônio Menezes Cordeiro:

A pessoa coletiva é uma pessoa composta. A sua unidade não se exprime na essência humana singular, mas antes, num organismo social que, na sua estrutura orgânica surge, tradicionalmente, com um 'corpo', com "cabeça", "membros" e com órgãos funcionais, mas apenas como uma imagem social.⁷⁰

A concepção gierkeana — em que pese o inegável exagero na utilização dos termos corpo, cabeça, membros — foi de grande importância para a evolução da noção de pessoa jurídica, na medida em que conferia grande destaque à estrutura e à organização interna das sociedades e associações. Além do mais, não há como negar a grande contribuição do autor ao demonstrar a influência de fatores históricos e sociológicos na formação das pessoas jurídicas.⁷¹

Essa busca incessante de uma fundamentação que fosse capaz de demonstrar a realidade do fenômeno associativo promoveu a mitificação do próprio conceito de pessoa jurídica. O realismo de Gierke, ao exaltar o caráter orgânico das corporações, difundia, no senso comum dos juristas, a percepção de que o termo pessoa jurídica necessariamente deveria corresponder a uma realidade empírica. Ora, a partir do momento em que a pessoa jurídica passava a ser vista como um ente com vontade e vida própria — como se fosse um dado da realidade — conferia-se ao próprio conceito uma certa autoridade, fazendo com que o instituto ganhasse cada vez mais importância no cenário jurídico. Ao contrário das pretensões iniciais de Gierke, o realismo, ao destacar a natureza substancial dos grupos e corporações,

⁶⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. *Conceito da pessoa jurídica*. Curitiba: 1962, p.10.

⁷⁰ GIERKE *apud* MENEZES CORDEIRO, Antônio. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p.54.

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e no direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p.56.

acabava promovendo, indiretamente, uma supervalorização da própria noção de pessoa jurídica.

Ao mesmo tempo, o reconhecimento dessa autonomia substancial da pessoa jurídica promovido por Gierke fazia com que os juristas passassem a investigar as situações que deveriam justificar a atribuição da personalidade jurídica a certos entes. Como consequência, assistia-se a uma generalizada busca de substratos para a tal entidade, inaugurando um movimento designado como realismo substancial, que procurava analisar a gênese e estrutura das pessoas jurídicas à luz de critérios meta-jurídicos. Aos poucos, o organicismo defendido por Gierke — inicialmente marcado pelo recurso a figuras metafóricas, como a referida analogia com órgãos do corpo humano — foi substituído por concepções mais sutis, que pretendiam, cada uma a seu modo, atribuir novos substratos ao fenômeno da pessoa jurídica.⁷²

Como se vê, várias foram as tentativas de demonstrar os verdadeiros substratos sob os quais se alicerçava a noção de pessoa jurídica. No entanto, em que pese o trabalho engendrado por teóricos dos mais variados matizes, esse esforço não alcançava o êxito esperado: a identificação de precisos substratos que autorizariam o reconhecimento da personalidade jurídica pelo ordenamento.

O chamado realismo substancial encontrava cada vez mais dificuldades para apresentar elementos que justificassem essa natureza pré-normativa das corporações. O principal problema nesse processo decorria da determinação de um

⁷² Nesse processo de busca dos substratos das pessoas jurídicas, seria possível destacar duas tendências marcantes: a primeira estaria associada à identificação da pessoa jurídica com um acervo de bens destinados a uma finalidade; a segunda diz respeito às teorias que se mostravam vinculadas a uma tendência voluntarista. Quanto à primeira, destacava-se a figura de Brinz entre os seus principais expoentes. Para Brinz as ideias de pessoa jurídica e pessoa natural não traduziriam uma dualidade de sujeitos, representando, na verdade, espécies distintas de patrimônios. Tomando como base a experiência romana, o autor destacou que existiriam patrimônios que pertenceriam a alguém (*ad aliquem*) e aqueles que, em contrapartida, pertenceriam a algo (*ad aliquid*). De acordo com essa divisão, a pessoa jurídica seria na verdade um conjunto patrimonial, cuja unidade, que não pertenceria a ninguém, decorreria apenas de sua destinação ou afetação. Existiam também teorias que procuravam indicar a vontade como principal substrato da pessoa jurídica. Para Zitelman, por exemplo, a personalidade das pessoas jurídicas decorreria da existência de uma vontade própria e autônoma, que não poderia ser reconduzida a simples soma da vontade dos membros de uma sociedade. Como foi visto, essa ideia de uma vontade geral e coletiva esteve presente também no pensamento de Gierke, representando uma das principais premissas para o desenvolvimento do chamado realismo orgânico. Após a difusão do pensamento gierkeano, vários autores procuraram analisar a pessoa jurídica em face da identificação dessa suposta vontade, capaz de conferir unidade às corporações, que passariam a ser vistas como novas entidades, completamente distintas dos indivíduos que as integravam. Nesse sentido ver: FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.123.

denominador comum, capaz de abranger toda aquela variedade de situações que se descortinava sob o rótulo da pessoa jurídica.

Em face da proliferação de entes não humanos dotados de personalidade, verificava-se, assim, um forte declínio das teorias que buscavam analisar a pessoa jurídica em função de elementos extrajurídicos.⁷³ Nesse contexto, plasmava-se um novo cenário que, ao contrário do movimento iniciado por Gierke, tinha como objetivo explicar o fenômeno da pessoa jurídica a partir do próprio ordenamento jurídico. Como consequência, o substancialismo que marcara as correntes anteriores era substituído por um novo realismo: o realismo formal, no qual a realidade invocada se referia ao próprio ordenamento, constituído por conceitos e categorias exclusivamente jurídicas.

1.5 A desnaturalização teórica da pessoa jurídica: do normativismo de Kelsen ao nominalismo italiano

Durante o século XIX foram publicadas inúmeras obras que tinham como objetivo principal desvendar a natureza da pessoa jurídica. Apesar da abundância de estudos, os juristas da época não conseguiram apresentar um modelo definitivo, que fosse capaz de se sobrepôr às teorias que pretendiam determinar a natureza daqueles entes.⁷⁴

A linha de orientação aberta por Gierke motivou o aparecimento de trabalhos voltados para a identificação dos substratos da pessoa jurídica. Com efeito, o organicismo desencadeou um movimento, designado como realismo substancial, que procurava a reconstrução da dogmática da pessoa jurídica tendo em vista elementos históricos e sociológicos. No entanto, a postura de valorização de elementos meta-jurídicos, presente nas teorias realistas, mostrava-se contrária à tendência metodológica do positivismo jurídico, que, principalmente no primeiro quartel do século XX, esforçava-se em transformar o estudo do Direito.

⁷³FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.123.

⁷⁴FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.189.

Segundo Norberto Bobbio, o positivismo jurídico, como método de análise, originou-se do esforço de transformação do estudo do Direito “numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.⁷⁵ Para cumprir esse desiderato, seria necessário o desenvolvimento de uma metodologia avaliativa, que imunizasse o estudo do Direito de fatores pertencentes a outros campos, como o da Moral, o da Política, o da Sociologia e o da Filosofia.

Nesse cenário que se descortinava sob a égide do positivismo, não havia mais espaço para as metáforas organicistas, que marcaram os debates sobre a pessoa jurídica. Quando as premissas do positivismo foram transpostas para os estudos acerca da pessoa jurídica, observou-se uma forte preocupação entre os juristas em apresentar um modelo teórico que explicasse a natureza das associações, sociedades e fundações sem que, para tanto, fizesse-se uso de elementos estranhos ao ordenamento jurídico.

As primeiras influências do positivismo de vertente normativista se fizeram sentir com o aparecimento da chamada teoria da realidade técnica. Essa concepção, conhecida também como realismo formal ou jurídico, procurava apresentar um modelo teórico que fosse capaz de colocar um ponto final no processo de determinação da natureza das pessoas jurídicas. Para o realismo formal, a pessoa jurídica, ao contrário do que sustentava o realismo substancial, deveria ser entendida apenas como um centro autônomo de imputação de relações jurídicas, sendo, assim, reduzida a uma simples categoria jurídica.

Francesco Ferrera foi um dos primeiros autores que analisou o conceito de pessoa jurídica sob esse novo prisma. De acordo com Ferrara, a personalidade,

⁷⁵ Segundo Bobbio podemos distinguir três aspectos fundamentais do positivismo jurídico: como ideologia do direito; como teoria do direito e como método para o estudo do direito. Nas palavras do autor: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaliatividade, isto é na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízes de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade de não possuir, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, seu digo ‘o céu é rubro’ formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone editora, 1999, p.135.

vista como categoria normativa, estaria relacionada apenas com a ideia de sujeito de direito, de modo que o termo pessoa representaria o reconhecimento de um ponto de referência de direitos e deveres pelo ordenamento jurídico.⁷⁶

Desse modo, a pessoa jurídica, na concepção de Ferrara, não poderia ser tratada como um ente dotado de uma própria ontologia, sendo, na verdade, uma simples forma jurídica. Ao contrário da teoria da ficção, esse novo modelo não negava a existência da pessoa jurídica, defendendo apenas que o instituto representava uma realidade do mundo do direito.⁷⁷

Para demonstrar essa existência, o pensamento de Ferrara vale-se da premissa de que o conceito de realidade não possui um sentido unívoco nos vários campos do conhecimento. Enquanto o organicismo trabalhava com o entendimento de que as sociedades e associações seriam entes reais, isto é, perceptíveis pelos sentidos; o realismo formal, em contrapartida, trabalha com um conceito mais amplo, entendendo como real tudo aquilo que existe para o pensamento. Ora, assim como ocorre com o contrato, com a herança e com a obrigação, que não possuem uma realidade corporal sensível, a pessoa jurídica seria apenas um ente ideal, exclusivamente jurídico.⁷⁸

Assim como Ferrara, Hans Kelsen, considerado um dos autores mais influentes do positivismo jurídico, procurou também explicar o fenômeno da pessoa jurídica a partir de critérios exclusivamente jurídicos. Kelsen, na sua obra *Teoria Pura do Direito*, defendeu a ideia de que seria necessário pensar a validade de um ordenamento jurídico independente de qualquer correspondência com algum sistema moral, uma vez que caberia à Ciência jurídica tão-somente conhecer e descrever o seu objeto ao invés de aprová-lo ou desaprová-lo.⁷⁹

⁷⁶ "Personalità non significa altro che soggettività, capacità giuridica. Persona é chi é investito di diritti e di obblighi, chi é punto di riferimento di diritti e di doveri dell' ordinamento giuridico. La personalità dunque é una categoria giuridica che per sé non implica alcuna condizione di corporalità o spiritualità dell investito, é una situazione giuridica". FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923.

⁷⁷ GIOVANI, Francesco di. *Persona Giuridica: Storia Recente di un concetto*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 33.

⁷⁸ "ma la personalità non é una finzione, una maschera, um processo artificiale, una costruzione speculativa, ma é uma forma giuridica. La personalità é um modo di regolamento, um procedimento di unificazione, la configurazione legale che certi fenomeni di associazioni o d' organizzazione ricevono dal diritto obbiettivo". FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p. 40.

⁷⁹ "Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é

Se por um lado é inegável essa aproximação de Kelsen com as premissas que marcaram o realismo formal, não se pode descurar, por outro, que as conclusões formuladas pelo autor sobre a natureza da pessoa jurídica o afastam de qualquer postura realista. Para Kelsen, a pessoa jurídica não representava uma realidade ideal ou jurídica, sendo simplesmente um conceito auxiliar da Ciência do Direito, utilizado para designar um conjunto de normas cujos destinatários finais seriam os próprios seres humanos.

A visão normativa de Kelsen acerca da natureza das pessoas jurídicas era, na verdade, resultado de uma reestruturação mais ampla e pretenciosa, que tinha como objetivo demonstrar que o termo “pessoa” para a Ciência do Direito deveria ser compreendido em um aspecto exclusivamente jurídico. De acordo com Kelsen, o termo pessoa não representa uma realidade natural, mas um conceito auxiliar do Direito, cuja função seria demonstrar que um conjunto de normas regula a conduta de um ser humano de forma específica. Assim, a atribuição de personalidade jurídica, no pensamento Kelseniano, representaria a personificação de um conjunto de normas, ou seja, uma unidade de direitos e deveres.⁸⁰

Ocorre que na visão de Kelsen essa unidade de direitos e deveres que constitui a personalidade somente poderia ter como conteúdo atos humanos, sendo a pessoa jurídica apenas uma expressão figurativa, um instrumento linguístico, criado pela Ciência do Direito para conferir unidade a um conjunto de normas que regula a conduta de uma pluralidade de indivíduos. Apesar de nesses casos as relações jurídicas serem descritas como se os atos ou omissões tivessem sido praticados pela própria pessoa jurídica, não haveria como negar que “é sempre a ação ou omissão de um determinado indivíduo que é interpretada como ação ou omissão da corporação”.⁸¹

Na concepção Kelseniana, a pessoa jurídica passa a ser tratada como um conceito que auxilia a Ciência do Direito na sua tarefa de descrição e análise do ordenamento, na medida em que simplifica situações complexas que envolvem a conduta de indivíduos reunidos em órgãos de uma sociedade ou associação. A

o seu princípio metodológico principal”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 01.

⁸⁰ “A afirmação de que uma pessoa tem deveres e direitos não tem sentido ou é uma tautologia vazia. Significa que um conjunto de deveres e direitos, cuja unidade é personificada, tem deveres e direitos. Para evitar esse contra-senso interpretamos esse ‘tem’ como ‘é’ deveres e direitos”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.139.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 195.

pessoa jurídica, portanto, não poderia ser vista como uma realidade jurídica, uma vez que não representava um produto do Direito, mas de uma simplificação promovida pela Ciência que descreve o Direito.⁸²

Diante do exposto, percebe-se que a grande crítica de Kelsen se dirigia a qualquer tentativa de se buscar uma suposta ontologia da pessoa jurídica, seja por meio do realismo substancial e suas metáforas antropomórficas, ou do realismo jurídico, que insistia em tratar a pessoa jurídica como se fosse um ente criado pelo Direito.

A doutrina de Kelsen, ao associar a noção de pessoa jurídica à personificação de uma disciplina normativa, teve, de fato, fundamental importância tanto pela ruptura do dogma realista como pela elaboração de uma linha de revisão crítica que seria retomada anos mais tarde, principalmente na Itália.⁸³

Entre os autores italianos que, influenciados pelo normativismo de Kelsen, buscaram analisar a natureza da pessoa jurídica, destaca-se o nome de Túlio Ascarelli. Segundo Ascarelli a pessoa jurídica representaria apenas uma expressão linguística que condensa uma determinada disciplina normativa de relações individuais.⁸⁴ Ascarelli adverte que o estudo da pessoa jurídica sempre foi marcado por uma “inversione metodologica della mentalità dominante”.⁸⁵ A necessidade de enquadrar as sociedades, associações e fundações na qualidade de sujeito, como ocorria com a pessoa natural, promoveu o nascimento de um novo ente: a pessoa jurídica. Aos poucos, a importância conferida a esse novo sujeito fez com que o

⁸² “Porém, esta personificação e o seu resultado, o conceito auxiliar de pessoa jurídica, são um produto da ciência que descreve o Direito, e não um produto do Direito. Isto em nada é alterado pelo fato de também a autoridade criadora do Direito, o legislador, se poder servir deste conceito, como aliás de qualquer outro criado pela ciência jurídica”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.212.

⁸³ Apesar da contribuição de Kelsen para a análise da pessoa jurídica, não se pode negar que quando o autor tenta explicar a pessoa natural como uma unidade personificada de normas, ele acaba promovendo a equiparação de dois institutos completamente diferentes. É importante perceber que os fins que determinam a atribuição da personalidade jurídica ao ser humano são completamente diferentes dos interesses que informam a pessoa jurídica. Mesmo para uma suposta teoria pura, essa diferença não pode ser olvidada, na medida em que produz conseqüências na própria estrutura dos institutos, repercutindo na forma como são utilizados e, principalmente, na sua articulação com outros elementos do próprio ordenamento.

⁸⁴ “La normativa riassunta con ‘persona giuridica’ è a sua volta sempre risolubile in una normativa concernente atti di uomini nati da ventre di donna; con persona giuridica vogliamo perciò solo brevemente indicare una disciplina normativa ed una disciplina normativa poi risolubile in norme pur sempre concernenti relazioni tra uomini; riprendendo una nota frase di Jhering può allora dirsi che ‘persona giuridica’ è, nel linguaggio giuridico, un análogo delle parentesi nel linguaggio algebrico”. ASCARELLI, Tullio. *Problemi Giuridici*. Tomo Primo. Milão: Giuffrè, 1959, p.237.

⁸⁵ ASCARELLI, Tullio. *Problemi Giuridici*. Tomo Primo. Milão: Giuffrè, 1959, p.244..

conceito ganhasse autonomia, como se aquela disciplina instrumental representasse um novo ser, que, como o indivíduo, deveria ter o seu próprio estatuto jurídico.

Para o autor, o verdadeiro sujeito do ordenamento somente poderia ser o homem, de forma que a normativa expressa com o termo pessoa jurídica seria apenas uma *regula juris*, expressão que não pretende classificar um dado da realidade, como pensavam os organicistas, mas apenas expressar um certo complexo de normas que somente podem ter como objeto o comportamento humano.⁸⁶

No lugar de se buscar determinar qual seria a essência da pessoa jurídica, alguns autores, como Scarpelli, Galgano e D'Alessandro, passaram a questionar qual seria o significado do uso do conceito de pessoa jurídica, ou seja, o que querem dizer aqueles que recorrem ao conceito de pessoa jurídica?⁸⁷

Influenciado por Scarpelli, Kelsen e Ascarelli, Floriano D'Alessandro, em "Persone giuridiche e analyse del linguaggio", propõe uma completa revisão da noção da pessoa jurídica. No lugar das investigações tradicionais voltadas para a demonstração da natureza e da essência do instituto, o autor propõe que a pessoa jurídica seja analisada como um símbolo, uma expressão linguística.⁸⁸

Segundo D'Alessandro, a pessoa jurídica representaria apenas um símbolo incompleto, que, isoladamente, não possuiria qualquer importância. Somente quando inserido em determinados "contextos significantes", compostos também por outros elementos lingüísticos, o termo passaria a ter algum significado. Daí porque, ao invés de isolar o instituto para depois defini-lo, os juristas deveriam se preocupar com que o autor chama de definição em uso (*definizione in uso ou definizione*

⁸⁶ "Da un lato dunque 'persona giuridica' appartiene a quelle che ho altrove detto *regulae juris*, espressione abbreviate di una disciplina normativa, dall'altro questa disciplina è sempre risolubile in una normativa concernente uomini; no vi corrisponde una realtà prenormativa diversa da quella corrispondente ad una disciplina normativa concernente direttamente gli uomini, attenendo la realtà prenormativa considerata sempre e solo a relazioni tra uomini." ASCARELLI, Tullio. *Problemi Giuridici*. Tomo Primo, Milão: Giuffrè, 1959, p.241.

⁸⁷ A proposta de Hart de substituir o essencialismo por uma análise que avaliasse as interações dos conceitos em contextos determinados, também contribuiu com esse novo cenário voltado para a desconstrução da pessoa jurídica. HART, Herbert L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. *The Law Quarterly Review*. v. 70, 1954.

⁸⁸ "Conviene allora uscire decisamente dal vicolo cieco che una tale impostazione comporta e, convertendo radicalmente il punto di vista, per così dire, fattuale in un punto di vista lingüístico, considerare diritto soggettivo o persona giuridica no altrimenti che come elementi di un linguaggio, simboli, espressioni linguistiche, nei confronti dei quali le questioni che è sensato porre sono esclusivamente quelle intorno al loro significato. Vista in questa diversa prospettiva, ossia tradotta sul piano lingüístico, la concezione essenzialistica sopra criticata presenta um nuovo aspetto, che ancor meglio ne rivela la falacia". D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analyse del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p. 40.

contestuale), que busca analisar o contexto no qual o símbolo se encontra, para depois decompor a expressão em outras proposições equivalentes, que não façam qualquer referência ao símbolo incompleto.⁸⁹

O modelo dos símbolos incompletos foi desenvolvido, inicialmente, por Russell. Em sua teoria das descrições, Russell, ao analisar algumas expressões, já havia percebido que existiam símbolos que, isoladamente, não possuíam qualquer significado, sendo, assim, incompletos. Segundo Russell, a compreensão desses elementos dependeria da sua análise em determinados contextos linguísticos, na medida que esses símbolos não estariam relacionados a qualquer tipo de objeto, mas a outros elementos linguísticos.⁹⁰

Feitas essas considerações iniciais, D'Alessandro passa a sustentar que a principal diferença que envolve a pessoa natural e a pessoa jurídica decorre da distinção que existe entre os níveis de linguagem em que se encontram esses institutos. O termo pessoa natural, enquanto símbolo completo, está associado a um plano linguístico atômico ou elementar. Já a pessoa jurídica como símbolo incompleto está inserida em um nível superior de linguagem, o que não impede que o termo seja decomposto em proposições elementares, passando, assim, para outro plano linguístico.⁹¹

Influenciado pela filosofia do atomismo lógico de Russell, D'Alessandro passa a sustentar que todas as expressões que se referem à pessoa jurídica representariam proposições moleculares, que poderiam ser traduzidas em outras

⁸⁹ “Questa conclusione `e che i nomi di persone giuridiche *sono simboli* incompleti. Tale `e infatti la denominazione tecnica della categoria dei simboli che non simboleggiano nulla.[...] Simboli completi sono nomi di oggetti: essi vengono introdotti mediante definizioni esplicite e cioè, sostanzialmente, indicando l'oggetto del quale essi il nome. Attraverso la definizione apprendiamo il significato del simbolo, significato che si identifica coll'oggetto denotato simboleggiato. Acanto a questi, tuttavia, sussiste un'altra categoria di simboli – chiamati, appunto, incompleti – per i quali non riesce di indicare un'entità che essi simboleggino”. D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p.79.

⁹⁰ “Essa infatti, non ci dice nulla intorno al significato del *definiendum* simboleggi, ma ci fornisce invece la chiave per l'intelligenza dei contesti nei quali il *definiendum* compaia, mostrandoci come essi possano essere tradotti in altri contesti nei quali il simbolo incompleto non compaia più (per ciò la definizione in uso `e anche chiamata, da alcuni scrittori, definizione contestuale)”. D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p. 82.

⁹¹ “Il significato delle proposizioni di livello superiore si identifica perciò in modo assoluto col significato di quel complesso di proposizioni elementari nelle quali esse sono traducibili e che esse, quindi, possono dirsi in certo modo rappresentare o condensare. Da ciò segue fra l'altro l'importante corollario che tutto ciò che può essere detto in modo significativo con proposizioni elementari, e che le proposizioni di livello superiore sono quindi, in via di principio sempre dispensabili, non facendo esse parte dell'apparato strettamente necessario a descrivere il mondo (non essendo, in altre parole, simboli di cose o di fatti, ma simboli di altri simboli, cioè espedienti grafici, o stenografici, di comodo)”. D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p.97.

proposições elementares. Como foi visto, de acordo com o atomismo lógico, a análise lógica pretendia examinar as proposições, decompondo-as em proposições atômicas, consideradas as expressões mais simples que formam todas as outras proposições.

Para justificar a substituição dos símbolos complexos pelos símbolos simples, o que no caso levaria à elaboração de proposições sem qualquer referência ao termo pessoa jurídica, o autor recorreu ao nominalismo de Guilherme de Ockhan, considerado, ao lado de Tomas de Aquino, e Duns Scotto, um dos principais representantes da escolástica da Idade Média.⁹²

Não há como negar a influência de Ockhan⁹³ na tentativa de reconstrução da pessoa jurídica promovida por D`Alessandro e por outros autores italianos que acabaram, assim, sendo rotulados de nominalista. Na verdade, o nominalismo exerceu grande influência não só no pensamento desses autores, mas também no desenvolvimento da filosofia analítica como um todo, como se pode notar no pensamento de Russell e do próprio Wittgenstein.

O nominalismo tinha como principal objetivo questionar a natureza dos chamados universais. O desenvolvimento da filosofia ocidental fora marcado até então por um intenso debate acerca da natureza dos conceitos ou ideias(universais) que poderiam representar uma série de coisas particulares. Enquanto os seguidores de Platão defendiam um realismo pelo qual os universais seriam vistos sob uma perspectiva transcendental, que não dependeria da existência dos objetos ou indivíduos particulares; Aristóteles já adotava um realismo moderado, mediante o qual os universais eram tratados como seres imanentes, relacionados às próprias coisas descritas.

Buscando apresentar uma nova perspectiva de análise, o nominalismo sustentava que os universais não tinham qualquer existência transcendental ou objetiva, representando apenas nomes utilizados para designar coisas particulares

⁹² HAMLBY, D. W. *Uma História da Filosofia Ocidental*. Trad. de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p.138.

⁹³ "O escolástico franciscano que deixou a marca mais forte na filosofia do direito – cuja obra demarca a passagem do direito clássico para o direito moderno – é, na primeira metade do século XIV, Guilherme de Ockham. Isso porque as circunstâncias fizeram desse franciscano primeiro um filósofo e, secundariamente, um político". VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.221.

que, em função de alguns atributos em comum, eram descritos através de ideias mais gerais.⁹⁴

Guilherme de Ockham sustentava que os universais não deveriam ser utilizados, uma vez que violavam um princípio importante do pensamento segundo o qual não se poderiam admitir pluralidades desnecessárias (*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*). Essa fórmula ficou conhecida, posteriormente, como a navalha de Ockham ou princípio da parcimônia, tendo sido retomada pela filosofia analítica para defender o método de análise lógica baseado na decomposição das proposições.⁹⁵

D'Alessandro recorreu à fórmula cunhada por Ockham para sustentar que o termo pessoa jurídica representaria uma pluralidade desnecessária, sustentando que toda a subjetividade poderia ser apenas descrita com recurso à pessoa natural. Neste ponto, fica evidente que o nominalismo acaba conduzindo ao reconhecimento das teses reducionistas, as quais, em face dos vários problemas relacionados ao termo pessoa jurídica, passaram a defender que o instituto não deveria mais ser utilizado.

Além de D'Alessandro, Galgano, já em 1965, no artigo *Struttura lógica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, havia demonstrado grande interesse pelo normativismo de Kelsen e pelo nominalismo. Assim como Hart e D'Alessandro, Galgano adota a premissa de que não haveria como definir a pessoa jurídica, tendo em vista que o instituto seria apenas um instrumento linguístico capaz de resumir disciplinas normativas mais complexas.⁹⁶

De acordo com Galgano, a compreensão da pessoa jurídica pressupõe uma distinção entre a estrutura lógica do termo e o seu conteúdo normativo. A estrutura lógica deveria ser investigada pela Teoria Geral do Direito, enquanto, ao intérprete caberia individualizar o conteúdo normativo do termo pessoa jurídica em face de determinados contextos.

A estrutura lógica do termo indicaria, em qualquer ordenamento, que a pessoa jurídica não passava realmente de um instrumento linguístico cuja função

⁹⁴ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 228.

⁹⁵ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 229.

⁹⁶ "La persona giuridica vale ad occultare l'esistenza di discipline speciali; é lo strumento concettuale che permette di ricondurre a agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo". GALGANO *apud* GIOVANI, Francesco di. *Persona Giuridica: Storia Recente di un concetto*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 85.

não seria representar um ente, mas apenas condensar situações jurídicas mais complexas, caracterizadas por privilégios que o legislador outorga aos membros de certos grupos. Já o conteúdo normativo da pessoa jurídica, relacionado à determinação da disciplina específica descrita pelo termo, mostrava-se variável de acordo com o ordenamento jurídico considerado.

Entretanto, ao contrário de D'Alessandro, Galgano adverte que a grande questão não seria imediatamente eliminar o instituto, mas examinar se “è utile o è dannoso, nell'economia del discorso giuridico, fare ricorso a questo concetto”.⁹⁷ O aspecto positivo, segundo Galgano, decorre exatamente da simplificação promovida pelo instituto, que faz com que juristas e operadores do Direito possam se referir a uma complexa disciplina normativa por meio da utilização de um único termo.

As reflexões de D'Alessandro, Scarpeli e Galgano foram importantes para uma reformulação do debate que envolvia a natureza da pessoa jurídica, que, na opinião desses autores, representaria apenas um instrumento linguístico. No entanto, deve-se observar que, com algumas exceções, o nominalismo acabou sustentando o entendimento de que a pessoa jurídica seria um instrumento desnecessário, na medida em que as proposições que continham o termo poderiam ser substituídas por outras expressões sem qualquer referência à pessoa jurídica.⁹⁸

1.6 Fim da pessoa jurídica?

No processo de compreensão da pessoa jurídica, não se pode negligenciar a importante contribuição de Alf Ross, principal referência do realismo jurídico escandinavo. Filiado a essa tradição, que situa o Direito como um conjunto de fenômenos psicofísicos, Ross reúne esforços para construir uma Ciência Jurídica

⁹⁷ GALGANO, Francesco. Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica: studi per un libro sulle persone giuridiche. *Rivista di Diritto Civile*, ano XI, n.6, nov-dic, 1965, p.23.

⁹⁸ Como se observa, ainda que influenciado pelo nominalismo, Galgano se afasta das teorias que pretendiam eliminar a pessoa jurídica do discurso jurídico. Nesse sentido: “Nel moderno linguaggio giuridico l'uso del concetto di persona giuridica è insostituibile: non possiamo fare a meno di parlare, salvo complicare enormemente il discorso, di proprietà della società o dell'associazione o della fondazione, di debiti o di crediti delle stesse, di fatti illeciti da esse commessi e così via. Del resto, nessuna teoria 'riduzionista' è stata avanzata in forma così recisa da bandire dal linguaggio giuridico la nozione di persona giuridica e da convertire ogni proposizione, nella quale questa nozione è utilizzata, in una proposizione che da essa prescindia.” GALGANO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile*. v.I, Padova: CEDAM, 2010, p. 193.

empiricamente sedimentada.

No livro “Direito e Ciência”⁹⁹, o autor visita as principais noções jurídicas trabalhadas pela Teoria do Direito, analisando-as a partir das relações mantidas entre a linguagem e o discurso diretivo. Para Alf Ross, a língua corresponde a um fenômeno social, ao passo que a palavra traduz um fenômeno individual. Essa abordagem linguística dos conceitos jurídicos, já presente na obra citada, mas aprofundada por Ross no curioso livro “Tû-Tû”¹⁰⁰, parece cumprir a função de evidenciar a natureza prescritiva do material jurídico produzido por meio desse conjunto conceitual.

Em “Tû-Tû”, ganham especial relevo os três campos de investigação da linguagem: (1) sintático – voltado à construção de sentenças; (2) semântico – no qual se estudam as expressões linguísticas como condutoras de um significado; (3) pragmático – campo que toma o discurso como ação humana, direcionada à produção de algum fim ou efeito. Nessa obra, Alf Ross chama a atenção para a existência de palavras que, embora cumpram algum papel no campo sintático, mostram-se desprovidas de qualquer significado.

O próprio termo “Tû-Tû”, que intitula a obra, é situado como exemplo dessa categoria de palavras. O livro toma como mote uma tribo fictícia (Aisat-naf), em que a palavra “Tû-Tû” seria utilizada em duas ordens de enunciado: i) para retratar a hipótese de alguém violar um tabu da tribo (ocorreu um “Tû-Tû”); ii) para referência à situação na qual se insere aquele que violou um tabu da tribo (alguém está “Tû-Tû”). Nota-se que a palavra “Tû-Tû”, que circula em ambos os enunciados, em nada lhes acrescenta do ponto de vista semântico, apesar de viabilizar uma ponte sintática mais curta entre eles¹⁰¹.

Após o uso desse inusitado exemplo, Alf Ross passa a tratar das expressões do meio jurídico com essa mesma característica de vazio semântico, entre as quais: “direito subjetivo”; “dever”; “propriedade”; “pessoa jurídica” – expressões que são úteis, ainda que não essenciais, para conectar dois enunciados, ou situações. O autor é bem categórico ao reduzir essas expressões à condição de meros liames sintáticos, negando-lhes a capacidade de produzir qualquer acréscimo semântico aos enunciados em que aparecem.

⁹⁹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

¹⁰⁰ ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

¹⁰¹ ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 35.

Alf Ross acaba encontrando uma posição intermediária entre a postura metafísica (que busca uma realidade ou essência por trás de todo e qualquer termo) e a nominalista (que, por detectar a ausência de semântica em dadas expressões, propõe o seu abandono).

[...] cabe ao pensamento jurídico conceitualizar as normas de tal maneira que estas sejam reduzidas a uma ordem sistemática e, por esse meio, oferecer uma versão do direito vigente que seja a mais clara e convincente possível¹⁰².

Como se pode perceber, Alf Ross se aproxima do diagnóstico dos nominalistas italianos, ao conceber alguns conceitos jurídicos como símbolos incompletos, sem objeto de descrição correspondente, mas rompe com o nominalismo na sua conclusão, na medida em que reconhece a essas expressões, como “pessoa jurídica”, a importante função de apresentar o Direito de modo mais simples e claro. Ainda que compartilhe a crítica nominalista, sobre a hipostasiação dos conceitos jurídicos, condenando a busca metafísica por sujeitos transcendentais, Alf Ross não sugere de modo algum que o Direito possa dispensá-los.

A circunstância de a pessoa jurídica, enquanto termo, simplificar um conjunto de situações complexas corresponde a uma das razões – mas não à única – para o processo de personificação dos entes coletivos. Outras razões, também determinantes para essa atribuição de personalidade jurídica, serão investigadas no próximo capítulo.

¹⁰² ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad.: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 46.

2 AS RAZÕES DA PERSONIFICAÇÃO

2.1 Razões da personificação, relações normativas e condições de uso

Os conceitos de personalidade e capacidade de direito são aplicados indistintamente à pessoa natural e à pessoa jurídica. Em face desse modelo de análise, as razões que determinaram a personificação do ser humano são negligenciadas, como se fosse possível equipará-las aos motivos presentes na atribuição de personalidade jurídica às sociedades, fundações e associações.

Para evitar essa confusão, pretende-se, sem eliminar a estrutura conceitual anterior, apresentar um novo modelo de classificação, pautado nas seguintes fases: **razões da personificação, relações normativas e formas de uso**. Essa forma de abordagem foi inspirada na proposta de Robert Alexy para a análise da noção de direito subjetivo.¹⁰³ De acordo com o modelo proposto por Alexy, na utilização da noção de direito subjetivo, devem ser separados três planos: (a) justificação; (b) relação normativa e (c) realização ou exigibilidade. No plano da justificação, encontram-se as razões pelas quais os direitos são atribuídos. No plano das relações normativas, são definidos quais tipos de posições normativas os direitos garantem. Por fim, no âmbito da realização, têm-se os instrumentos mediante os quais os direitos são realizados ou se tornam exigíveis em situações concretas.

Segundo Alexy, a dificuldade na análise do direito subjetivo resulta da confusão desses três planos. Na teoria clássica de Windscheid e Ihering, que definem o direito subjetivo como um poder da vontade ou como um interesse, observa-se a presença de teorias que procuram investigar as razões dos direitos. Enquanto Windscheid identifica a autonomia individual como ponto de referência da noção de direito subjetivo, visto como expressão desse poder individual; Ihering, por

¹⁰³ “Se direitos subjetivos são compreendidos como posições e relações jurídicas no sentido apresentado acima, então, é possível distinguir entre (a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos. A insuficiente distinção entre essas três questões é uma das principais causas da interminável polêmica acerca do conceito de direito subjetivo, sobretudo aquela travada entre as diferentes variantes das teorias do interesse e da vontade.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186.

sua vez, busca esse fundamento na ideia de interesse.¹⁰⁴ O debate acerca das razões não impede, contudo, a análise das condições pelas quais esses direitos são exercidos. Quando Kelsen afirma que o direito se confunde com o próprio remédio processual, há, na verdade, uma mudança de plano, já que a análise, nesse caso, concentra-se não mais nas razões, mas nas medidas destinadas a concretizá-lo, isto é, a torná-lo exequível.¹⁰⁵

No plano das relações, Alexy destaca que a pluralidade de posições normativas que resultam de um direito subjetivo podem ser explicadas a partir de três tipos principais: (1) direito a alguma coisa (*Rechte auf etwas*), (ii) liberdade (*Freiheiten*), (3) competência (*Kompetenzen*). A princípio, no modelo apresentado por Alexy, essas situações descritas seriam indiferentes ao titular, de forma que a posição (1) não tem o seu conteúdo alterado quando a pessoa natural é substituída pela pessoa jurídica. Conforme será visto no capítulo da titularidade, “o direito a alguma coisa”, correspondente ao primeiro plano, é, ao contrário do que afirma Alexy, condicionado pela determinação do seu titular, uma vez que tem o significado completamente alterado quando se trata de uma sociedade, associação ou fundação.

O modelo de análise em três planos, proposto por Alexy, é extremamente rico para resolução de variados problemas ligados à noção de direito subjetivo, na medida em que permite uma visualização mais clara da fase que precede a consagração do direito (razões), o direito em si e o seu desenrolar pelas vias que lhe conferem exigibilidade. Mas como a distinção de planos apresentada por Alexy foi realizada com o propósito de auxiliá-lo na defesa de um específico modelo de direitos fundamentais, o autor acabou não analisando com cuidado as

¹⁰⁴ “Os pólos em redor dos quais gira a polêmica sobre os direitos subjetivos foram caracterizados com insuperável concisão por Jhering: ‘Dois são os momentos que constituem o conceito de direito: um substancial, no qual reside a finalidade prática do próprio direito, a saber, a utilidade, a vantagem, o lucro, a qual deve ser garantida pelo direito; e um formal, o qual se relaciona com aquela finalidade apenas como meio, a saber, a *proteção* jurídica, a ação judicial’ Enquanto para Jhering a finalidade está no centro, a teoria da vontade vê como central o controle do titular do direito – expressão entre outras coisas pela capacidade de demandar – sobre a posição a ele outorgada por uma norma. Ele pode, mas não tem que demandar: o que ele faz depende de sua livre escolha, de sua vontade”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.187.

¹⁰⁵ “Autores como Kelsen definem o direito subjetivo em sentido técnico ou específico justamente por meio de uma tal capacidade: ‘o direito subjetivo em sentido específico é o poder jurídico de fazer valer a satisfação de um dever existente. Para essa definição é suficiente o conceito de poder jurídico (capacidade jurídica, competência), em conjunto com o conceito de dever, a cuja satisfação ou exigência o poder jurídico se refere.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.188.

consequências de se ter em cada plano a figura da pessoa jurídica – omissão que acaba contribuindo para equiparar a pessoa jurídica à pessoa natural, reforçando o processo de naturalização investigado no presente trabalho.

Ainda que a construção de Alexy negligencie essas distinções, a análise em três planos será adotada neste trabalho, porque revela grande potencial, enquanto método, para ressaltar as grandes diferenças que envolvem, em cada plano, a pessoa natural quando confrontada com a pessoa jurídica. Como ponto de partida para a utilização do referido modelo, serão investigadas as razões que informam a atribuição de personalidade jurídica ao ser humano, em contraste àquelas que levaram à personificação dos entes designados como pessoas jurídicas.

2.2 A personalidade como valor: entre personalismo e solidariedade

2.2.1 Personalismo: do sujeito (filtro) à pessoa (valor)

Com foi visto na análise da modulação subjetiva do ordenamento, entre o sujeito jurídico e o ser humano encontra-se o conceito de capacidade savigniano, determinando que somente as pessoas capazes poderiam estabelecer relações jurídicas. Pelo *medium* da capacidade, o conceito de subjetividade jurídica ganha uma autonomia, desprendendo-se do seu principal substrato: o ser humano.

O êxito da dissociação sujeito-ser humano se completa com a difusão da teoria da *fattispecie*.¹⁰⁶ De acordo com essa construção, os fenômenos jurídicos seriam compostos por um elemento material e outro formal. Enquanto o primeiro se

¹⁰⁶ Como destaca Natalino Irti, o termo “fattispecie”, pode ser entendido como a imagem do fato, desenhada na própria norma em coerência com o conteúdo da disciplina normativa. Nesse sentido: “Nessun sistema di norme si propone di descrivere l'intera realtà, storica e naturale. La *prima decisione* riguarda la *scelta* dei fatti: decisione selettiva, che isola i fatti rilevanti per il diritto. Questi fatti, appunto come scelti dalla norma, “diventano” fatti giuridici. La giuridicità non è trovata, ma attribuita dalla norma. L'ulteriore e seconda decisione concerne la figura normativa del fatto o dei fatti prescelti, i quali non sono fotografati, ma raccolti nella tipicità di uno schema. Di qui — come ha insegnato Emilio Betti — l'espressione tecnica “fattispecie”, *facti species*, immagine o figura del fatto, designata dalla norma in coerenza con il proprio contenuto di disciplina (3). La norma non descrive tutti i fatti, ma soltanto *taluni* fatti, e questi non come fatti concreti e determinati nel tempo e nello spazio. Essa spoglia e semplifica i fatti, astraendone *classi di azioni tipiche*, suscettibili di riconoscersi in un numero indefinito di casi concreti.” IRTI, Natalino. Teoria generale del diritto e problema del mercato. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, parte I, 1999, p.10.

refere à situação de fato externa, o segundo resulta do complexo de regras que determinam, em termos jurídicos, a qualificação daquele mesmo fato, para a atribuição de efeitos e consequências jurídicas. O processo de qualificação, apoiado na distinção entre relevância e eficácia, assume, assim, o papel de um verdadeiro filtro, capaz de selecionar quais as situações que seriam, realmente, consideradas aptas a ingressar no "sistema dos fenômenos jurídicos". Reduzido à categoria de "pressuposto subjetivo da qualificação", o sujeito, assim codificado, torna-se um elemento formal para a imputação de direitos e deveres.¹⁰⁷

Por meio desse entrelaçamento, a subjetividade, enquanto *fattispecie*, descola-se do seu principal referencial, adquirindo um significado próprio para o Direito. Uma vez que a personalidade se afirma como a aptidão para adquirir direitos e deveres, o termo pessoa passa a indicar apenas o sujeito abstrato da relação jurídica. Com essa estética abstrata, é fácil entender como o conceito de pessoa é elevado à condição de gênero, passando a abrigar, indiscriminadamente, tanto o indivíduo, agora pessoa natural, como as mais variadas corporações.

Nessa perspectiva abstrata e, somente assim, simétrica, os juristas se empenham em desenvolver dogmaticamente as estruturas já existentes, como os conceitos de personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício, construindo verdadeiros metadiscursos.¹⁰⁸ Contra essa cultura, que se alimenta da negação da complexa natureza do ser humano, deve-se reconhecer a importância da revisão das categorias tradicionais, da modificação de alguns dos seus principais pressupostos e, principalmente, do estabelecimento de novos objetivos e finalidades.¹⁰⁹ Nesse sentido, assiste-se, nos últimos anos, à tentativa de se distinguir a subjetividade do conceito técnico de personalidade-capacidade, conferindo ao termo pessoa um significado diferente da leitura abstrata tradicional, como bem ressaltou Perlingieri:

¹⁰⁷ALPA, Guido; RESTA, Giorgio. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. Torino: UTET, 2006, p.125.

¹⁰⁸Nesse sentido: VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità: La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Roma: Laterza, 2007.

¹⁰⁹“Ao fim e ao cabo, trata-se de restaurar a primazia da pessoa humana também no contexto que a ela mais diz respeito, na ordem jurídica que regula as suas relações mais importantes, justamente porque são as relações que lhe tocam mais de perto, isto é, no direito civil. Como Paul Valéry, reafirme-se que ‘o que há de melhor no novo é o que responde ao desejo mais antigo.’ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil*. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.54.

Soggetto non è personalità; quando ci si limita al solo profilo della soggettività, dell'attitudine cioè ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive non s'è ancora detto che si discorre di personalità. La personalità è valore obiettivo, interesse, bene giuridicamente rilevante. Valore e bene che si attuano in forma dinamica dalla nascita alla morte della persona, la quale, a sua volta, si sviluppa con una propria formazione, con una propria educazione, con proprie scelte. Tutto questo attiene alla dinamica della personalità, alla personalità come valore e non come capacità giuridica o soggettività.¹¹⁰

É importante perceber que essa desconstrução da subjetividade jurídica não representa o ponto de vista de determinada escola, ou corrente de pensamento.¹¹¹ Rodotà, por exemplo, ao criticar o fundamento econômico da dualidade capaz-incapaz, mesmo partindo de outras premissas, como a delimitação do espaço do Direito, representa um dos principais críticos do que ele denomina de "expropriação da subjetividade"¹¹², processo que, sob o pretexto de proteção do sujeito abstrato, usurpava, no plano concreto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos chamados incapazes.

Na verdade, a passagem da noção de "indivíduo enquanto sujeito abstrato para a noção de pessoa" resulta da repulsa a um discurso jurídico fechado em si mesmo, divorciado de questões morais, éticas e filosóficas. A leitura funcionalizada da subjetividade jurídica, por exemplo, ao condicionar o conceito de sujeito ao fato de ser membro da comunidade do povo (Volksgenosse), como se via nas primeiras obras de Larenz, reforçava a idéia de que a noção de personalidade não representava um atributo do homem, mas um privilégio de poucos.¹¹³

Para romper com essa instrumentalização, surgiram novas teorias dispostas

¹¹⁰PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti*: Problema del diritto civile. Tomo secondo. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

¹¹¹Nas palavras de Giorgio Oppo a expressão da capacidade deve ser buscada também no texto constitucional: "Può dirsi allora che 'persona' e 'personalità', se non sono 'opera della stessa natura' (come scriveva Barbero), esprimono l'appartenenza all'ordine sociale; 'soggetto' e 'soggettività', l'appartenenza all'ordine statale [...] la capacità, nel suo regolamento concreto, non esprime tutta l'appartenenza all'ordine giuridico positivo (non esprime neanche l'essenziale momento della protezione) e meno che mai esprime tutta l'essenza dell'appartenenza all'ordine sociale. In che consiste allora questa essenza? Non nei così detti diritti della personalità, categoria troppo ampia ed elastica per essere tutta "anticipata" rispetto all'ordine positivo. Certamente nei 'diritti inviolabili' che l'art. 2 della Costituzione dichiara — come si è spesso rilevato — di 'riconoscere' e non di 'attribuire': riconoscimento che assume (con altri, pure contenuti nella Carta) particolare significato se si accettano le considerazioni che precedono." OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 2002, Parte I, p.829.

¹¹²"Si realizzava così una espropriazione della soggettività e una negazione della complessiva autonomia dell'esistere. Si condannavano alla marginalità tutte le decisioni a contenuto non patrimoniale. Si costruiva, in sostanza, un paradigma chiuso di normalità giuridica." RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: Tra diritto e non diritto. Milano: Fetrinelli Editore, 2007, p. 27.

¹¹³LA TORRE, Massimo. *La lotta contro il diritto soggettivo*: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. Milão: Giuffrè, 1988.

a eliminar o caráter neutro da Ciência Jurídica, buscando, sobretudo, restabelecer a conexão entre o Direito e a Moral. Com o intuito de promover essa aproximação, foi atribuída grande relevância aos princípios jurídicos, como forma de garantir a condução de conteúdos éticos e axiológicos para o seio do ordenamento jurídico.

É exatamente nesse contexto que se insere a leitura constitucional da pessoa, desenvolvida na segunda metade do século XX. Segundo Perlingieri, a Constituição italiana foi influenciada pelo personalismo, ao estabelecer que a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, tanto de forma isolada, como nas formações sociais, onde desenvolve a sua personalidade e requer o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social. Como consequência, a pessoa passa a ser "o ponto de confluência de uma pluralidade de cultura que reconhece nela, a própria referência de valor."¹¹⁴

Da mesma forma, o medo do retorno do totalitarismo fez com que a Alemanha buscasse uma interpretação constitucional do Direito, que passaria a ter como valor fundamental a dignidade da pessoa humana. Para a concretização dessa nova ordem, foi determinante o papel desempenhado pela Corte Constitucional germânica (BVerfg), ao construir um direito geral da personalidade a partir do artigo 2º da Lei Fundamental, que consagrava o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, é importante que essa aproximação do ser humano concreto não assuma caráter autoritário. O desvelamento da subjetividade abstrata, promovido por uma leitura axiologicamente orientada, não pode ser feito para justificar uma interferência arbitrária da esfera estatal, no caso o judiciário, na vida privada do ser humano, que cada vez mais, perde a sua individualidade nos dias atuais.

¹¹⁴ “La ‘persona’ – intesa come cura dell’ altro e dell’ aspirazione a vivere in istituzioni giuste – è oggi il punto di confluenza di una pluralità di culture, che riconoscono in essa il proprio riferimento di valore. Si tratta non di un compromesso tra culture, ma del riconoscimento dialogico di un principio comune ad ogni ricerca e affermazione di valori. Tale è la scelta della Costituzione italiana, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’ uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’ adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il principio di tutela della persona, quale supremo principio costituzionale, fonda la legittimità dell’ ordinamento e la sovranità dello Stato.” PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale-secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.434.

2.2.2 O contraponto procedimentalista e a ameaça da tirania dos valores

É, principalmente, tendo em vista a ameaça do retorno de posturas autoritárias, que Habermas tece uma série de críticas à forma pela qual o Tribunal Constitucional Federal Alemão passou a interpretar a Lei Fundamental, como se esse diploma representasse “uma ordem concreta de valores”.¹¹⁵ Na visão habermasiana, essa interferência excessiva deve ser contida em um Estado que se diz democrático. Isto porque a formação democrática da vontade deveria se apoiar necessariamente nos melhores argumentos, que, por sua vez, somente podem ser obtidos por meio de pressupostos comunicativos e procedimentais.¹¹⁶

O grande perigo da objetivação de valores — tratados pelos tribunais como categorias normativas — está no fato de que essa leitura pode ser utilizada na usurpação da autonomia do cidadão, que, cada vez mais, perde a sua individualidade no contexto atual, marcado pelos mais variados processos de nivelamento social.¹¹⁷

Esse totalitarismo moral impede que o ser humano realize livremente, mesmo com acertos e erros, a construção da sua personalidade na esfera privada, o que, por sua vez, produzirá também consequências na conquista do espaço público, dificultando a concretização da cidadania.¹¹⁸

No pensamento habermasiano, a autonomia privada e a autonomia pública são co-originárias, isto é, a existência de uma implica a da outra, de tal modo que seja mesmo impossível estabelecer a anterioridade ou superioridade de uma sobre a

¹¹⁵“As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma ‘doutrina da ordem de valores, desenvolvida pelo próprio tribunal, portanto a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve consequências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência de valores dirige-se, muitas vezes de forma brusca, contra as graves consequências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas, e em primeiro lugar, de consequências de uma auto-interpretação falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação construtivista, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.307.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.333.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.321.

¹¹⁸HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.325.

outra. Assim, a autonomia privada é fundamental à garantia da igualdade de participação dos cidadãos no processo político democrático. Ao Direito, caberia a efetivação da necessária institucionalização do processo inclusivo de formação pública da opinião e da vontade. Seria, pois, justamente a garantia de que todos os indivíduos teriam iguais possibilidades de influenciar na formação dessa opinião e da vontade coletiva.¹¹⁹

De acordo com o autor, para que o potencial crítico do espaço público possa permear a fundamentação das decisões dos aplicadores do direito, faz-se necessária a existência de canais mais democráticos de ligação entre o Estado e o espaço público, de procedimentos que, realmente, possibilitem a interação discursiva.¹²⁰

Em razão da complexidade e do pluralismo cultural dos sistemas sociais, Habermas considera inviável o estabelecimento de um consenso acerca de normas de conduta substantivas, razão pela qual fundamenta sua concepção de legitimidade do procedimento democrático a partir da aceitação prévia das premissas definidoras das tomadas de decisões.

A crítica de Habermas é importante para evitar excessos que possam ser cometidos em nome da leitura constitucional. No entanto, não pode ser utilizada para negar as conquistas advindas desse processo. Quando se afirma que a personalidade representa um valor, pretende-se destacar que as razões que informam a atribuição de personalidade ao ser humano não podem ser ignoradas e, principalmente, equiparadas aos motivos que levaram ao reconhecimento de outros sujeitos. Com essa construção, caracterizada pela passagem do sujeito à pessoa, busca-se afastar qualquer filtro para a tutela do ser humano, na medida em que a sua proteção não pode ficar adstrita ao reconhecimento de qualquer categoria abstrata, seja a figura do sujeito de direito ou do cidadão.

Na verdade, o erro está em supor que essa leitura do sujeito abstrato possa representar o ponto final desse processo de redescoberta do ser humano concreto. O encantamento com a abertura fornecida pelo texto constitucional, quando, por exemplo, consagra a dignidade como valor fundamental do ordenamento, não pode levar a se pensar que há uma autorização, mesmo tácita, para a imposição de

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.340.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.342.

padrões morais, sob pena de negar a principal conquista de todo aquele processo: o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

2.2.3 Em busca de uma nova solidariedade

Considerando-se que o ser humano desenvolve a sua personalidade dentro de contextos coletivos, como família, associações diversas, sociedade; a sua tutela, pelo Direito, não pode ocorrer sem que sejam dimensionados os impactos da vivência em coletividade para o indivíduo e para a sua possibilidade de autodeterminação.¹²¹

A compreensão da personalidade como valor mostra-se também fundamental em contextos coletivos, para que o ser humano receba tratamento jurídico adequado, que prestigie tanto a autonomia individual como a sua pertença ao coletivo.

Na sociedade contemporânea, marcada por atores sociais de origens, etnias, culturas diversas, o Direito é desafiado nessa sua principal função, a de tutela do ser humano. Como o Estado pode fazer frente às necessidades dos indivíduos quando esses são tantos e tão diversos? E sendo tão diversos, como articulá-los de maneira a obter a coesão mínima imposta pela vida em coletividade? Personalismo e solidariedade, como se pode notar, são temas intimamente relacionados. Nesse ponto, torna-se bastante elucidativa uma distinção, adotada por Habermas, entre sociedade convencional e sociedade pós-convencional.¹²²

O estágio convencional caracteriza-se pela presença de uma fronteira cultural compartilhada pelos participantes em uma relação ou um grupo, de modo

¹²¹ “O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa de outro(s) para existir (*rectius, coexistir*). A concepção outrora dominante teve, por longo tempo o homem, como um ser hermeticamente fechado ao mundo exterior, isolado, solitário em seu mundo interior, como se fosse uma ilha: era o chamado *homo clausus*. Esta concepção foi abandonada em prol da compreensão a ela oposta, isto é, aquela segundo a qual o indivíduo existe enquanto em relação com outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo.” MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In:_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.240.

¹²² Do diálogo com a epistemologia genética de Jean Piaget e com a teoria do desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg, Habermas aponta três estágios percorridos da perspectiva social: (1) a pré-convencional ou tradicional; (2) a convencional; (3) e a pós-convencional. Interessa, nesta oportunidade, a diferença entre os dois últimos estágios, o convencional e o pós-convencional. HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation-Politic Essays*. Cambridge: MitPres, 2001.

que a avaliação moral substantiva feita por um membro teria correspondência com aquela realizada pelo grupo – o que é bom para um corresponde ao que é bom para todos.

Na sociedade convencional, a noção de cultura, de ordem de valores partilhada, é central e necessária para a legitimação normativa. Cada comunidade é identificável a partir dessa fronteira cultural e, nesse sentido, há espaço para multiplicidade de comunidades, isto é, de identidades sociais, étnicas, religiosas e culturais, não de diversidades em seu interior. O indivíduo, assim, só se identifica enquanto membro de uma comunidade, mediante o recurso ao sentimento de pertença¹²³.

O estágio pós-convencional¹²⁴ não conta com qualquer fronteira cultural homogênea, pois nele convivem a multiplicidade de concepções étnicas e a diversidade de concepções individuais.¹²⁵ Não havendo um compromisso cultural linear nas sociedades pós-convencionais, a legitimidade normativa não se vincula à sua aceitação em termos substanciais, pois tal ordem de consenso, em um <<mundo de estranhos>>, torna-se impraticável¹²⁶.

Nesse cenário, Habermas realiza um esforço teórico, na busca por alternativa ao modelo de identidade nacional, o qual se habilite à difícil tarefa de promover mobilização/coesão social não mais entre um círculo restrito de semelhantes, mas entre estranhos diferentes.¹²⁷

A identidade política, em Habermas, dentro do marco de uma sociedade pós-convencional, liga-se à titularidade de direitos fundamentais de participação

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation-Politic Essays*. Cambridge:MitPres, 2001,p.45.

¹²⁴A sociedade alemã, do século XXI, marcada pelo deslocamento de pessoas, de minorias culturais, é o parâmetro habermasiano de estágio pós-convencional. A solução jurídica dada pelo sistema alemão, bem como por outros sistemas, para os estrangeiros apátridos foi equiparar a situação dos mesmos ao status de cidadão. Como esse conceito, consoante ao que se viu, ainda enlaça-se com aspectos étnicos, e não há, obviamente, um sentimento de pertença cultural por parte dessas minorias, as narrativas nacionalistas perdem, no estágio pós-convencional, o potencial integrador.

¹²⁵“Questa esperienza storica dovrebbe dunque facilitare la transizione verso una democrazia post-nazionale, basata sul reciproco riconoscimento delle differenze tra culture nazionali forti e orgogliose. Inoltre, gli Stati nazionali europei devono oggi far fronte tutti alle medesime sfide. Si stanno infatti trasformando tutti in paesi di immigrazione, in società più o meno multiculturali, e sono esposti a una globalizzazione economica e culturale che stimola la consapevolezza di un’eredità normativa comune.” HABERMAS, Jürgen. Perché L’Europa ha bisogno di una costituzione? In: BONACCHI Gabriella. *Verso la Costituzione Europea: Una Costituzione senza Stato*. Bologna: Mulino, 2001, p.164.

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. Perché L’Europa ha bisogno di una costituzione? In: BONACCHI Gabriella. *Verso la Costituzione Europea: Una Costituzione senza Stato*. Bologna: Mulino, 2001, p.166.

¹²⁷O conceito de cidadania, assim, a um só tempo, afasta-se de qualquer noção romântica e autoritária de nacionalismo, própria do século XIX; como de heranças de tradições culturais particulares.

política, com sede na Constituição.¹²⁸

A adesão à Constituição não se realiza a partir de impulso emotivo ou apaixonado do indivíduo, mas mediante processo racional intersubjetivo, baseado no conceito de autonomia. A autonomia, em Habermas, reflete as clássicas noções de autonomia pública e privada, tomadas como co-originárias¹²⁹.

Nesse contexto de sociedades pós-convencionais, as normas constitucionais e infra-constitucionais não têm que ser apenas aceitas; mas justificadas, isto é, ter os seus efeitos debatidos no mundo de estranhos diferentes, e não no restrito e artificioso círculo de semelhantes.

Essa análise não se restringe à relação do cidadão com o Estado, na medida em que essa conexão, em vários momentos, é intermediada pelo papel das formações sociais, como sindicatos, partidos políticos e outras associações. Essas comunidades intermédias incorporam uma lógica binária, do dentro e fora – ou bem um indivíduo pertence a uma comunidade, ou bem está fora dela. Dentro dessa perspectiva, o grupo assume uma fisionomia própria e autônoma, completamente dissociada da pluralidade que lhe é subjacente, fazendo com que os interesses individuais de cada participante sejam relegados a um segundo plano.

O discurso jurídico na abordagem da família no Brasil representa um bom exemplo para a compreensão desse fenômeno. De acordo com a visão tradicional, o valor da instituição deveria sobrepujar aos interesses de seus integrantes, como se a família representasse um fim em si mesma. O olhar do Direito, voltado apenas para o todo, ou seja, para a manutenção da instituição, acabava negligenciando a trajetória individual de cada integrante do núcleo familiar.

O problema da valoração do pluralismo nas formações sociais sempre foi uma preocupação na obra de Perlingieri. Mesmo seguindo uma postura mais substancialista, que nesse ponto o afasta por completo do procedimentalismo Habermasiano, Perlingieri concorda com o fato de que se deve retirar o significado

¹²⁸“Democratic self-determination can only come about if the population of a state is transformed into a nation of citizens who take their political destiny own hands. The political mobilization of “subjects”, however, depends on prior cultural integration of what is initially a number of people who have been thrown together with each other. This desideratum is fulfilled by the idea of the nation, with whose help the members of a state construct a new form of collective identity.” HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation-Politic Essays*. Cambridge: MitPres, 2001, p.150.

¹²⁹HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation-Politic Essays*. Cambridge: MitPres, 2001, p.120.

da solidariedade do sistema constitucional, no qual a solidariedade expressa a "cooperazione e l'eguaglianza nell' affermazione dei diritti fondamentali di tutti".¹³⁰

Para evitar que essa visão da solidariedade possa ser utilizada de forma a mascarar os objetivos de determinado grupo ou a ideia da subordinação de cada um ao Estado, o autor estabelece que a solidariedade constitucional não comporta qualquer interesse que possa ser superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa.¹³¹

Com isso, completa-se o ciclo que determina o significado da leitura da personalidade como valor.¹³² Se o personalismo depende, a princípio, da solidariedade, para que não seja confundido com um individualismo de matiz egoístico, a leitura do solidarismo, da mesma forma, deve ser feita à luz do personalismo, no qual o "valor-pessoa" atua como um limite e, ao mesmo tempo, "a razão justificativa da tutela apresentada pelo ordenamento às formações sociais".¹³³

Se para a pessoa natural há, como sustentado nesse trabalho, uma precedência das razões da personalidade sobre as relações normativas – evitando-se possíveis exclusões por parte do ordenamento –, no caso da pessoa jurídica, o seu caráter técnico e instrumental impõe, como ponto de partida, o próprio dado normativo. A delimitação dos planos discursivos, com a separação entre razões e relações normativas, não estabelece, no entanto, uma ordem para a análise. Como adverte Alexy, ao analisar o conceito de direito subjetivo de Ihering, em algumas situações, deve-se iniciar pela própria estrutura lógica do direito, "pois a indagação

¹³⁰PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale-il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.435.

¹³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p.138.

¹³²Segundo Maria Celina Bodin de Moraes a solidariedade deverá ser confrontada com a liberdade, uma vez que representam expressões do princípio cardinal do ordenamento: a dignidade. "Não se trata, como já se advertiu em outras oportunidades, somente impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social: o princípio cardinal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências jurídicas perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida." MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 265.

¹³³ De acordo com Perlingieri: "Nel disegno costituzionale le formazioni sociali identificano una categoria aperta, che riconduce ad unità i gruppi che, in concreto, favoriscono l'esplicazione della personalità. Pertanto, l'idoneità funzionale all'attuazione del valore-persona identifica il limite e, al tempo stesso, la ragione giustificativa della tutela apprestata dall'ordinamento alle formazioni sociali." PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale-secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.439.

acerca da razão para algo pressupõe o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado”.¹³⁴

2.3 A personalidade como instrumento

2.3.1 O fim na teoria da pessoa jurídica

Na discussão acerca da natureza da pessoa jurídica, observou-se que o debate envolvia também a investigação da finalidade relacionada à atribuição de personalidade jurídica aos entes coletivos. Deve-se notar, no entanto, que a análise dessa valência teleológica confronta-se com um grave problema: a pluralidade de significados atribuídos ao termo “fim” no trato da pessoa jurídica.

Como foi visto, mesmo na teoria da realidade técnica, que tratava a personalidade como um produto exclusivo do ordenamento, Ferrara já havia destacado que aquela operação não era feita de forma arbitrária, pois nem todos os agrupamentos humanos – como, por exemplo, a plateia de um espetáculo – receberam o mesmo tratamento por parte do legislador.¹³⁵ Da mesma forma, mas com outro sentido, o “fim” aparece no discurso do legislador no processo de classificação de cada ente, seja para separar as associações¹³⁶ das sociedades ou, no caso da fundação, para delimitar o seu substrato.¹³⁷ Já na delimitação da capacidade de exercício dos entes coletivos, ponto nevrálgico de toda a teoria da pessoa jurídica, o “fim” retorna com um novo significado, como uma forma de

¹³⁴ “A relação entre enunciados sobre razões (1) e enunciados sobre direitos (3) é relativamente simples de ser definida. Trata-se de uma relação de fundamentação. A razão para um direito é uma coisa, outra é o direito que se baseia nessa razão. Ambas têm ser consideradas em uma análise abrangente que, como afirmado por Jhering, pretenda ‘alcançar o interior do direito, a sua essência’. Isso não impede, contudo, que em um primeiro momento se tenha a estrutura lógica do direito em si como objeto da análise; pelo contrário, isso é até mesmo exigível, pois a indagação acerca da razão para algo pressupõe o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.188.

¹³⁵FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923.

¹³⁶BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

¹³⁷BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

delimitar a atuação dos representantes ou órgãos da pessoa jurídica.¹³⁸

Para afastar essa polissemia, é necessário perceber que o termo fim, nos exemplos anteriores, foi utilizado em planos discursivos diferentes: razões da personificação; relações normativas; e formas de exercício. Assim como foi feito com a subjetividade da pessoa natural, a separação dos enunciados mostra-se imprescindível para a compreensão do próprio conceito de pessoa jurídica.

Seguindo a trilogia tradicional da matéria, presente também em outros países, o ordenamento brasileiro estabelecia em seu artigo 44, antes do advento da lei 10.825 de 2003, que as pessoas jurídicas de direito privado compreendiam as sociedades, associações e as fundações.¹³⁹ Enquanto nas duas primeiras, ganha destaque o fenômeno associativo, na fundação, aparentemente, o substrato se refere à afetação de um patrimônio. Da leitura do dispositivo, fica claro que o termo pessoa jurídica, no nosso ordenamento, não se refere a um grupo homogêneo, havendo, na verdade, vários tipos de pessoas jurídicas.

Com o intuito de facilitar a articulação dessa variedade de entes, o legislador lança mão de alguns elementos, como o patrimônio e a união de pessoas, substratos que irão auxiliar, principalmente no caso concreto, a identificação da situação retratada por cada tipo. Entre esses vários substratos, foi conferido grande destaque ao fim, que, na diferenciação dos entes de natureza associativa, assume um nítido caráter tipológico, já que a finalidade econômica passa a ser o principal elemento para separar as sociedades das associações. Com efeito, de acordo com o artigo 53, o legislador estabeleceu que as associações são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

Acontece que não há como falar de um fim sem levar em conta os meios para alcançá-lo. O fenômeno associativo, que envolve tanto as sociedades como as associações, caracteriza-se pela junção de fins e meios, de forma que o resultado desse amálgama não pode obscurecer o papel, diga-se imprescindível,

¹³⁸ Ao comentar o artigo 160º do Código Civil português, Diogo Pereira Duarte afirma que: “esse fim é o fim da pessoa colectiva, mas a lei reconhece, em geral, o problema da inobservância do fim em resultado da actuação dos seus agentes: a circunstância de a pessoa colectiva agir mediante uma vontade que lhe é emprestada pelas pessoas físicas que a integram os seus órgãos coloca em permanente tensão o fim colectivo e os fins dos representantes. Estando consagrada a pessoa colectiva, esse eventual conflito é decidido em benefício da primeira”. DUARTE, Diogo Pereira. *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio*. Lisboa: Almedina, 2007, p.53.

¹³⁹ A lei 10.825 de 2003 acrescentou dois incisos no artigo 44 do CC de 2002, IV – as organizações religiosas V- os partidos, os quais, no entanto, não representam, para fins de classificação, novos substratos em relação aos anteriores.

desempenhado por outro elemento: a atividade, que representa o meio para a consecução do fim.

É um erro muito frequente na análise das chamadas pessoas jurídicas confundir o meio, ou seja, a atividade, com o fim para o qual o ente foi constituído.¹⁴⁰ No tratamento das associações, comumente, confunde-se a finalidade não lucrativa com o exercício de uma atividade econômica, cujo resultado não será distribuído entre os associados, mas reinvestido na própria associação para a consecução, aí sim, da finalidade não econômica, seja ela qual for. Para evitar essa confusão, primeiro é importante precisar o próprio conceito de atividade, cujo caráter dinâmico não comporta simplificações em torno de figuras estáticas, como comumente ocorre quando, para retratá-la, faz-se uso da arquitetura tradicional do ato jurídico. Na atividade, ao contrário do ato isolado, observa-se um conjunto de ações que se mostram teleologicamente orientadas, o que, por sua vez, reforça a ideia de meios destinados à persecução de um fim.

Para que a finalidade de uma associação ou sociedade possa ser contemplada em toda a sua complexidade, costuma-se separar o fim mediato do fim imediato. Quando o legislador se refere ao fim de interesse social, ou, então, à finalidade lucrativa, observa-se que, nesses casos, trata-se de uma previsão, mesmo que em abstrato, do fim mediato, ou seja, do objetivo final na constituição daquela associação ou sociedade. Já o fim imediato guarda relação com o objeto, ou melhor, com a atividade que será realizada para a consecução do fim mediato.¹⁴¹

¹⁴⁰ A atividade encontra-se descrita no objeto social, que no caso da sociedade pode ser utilizado em um sentido abstrato ou concreto, como observa João Espírito Santo citando Gianluca La Villa. “Posto que o objecto da pessoa colectiva possa consistir num elemento da tipologia respectiva, parece inteiramente justificada a generalização da distinção proposta por Gianluca La Villa, para o tipo contratual sociedade, entre objecto em sentido abstracto e em sentido concreto. Assim generalizada a distinção à tipologia da pessoa colectiva, o objeto em sentido abstracto significará uma actividade definida pelo gênero (atividade econômica ou não econômica), enquanto o objecto em sentido concreto implicará a especificação de uma ou várias atividades reportadas a um gênero (v.g. o comércio de produtos alimentares, a actividade de locação financeira, o fornecimento de leite. Mas, do que se acaba de dizer, não pode ficar a idéia de que o segundo termo só assume relevância para a prática do Direito”. ESPÍRITO SANTO, João. *Sociedade por quotas e anônimas — vinculação: objecto social e representação plural*. Coimbra: Almedina, 2000, p.187.

¹⁴¹ O termo fim, mediato ou imediato, sempre esteve presente no debate da capacidade da pessoa jurídica, como se via claramente no chamado princípio da especialidade, como esclarece o autor português João Espírito Santo: “Na verdade, como sublinham alguns setores doutrinários franceses e italianos, de especialidade ou de capacidade funcionalizada pode falar-se num sentido legal, sentido esse que se relaciona com o fim legal-tipológico (fim último ou fim mediato) para cuja consecução o legislador permite a constituição de pessoas colectivas. Neste sentido, a especialidade pode ter dois pontos de referências, consoante o fim legal-tipológico seja delimitado em termos abstractos (vg. Qualquer fim que não consista no lucro econômico dos associados, um fim de interesse social) ou concretos (vg. a repartição de lucros resultantes de certa atividade) – no primeiro caso, a especialidade reporta-se ao fim concreto que se desenha no âmbito do abstrato fim legal-tipológico(

Da mesma forma, mas utilizando o termo escopo, a doutrina brasileira costuma separar o escopo-meio, relacionado à atividade, do escopo-fim, como se observa na passagem de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França:

Em sentido amplo, o fim comum abrange o escopo-meio (ou objeto) e o escopo-fim(ou objetivo). Na realidade, o escopo-meio ou objeto (empresa, no caso da sociedade empresária) é a atividade à qual a organização societária se dedica, servindo, entre outras coisas, para distinguir as sociedades empresárias das sociedades não-empresárias (CC, art. 982, caput) Por outro lado, o escopo fim ou finalidade é elemento que serve para distinguir as sociedades das associações em sentido estrito: nas sociedades, a finalidade é a partilha dos resultados da atividade social entre os seus membros (CC, art. 981), algo que não pode jamais suceder na associação (CC, art. 53), sob pena de desnaturá-la em sociedade.¹⁴²

No modelo escolhido pelo legislador, no artigo 44, destaca-se o fim mediato (escopo-fim), que passa a funcionar como um elemento estruturante de cada tipo de pessoa jurídica. Essa opção, contudo, não representa uma característica exclusiva do ordenamento brasileiro. Trata-se, na verdade, da evolução de um modelo que, ao longo do século XIX e XX, acabou influenciando a disciplina de vários países, entre os quais França, Itália, Portugal e Espanha.¹⁴³ Ora, uma vez constatado que certos interesses, como aqueles coletivos, são mais facilmente perseguidos por meio da atribuição de personalidade jurídica, compreende-se que cada ordenamento, atendendo às suas particularidades, passa a ressaltar a finalidade que está por trás da constituição do novo sujeito.

Assim como se observa com o contrato, com o direito de propriedade e com outros institutos, não se poderia conceber a pessoa jurídica sem que existisse uma função juridicamente relevante.¹⁴⁴ Essa natureza instrumental não representa,

vg. apóio às vítimas de crimes violentos), no segundo, ao próprio fim legal-tipológico, concretizado pela lei.” ESPIRITO SANTO, João. *Sociedade por quotas e anônimas — vinculação: objecto social e representação plural*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 109.

¹⁴² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In: _____. *Direito Societário Contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 145.

¹⁴³ Para tanto, conferir: FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed.Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923.

¹⁴⁴ Não se trata de um problema exclusivo do termo pessoa jurídica. Como destaca Pedro Pais de Vasconcelos na análise do contrato, é conveniente distinguir o “fim” de outros elementos, como a função e o motivo: “O fim distingue-se da função porque é iminentemente subjectivo, equanto a função é objectiva. O fim situa-se no sujeito, no autor do contrato; a função situa-se no próprio contrato. As partes, ao contratarem, actuam como um fim; o contrato que celebram desempenha uma função, isto é, é funcionalmente hábil ou apto para uma utilidade. O fim e a função estão ligados: o fim com que as partes contratam dirige-se a uma pluralidade tida em vista; o contrato celebrado tem como função assegurar ou alcançar essa utilidade. A função do contrato é a de possibilitar, a de alcançar a utilidade que as partes tiveram como fim ao celebrá-lo. A função do contrato consiste em realizar o fim. O fim distingue-se também do motivo. O motivo não se situa no ‘para quê’, como o

assim, uma particularidade das pessoas jurídicas, haja vista que qualquer instituto jurídico é criado para a realização de interesses humanos, considerados dignos de proteção. Acontece que, no caso da personalidade-coletiva, o fim assume um caráter particular, por permitir que possam ser tratados como centros de imputação normativa, entes que, ao contrário do ser humano, não se mostram naturalmente inclinados para a realização desse papel. No entanto, como adverte Mario Campobasso, a afirmação de que a pessoa jurídica tem capacidade para prática de atos não pode levar o “intérprete a perder o contrato com a realidade, a qual é testemunha de que o ente não é um corpo, mas uma organização de homens.”¹⁴⁵ Na análise das razões que informam a atribuição de personalidade jurídica, é importante também ressaltar o impacto da personificação na atividade de coordenação presente em qualquer grupo, destacando, para tanto, um caminho alternativo, no qual a organização, ao contrário da finalidade, tomada aqui no sentido legal-tipológico, passa a ser o elemento central.

2.3.2 A personalidade orientada pela organização

2.3.2.1 A organização como elemento central da pessoa jurídica

Não se pode negar que as associações e sociedades são caracterizadas pela presença de estruturas organizativas. Mesmo no ordenamento brasileiro, que se vale do critério da finalidade lucrativa para delimitar o espaço das corporações, observa-se, em cada modelo de pessoa jurídica, uma preocupação com o desenho dessas estruturas. Em relação às sociedades, esse cuidado com a organização fica ainda mais claro, já que o legislador disponibiliza diferentes formas societárias para

fim, mas no ‘porquê’.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p.127.

¹⁴⁵ “Paragonare il rapporto che intercorre fra persona giuridica ed alcuni suoi ausiliari al nesso fra corpo ed organi non deve, infatti, far perdere il contatto con la realtà, la quale inconfutabilmente testimonia che l’ente non è un corpo, bensì un’organizzazione di uomini. Non esiste perciò alcun ‘sapere’ proprio della persona giuridica, ma vi sono solo persone fisiche che compongono la struttura operativa della stessa, ciascuna con il personale bagaglio di nozioni che, all’occorrenza, può essere utilizzato a vantaggio dell’ente.” CAMPOBASSO, Mario. *L’imputazione di conoscenza nelle società*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p. 133.

o exercício coletivo de uma atividade, as quais podem, por exemplo, relacionar-se com o exercício da pequena, da média e da grande empresa, como destaca Fabiana Rodrigues da Fonseca:

Um exemplo pode esclarecer eventuais dúvidas. A sociedade anônima, consoante as diferentes disciplinas a que se sujeita, nos diversos microssistemas societários, pode envolver um único modelo de organização empresarial (como se dá na Alemanha, onde a Aktiengesellschaft é destinada exclusivamente ao exercício da grande empresa), ou vários modelos (é o que ocorre em países como, por exemplo, Espanha e Itália, em que há pequenas, médias e grandes empresas constituídas sob a forma de sociedade anônima.¹⁴⁶

A organização também ganha destaque nas fundações. A redação do artigo 62¹⁴⁷, ao se referir ao patrimônio destinado a um fim, não pode criar a ilusão de que a organização teria, para esse modelo de pessoa jurídica, uma importância secundária. A persecução da finalidade fundacional somente se mostra possível em face da existência de uma organização, capaz de coordenar o conjunto de bens, entendidos, nesse caso, como um meio para a atuação daquele escopo. Daí porque alguns autores, como Galgano¹⁴⁸, procuram relativizar as distinções que apartam as corporações das fundações, destacando, para tanto, que essa separação acaba comprometendo o papel desempenhado pela organização coletiva, formada, principalmente, pelos administradores, na gestão daquele patrimônio.

A percepção de que nos vários modelos de pessoa jurídica há um complexo de elementos coordenados de forma unitária fez com que ganhasse destaque, na teoria da pessoa jurídica, a organização. Ainda no final do século XIX, Enneccerus, como observa Ferrara, já havia destacado que vários interesses, comuns a um grupo de homens, somente poderiam ser alcançados por meio de uma cooperação coordenada e duradoura, de modo que, em todas as civilizações, observou-se a necessidade de organizações orientadas à consecução desses objetivos, as quais, uma vez pensadas como um sujeito, deram origem à pessoa jurídica.¹⁴⁹

¹⁴⁶FONSECA, Fabiana Rodrigues da. *As sociedades limitadas nos microssistemas societários*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003, p.61.

¹⁴⁷ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 62: Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

¹⁴⁸ “Ci si avvide poi che la fondazione non è propriamente, il patrimonio destinato allo scopo: è piuttosto, l’organizzazione collettiva, anche qui formata da esseri umani (gli amministratori della fondazione), che si avvale del patrimonio per realizzare lo scopo. Le fondazioni si presentano al pari delle associazionni, come organizzazioni di uomini [...]”. GALGANO, Francesco. *Persone giuridiche*: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Bologna: Zanichelli Editore, 2006, p. 82.

¹⁴⁹FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: UnioneTip-Editrice Torinese,

Desse modo, se para Brinz haveria um patrimônio destinado a um fim, aos adeptos da chamada teoria da organização, a pessoa jurídica apresentaria, ao contrário, como principal substrato a administração de um patrimônio alheio, de acordo com um escopo determinado.¹⁵⁰

Se o modelo da administração a um scopo (*zweckverwaltung*) se ajustava, de forma quase perfeita, à descrição das fundações, quando aplicada, contudo, às associações em sentido amplo, os resultados não eram tão satisfatórios. Segundo Ferrara, o destaque conferido à administração relativizava o papel daqueles membros que não exerciam funções administrativas, ou como o próprio autor questionava: qual seria o papel dos associados em uma suposta teoria da organização?¹⁵¹ Da mesma forma, a identificação da organização como principal substrato da pessoa jurídica, fazia com que alguns autores estendessem a personalidade jurídica para outras situações, nas quais se observava a presença da noção econômica de gestão.¹⁵²

Apesar das críticas, a identificação desse novo substrato foi importante para a compreensão da própria noção de organização, que, até então, não recebia um tratamento autônomo. Entendida apenas como uma forma de se coordenar um conjunto de elementos, era-lhe atribuído comumente um papel secundário, já que o destaque deveria ser conferido ao seu objeto, ou seja, ao que era organizado. Embora a teoria da realidade orgânica já tivesse destacado que os representantes da pessoa jurídica atuavam de fato como órgãos – reforçando, assim, o modelo de uma estrutura organizativa – é principalmente com o institucionalismo que a organização, agora liberada de equívocos antropomórficos, assume um papel de destaque.

1923, p.323.

¹⁵⁰ Ennecerus, considerado o principal doutrinador da teoria da organização, pretendia apresentar uma nova concepção que fosse capaz de abranger as principais idéias contidas na teoria orgânica de Gierke, no ficcionismo de Savigny e no modelo de patrimônio de afetação de Brinz. Segundo Ennecerus as corporações e associações envolveriam uma pluralidade de indivíduos que se apresentavam como um conjunto coordenado em torno de um fim. As pessoas jurídicas seriam, assim, organizações reconhecidas como sujeitos de direito e de vontade em face desse interesse comum de seus membros. Conforme destaca José Lamartine Corrêa de Oliveira, a teoria da organização teve o grande mérito de defender o reconhecimento de realidades coletivas sem procurar, no entanto, demonstrar a existência de uma vontade real das associações e sociedades. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.17.

¹⁵¹ FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p.343.

¹⁵² FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p. 344.

2.3.2.2 A organização como Instituição

A concepção de um organismo institucional por trás das várias pessoas jurídicas decorria do entendimento de que a organização representa um complexo de elementos coordenados em função unitária. Segundo a Teoria da Instituição de Hauriou, o Direito não seria responsável pela criação das instituições sociais, as quais, ao impor regras aos seus membros, controlam a conduta humana para a consecução de determinados fins.¹⁵³ De acordo com essa concepção, as instituições surgem de forma espontânea, sendo, posteriormente, aprimoradas, como aconteceu com as organizações políticas que, com o tempo, passaram a ser tratadas como pessoas jurídicas.

Na obra do autor francês, era ressaltada ainda uma classificação que procurava articular a idéia de instituição com o termo pessoa jurídica. Segundo Hauriou, as instituições poderiam ser divididas em instituições-pessoas e instituições-coisas.¹⁵⁴ O tema da pessoa jurídica se relacionava principalmente com o primeiro grupo, que se caracterizava pela presença de um poder organizado de forma coletiva, como se observava no Estado, nas associações e nos sindicatos. Essas instituições sociais estariam, na visão do autor, aptas a serem tratadas como um sujeito pelo Direito, uma vez que representavam individualidades objetivas.¹⁵⁵

Dentro dessa perspectiva sociológica, o tema do institucionalismo também

¹⁵³DUFOUR, Alfred. *La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Tomo II, XI/XII.1982/1983, p.685.

¹⁵⁴As instituições-coisas seriam caracterizadas pela presença de fatos institucionais autônomos, no sentido de que não se mostravam dependentes de qualquer agrupamento humano, como destaca E. Millard: "Ils constituent deux types d'institutions: les institutions-personne ou corps et les institutions-choses. Si le premières, sent pás de véritable problème de conception, il n'en va pás de même des secondes. Hauriou em traite explicitement, mais sans à aucun moment définir ce qu'elles sont: il donne cependant comme exemple le droit de propriété. Il semblerait donc que les institutions-choses soient pour lui des faits institutionnels autonomes, sinon totalement indépendants du groupe humain, du moins ayant un rôle suffisamment marqué dans ce groupe ou par rapport à lui pour constituer une catégorie de l'analyse. Mais reconnaissons que le concept demeure peu opératoire." MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, 30/31.1995, p.381.

¹⁵⁵Nas palavras do próprio Hauriou: "J'étais persuadé que le problème de la personne morale devait être abordé en utilisant à la fois des matériaux objectifs et subjectifs et en faisant marcher devant la construction objective; je posais en principe que toute institution sociale organisée et formant corps était candidate à la personnalité morale, mais qu'elle constituait d'abord une individualité objective...puis que cette même individualité objective se transposait en sujet moral par une sorte de parallélisme." HAURIOU *apud* MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, 30/31, 1995.

foi desenvolvido na Itália, com a contribuição de Santi Romano.¹⁵⁶ Para ele, a instituição seria todo ente ou corpo social com existência objetiva e concreta. Não se exigindo, no entanto, para a sua caracterização, uma união de pessoas como substrato.¹⁵⁷ No pensamento de Romano, a ideia de instituição estaria adstrita à noção de ordenamento jurídico, compreendido como uma esfera mais ou menos completa de direito objetivo. A pessoa jurídica teria, assim, como fundamento um ordenamento parcial, ou seja, um conjunto de regras objetivas que, em face da personificação, passava a ser tratado de forma autônoma.

No entanto, qual seria a relação desse ordenamento parcial com o seu ambiente? Até então, a estrutura organizativa continuava sendo vista como se a coordenação dos elementos não se relacionasse com o seu entorno. Essa perspectiva somente foi alterada com o desenvolvimento da chamada teoria geral dos sistemas, desenvolvida, inicialmente, por Ludwig Von Bertalanffy, que, inspirado pela Biologia, procurou analisar as interações entre o sistema e o ambiente.¹⁵⁸

2.3.2.3 Sistema e Organização

Enquanto no sistema fechado não haveria qualquer intercâmbio com o seu entorno, no sistema aberto as trocas de energia, informação e matéria seriam constantes. A visão de um sistema aberto, além de reforçar a importância desse intercâmbio, conferia um caráter dinâmico a todo esse processo. Essa abertura, ao pressupor constantes interações, não poderia ser caracterizada por um tradicional estado de equilíbrio. Daí a necessidade de se falar em um equilíbrio dinâmico,

¹⁵⁶ ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico; Studi sul Concetto, le fonti e i caratteri del Diritto*. Parte Prima. Pisa: Tipografia Editrice Ca. Mariotti, 1917.

¹⁵⁷ ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico; Studi sul Concetto, le fonti e i caratteri del Diritto*. Parte Prima. Pisa: Tipografia Editrice Ca. Mariotti, p.120.

¹⁵⁸ “L. von Bertalanffy formulou os princípios da Teoria geral dos sistema baseado sobretudo na Biologia, de modo especial na elaboração do conceito de ‘sistemas’ abertos’. O sistema encontra-se num ambiente com o qual se relaciona, podendo efetuar uma interação de energia e massa. Originalmente, sistema aberto é aquele que, na relação com o ambiente pode trocar energia e massa. Para a teoria Teoria geral dos sistemas, sistema aberto compreende um complexo de relações organizadas entre elementos em processo de equilíbrio e reequilíbrio, em decorrência das interferências do ambiente onde se insere e de outros sistemas e subsistemas com os quais interage.” CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia aplicada à Administração*. São Paulo:Atlas, 2002, p.130.

reforçando, assim, a concepção de que as alterações dos componentes não comprometem a estrutura básica da organização.

No lugar de se analisar cada elemento de forma separada, a teoria sistêmica propunha uma visão abrangente do todo.¹⁵⁹ Como o conjunto de partes interdependentes se estrutura para alcançar determinados objetivos, seus elementos somente passam a ostentar um significado quando confrontados com a função totalizante da organização. Nota-se, assim, que o sistema não se confunde com uma união desordenada de elementos, uma vez que a organização, caracterizada pela coordenação teleológica de cada parte, confere-lhe um significado único.

Para facilitar a compreensão do sistema aberto, foram utilizados modelos e categorias da cibernética. Segundo o modelo básico, o sistema seria formado por quatro pontos essenciais: a entrada (input), a saída (output), o processamento e a retroalimentação (feedback). A entrada se refere aos recursos que o sistema recebe do ambiente ou de outro sistema, como informação, insumo, energia e matérias. O processamento se refere à transformação ocorrida no sistema, quando, por exemplo, o insumo é convertido em produto.¹⁶⁰ Com a saída, o sistema devolve ao ambiente o resultado do processamento. Já a retroalimentação, ao confrontar as informações, permite o controle e a avaliação de todo o processo, podendo, inclusive, estabelecer novos rearranjos no padrão de funcionamento, de forma a garantir a continuidade do sistema.¹⁶¹

Com os estudos pioneiros de Parsons¹⁶² sobre a teoria da ação social, a

¹⁵⁹ “Par système, nous entendons un esemble d’élément en intercation les uns avec les autres, capable de se maintenir et de produire des effets. Définition à laquelle il faut ajouter les précisions suivantes de *Soziale Systeme*: l’ensemble des élément confere au système une nouvelle qualité, établissant un rapport des parties à tout.” SOSOE, Lukas K. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procedure*. Tradução de Lukas K. Sosoe. Paris: Les Presses de l’Université Laval, 2001.

¹⁶⁰ “Essa forma de conceber a teoria sistêmica influenciou também a descrição da empresa, vista como uma organização que transforma inputs(fatores de produção) em outputs(produtos).Nesse sentido: “ Numa empresa distinguimos funções que se distribuem por subsistemas. Estes variam – em número e função – dependendo dos objetivos e da dinâmica da empresa. Tomando como referencial o protótipo cibernético, insere-se a empresa num ambiente que lhe fornece insumos e consome os produtos.” CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia aplicada à Administração*. São Paulo: Atlas, 2002, p.130.

¹⁶¹ Na teoria da empresa, esse *feedback* relaciona-se, por exemplo, com o comportamento do consumidor , com as pressões de oferta e demanda, formando, assim, um conjunto de dados que, uma vez reunidos, fornecem um importante instrumental para o controle e avaliação de toda a organização.

¹⁶²Na sociologia, o nome de Parsons é associado ao chamado estruturalimo-funcional.A idéia de sistema social , na perspectiva Parsoniana, representava uma pluralidade de indivíduos, motivados por uma tendência de “otimizar a sua satisfação”, cujas inter-realções poderiam ser definidas em termos de um conjunto de padrões culturalmente compartilhados. De acordo com Giddens, na obra do Parsons o termo “estrutura” porderia ser entendido como “padrão estável da ação”. A idéia de

perspectiva sistêmica contribui para a análise da organização como sistema especial de ação, no qual as interações individuais são orientadas, por meios racionais, à realização de um escopo. Aqui, a visão de sistema remete a uma estrutura de modelos e de processos que passam a regular a interação dos diversos atores para a consecução do objetivo da organização, o que, por sua vez, exige uma análise funcional das ações realizadas.

Segundo Zatti, a reflexão de Parsons sobre a teoria da ação social influenciou alguns autores do chamado institucionalismo alemão, como Thomas Raiser, os quais procuravam aproximar as estruturas normativas da “realidade social”.¹⁶³ Para tanto, o termo instituição passava a ser interpretado como um modelo de ação, uma forma típica de relação encontrada nos grupos. Dentro desse contexto, a compreensão do termo pessoa jurídica não poderia mais ser feita com base em parâmetros pré-concebidos, como a visão unitária da relação jurídica, cabendo ao jurista buscar o seu significado a partir de uma análise funcional das normas positivas, sempre em cotejo como o dado sociológico.

Essa nova visão “institucional” associava a pessoa jurídica a uma típica estrutura de cooperação interindividual, o que a aproximava também da noção de empresa, considerada uma importante expressão do papel social do homem. Da mesma forma, a descrição do sistema aberto, ao destacar as constantes interações com o ambiente, fornecia ainda uma imagem interessante, uma vez que poderia ser utilizada para a representação do intercâmbio entre a organização e o ordenamento

função, por sua vez, remete ao sentido integrado de um papel no sistema. Embora os dois termos sejam utilizados de forma difusa, Giddens destaca que, pelo menos inicialmente, não se pode negar a influência de modelos da biologia nas análises. Com efeito, a diferença entre estrutura e função corresponderia, a princípio, àquela estabelecida entre anatomia e fisiológica. Enquanto a estrutura guarda relação com o modelo anatômico, a função diz respeito à “forma como aquele padrão opera.” Quando as duas coisas são analisadas em conjunto, chega-se a idéia de sistema. Do mesmo modo, a influência do paradigma biológico se fazia notar com a idéia de equilíbrio: uma alteração de uma parte repercute também em outras partes, sendo que essas modificações provocam processos de reestruturação do equilíbrio, de forma análoga ao equilíbrio homeostático nos seres vivos. Mas, nos sistemas sociais esses mecanismos, que buscam restabelecer a ordem, somente podem ser compreendidos a partir da análise de uma dimensão normativa. Esse caráter normativo ficava bem claro no modelo AGIL de Parsons, o qual permitia uma ordenação dos vários sistemas de ação. O sistema social seria responsável por manter os padrões normativos e coordenar todas as partes do sistema, sem, no entanto, retirar a autonomia individual de cada ator. A preocupação constante com a estabilidade e com a manutenção do equilíbrio, fez com que alguns autores identificassem uma postura conservadora na obra de Parsons.

¹⁶³“Nella proposta di Raiser, la tradizione protestante che nelle “istituizioni”- lo Stato, la chiesa, l’autorità, la proprietà, il matrimonio – cercava le “Stiftungen Gottes” al cui valore ancorare il diritto positivo, si secolarizza scegliendo il riferimento al concetto sociologico di istituzione, come schema d’azione, forma típica di rapporto che vive nella rete delle relazioni di gruppo, nel *Füreinander und Miteinander sein* in cui va compresa, e sottratta all’astrazione la figura e l’azione dell’individuo.” ZATTI, Paolo. *Persona jurídica e soggettività*. Padova: CEDAM, 1975, p. 155

jurídico, cujas regras disciplinavam a constituição e desenvolvimento da atividade das pessoas jurídicas.

2.3.2.4 A pessoa jurídica em sistemas autopoieticos

Com o desenvolvimento dessas teorias, percebe-se que o termo organização passa a ser empregado para descrever um sistema de coordenação de ações, com a imposição de regras e tarefas, para a consecução de um escopo. No entanto, em que pese a importância do dado sociológico ou econômico, nota-se que o Direito apresenta os seus próprios códigos, como personalidade, pessoa natural e pessoa jurídica. O sistema jurídico, ainda que influenciado por elementos externos, auto-organiza-se, haja vista que é a diferenciação que lhe garante a sua autonomia.

Essa nova forma de análise sistêmica está intimamente relacionada ao pensamento de Luhmann. Na perspectiva do autor, a diferenciação dos sistemas sociais somente se torna possível com a noção de auto-referência, o que, por sua vez, enseja a revisão, no pensamento sistêmico, do valor da dicotomia aberto/fechado.¹⁶⁴ A abertura para o ambiente pressupõe a clausura interna, de forma que cada sistema utiliza o seu entorno no processo de auto-organização.¹⁶⁵ Enquanto nos modelos anteriores, os estímulos externos do ambiente conduziam, quase de forma automática, às respostas do sistema, na visão autopiética de Luhmann, destaca-se a importância da auto-organização, que passa a controlar o processo de interação.

Em relação ao Direito, em particular, destaca-se o entendimento de que o sistema jurídico seria normativamente fechado e cognitivamente aberto. Para se

¹⁶⁴ “L’auto-référence autorise donc une perspective sur les processus d’évolution du système juridique où celui-ci fait à la fois figure de système ‘ouvert’ et système ‘fermé’. L’autonomie du développement du droit et sa dépendance envers son environnement ne représentent pas une dichotomie, ni les extrémités d’une échelle graduée où prendraient place des nuances et des formes mixtes. L’auto-référentialité des développements juridiques et leur simulation par l’environnement social sont deux aspects conciliables et variables les uns par rapport aux autres.” TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: L’auto-référence en droit et dans l’organisation*. Trad. Nathalie Boucquey. Bruylant: L.G.D.J., 1996, p.11.

¹⁶⁵ “Le concept de système auto-référentiel permet en particulier de comprendre la réalité sociale de la personne morale et sa mise en forme juridique indépendamment de métaphores collectivistes ou organicistes.” TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l’auto-référence en droit et dans l’organisation*. Trad. Nathalie Boucquey. Bruylant: L.G.D.J., 1996, p.209.

diferenciar dos demais sistemas, a clausura em torno da normatividade se mostra necessária, uma vez que é a diferenciação que lhe garante a reflexividade. Esse isolamento autopoiético se concretiza com a capacidade do sistema jurídico de se auto-organizar, por meio da articulação interna dos seus códigos específicos, como a distinção lícito-ilícito.¹⁶⁶

A visão fragmentada de vários sistemas autônomos promove também uma multiplicação das individualidades. A partir de programas específicos, os diversos sistemas produzem os seus próprios sujeitos, ou seja, construções semânticas para a representação de centros de imputação de ação. Segundo essa perspectiva, a pessoa jurídica pode ser interpretada como um reflexo da necessidade do discurso jurídico de produzir uma realidade autônoma.

Na opinião de Teubner, “o mundo abundante das pessoas jurídicas” foi bem descrito por Marshall no caso *Dartmouth College v. Woodward*. Na ocasião, o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao analisar se um estado da federação poderia alterar a natureza privada de uma instituição de ensino, afirmou que uma *corporation* representa “um ser artificial, invisível e intangível, que existe apenas na contemplação do direito.”¹⁶⁷

Qual seria a influência dos outros discursos da sociedade na construção desse ser artificial? A auto-referência do discurso jurídico significa que o Direito se mostra imune às perturbações externas? Segundo a concepção sistêmica adotada por Luhmann, a resposta para essas perguntas estaria no próprio paradoxo da abertura-clausura. No processo de auto-organização, o Direito é influenciado por fatores externos – políticos, econômicos, morais – os quais, em face da sua abertura

¹⁶⁶ “De fait, la pratique juridique fonctionne comme un système juridique autoréférentiel, dans ce sens que toutes ses décisions se rapportent à d’autres décisions du même système et ne sont reconnaissables en general comme décisions que dans leur attribution au système juridique. Quelle que soit l’effectivité de son origine historique et de son conditionnement social, tout droit est en conséquence traité dans le système juridique comme étant posé par le système lui-même et donc comme un droit positif.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Tradução de Lukas K. Sosoe. Paris: Les Presses de l’Université Laval, 2001, p. XXVII.

¹⁶⁷ O caso é considerado um marco nos Estados Unidos para aplicação da chamada *contract clause*, que impõe o respeito à autonomia contratual, nas situações envolvendo corporações privadas. Na ocasião, o reitor da Dartmouth College foi deposto pelo conselho de administração da faculdade, o que levou o estado de New Hampshire a tentar transformar a faculdade em uma instituição pública, para reconduzi-lo ao cargo. A Suprema Corte entendeu que o Estado não poderia interferir nas atividades da faculdade, preservando, assim, a autonomia da instituição. Na ocasião Marshall afirmou: “A corporation is an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly or as incidental to its very existence.” HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 248.

cognitiva, são seletivamente filtrados, segundo uma estrutura operativa própria. A princípio, a clausura apenas reforça a autonomia do sistema jurídico, garantindo-lhe certa imunidade à influência desordenada de questões econômicas, éticas, científicas e políticas, como bem destacou Teubner:

Os celebres fatos institucionais como a pessoa jurídica, o contrato são as partes visíveis de um iceberg de construções jurídicas do mundo, derivados de um oceano de fatos brutos de uma comunicação social difusa.¹⁶⁸

A relação de complementaridade entre clausura e abertura tem como pressuposto o paradigma da complexidade, cuja compreensão é essencial para o entendimento do pensamento de Luhmann.¹⁶⁹ Como a consciência humana é incapaz de capturar a totalidade dos eventos possíveis, os sistemas passam a exercer essa função. Na tentativa de reduzir a complexidade, acabam, contudo, amplificando-a, uma vez que, para enfrentar os desafios específicos de seu entorno, os sistemas necessitam de estruturas complexas.¹⁷⁰ Em relação à complexidade do sistema, nota-se que essa é dinâmica, uma vez que não há uma ordem interna pré-concebida. A estrutura é desenvolvida a partir de processos internos, pelos quais o sistema procura constantemente se adaptar à complexidade do seu entorno. Da mesma forma, será sempre contingente, haja vista que o grau de complexidade do sistema depende da sua capacidade de seleção e auto-organização estrutural.¹⁷¹

O paradigma da complexidade, ainda que Luhmann não o tenha desenvolvido dessa forma, pode ser utilizado para a compreensão do próprio papel da pessoa jurídica. Assim como ocorre com código lícito-ilícito, o termo pessoa jurídica, ao simplificar várias situações individuais, também contribui para a redução

¹⁶⁸ No original em francês: “Et les célèbres “faits institutionnels” comme la personne morale, le contrat e le testament ne sont que la partie visible d’un iceberg de construction juridiques du monde, derivante sur un océan de “faits bruts” de la communication sociale diffuse. Le discours juridique modifie de plus en plus la signification des constructions quotidiennes du monde et les remplace, en cas de conflit, par des constructions autonomes.” TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l’auto-référence en droit et dans l’organisation*. Trad. Nathalie Boucquey. Bruylant: L.G.D.J., 1996, p.08.

¹⁶⁹ “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas: ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, intangível [...]. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

¹⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.47.

da complexidade interna do sistema. Quando o termo é empregado já se pressupõe, de antemão, uma forma de imputação especial de atos jurídicos. Com efeito, todas as vezes em que esse mecanismo é acionado, não há a necessidade de explicitá-lo, uma vez que aquela situação se encontra condensada na própria pessoa jurídica.

Um erro frequente, entretanto, é pensar que essa simplificação seja capaz de anular a complexidade que lhe é inerente. O fato de várias sócios e associados se encontrarem reunidos em torno de um novo sujeito, legalmente constituído, não pode criar a ilusão de que todas as diferenças acabaram ou que haveria uma perfeita comunhão de interesses entre todos os participantes. Da mesma forma, o chamado fechamento autopoietico, quando mal interpretado, pode distanciar o sistema jurídico drasticamente do seu entorno, retirando-lhe, assim, a sua principal função: a redução e captura da complexidade do mundo. Ora, a artificialidade dos termos jurídicos, como acontece com a própria pessoa jurídica, não pode ser utilizada para justificar possíveis arbitrariedades, sob pena de prejudicar o conjunto das situações complexas que se encontram, naquele termo, condensadas.

Um ponto importante – e, ao mesmo tempo, polêmico – no pensamento de Luhmann diz respeito ao papel do ser humano.¹⁷² Assim como outros autores que adotam a perspectiva sistêmica, a realidade social é concebida por meio das interações entre sistema e ambiente. No entanto, ao contrário de Parsons, Luhmann rejeita a primazia do sujeito na formulação da teoria da ação. Partindo-se do pressuposto de que a realidade social não se confunde com a realidade psíquica, observa-se a separação entre homem e sociedade, interpretados, nessa perspectiva, como sistemas circundantes, fazendo com que a referência ao sujeito, importante característica epistemológica da modernidade, seja substituída pela auto-referência do sistema.¹⁷³

¹⁷² O “desaparecimento do sujeito” no sistema de Luhman é denunciado por Habermas: “N.Luhman herda da teoria do sistema da fenomenologia transcendental de Husserl, invertendo a filosofia do sujeito e transformando-a num objetivismo radical. As teoria estruturalistas da sociedade, de Lévi-Strauss até Althusser e Foucault, dão o mesmo passo, de outra maneira. Aqui com lá, os sujeitos que constituem seus próprios mundos, ou que compartilham intersubjetivamente, num nível superior, mundos da vida comuns, perdem seu lugar; e, com ele, todas as realizações de integração, realizadas através da consciência dos atores, perdem seu direito.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.307.

¹⁷³ “D’a près les théorie des systèmes autoréférentiels, soutient Luhmann, la différenciation des systems ne s’effectue que par autoréférence. Ce qui signifie que les systèmes autoréférentiels s’auto-observant et se décrivent eux-mêmes. Ce faisant, ils créent non seulement leurs propres limites, mais ils créent leurs elements et effectuent leurs operations en reference à eux-mêmes. Ainsi, les systems doivent-ils produire et utiliser de façon interne, pour pouvoir s’orienter et trouver un principe

A ideia de um conjunto de elementos interdependentes (estrutura) cuja dinâmica se mostra atrelada a uma função pressupõe uma atividade de coordenação ou articulação (organização). A junção da estrutura com a organização, em torno de um resultado, pode ser descrita sob a ótica de um sistema, o que reforça, por sua vez, as constantes interações, tanto internas como externas.¹⁷⁴ Em face da importância da atividade de coordenação é comum se referir ao termo organização para sintetizar todo processo. Com efeito, quando, na sociologia, identifica-se um grupo social estável, com ações funcionalmente integradas e coordenadas, fala-se comumente de organizações.

Qualquer grupo pressupõe um mínimo de coordenação, de modo que a organização não pode ficar restrita à atribuição de personalidade jurídica. Como observa Raffaele di Raimo, o nascimento de uma associação em sentido amplo faz com que cada indivíduo se submeta, ainda que parcialmente, à nova organização coletiva, cujas regras não se confundem com aquelas do ordenamento estatal.¹⁷⁵ Do mesmo modo, observam-se importantes alterações no mecanismo de imputação, fazendo com que, na determinação do destinatário final da ação, seja necessário recorrer ao modelo da organização e das regras que o regulam.

Diante da importância da organização para o fenômeno associativo, qual seria o papel da personificação? A atribuição de personalidade confere estabilidade a qualquer estrutura organizativa, na medida em que formaliza e, assim, facilita o processo de imputação com a identificação do novo sujeito. A princípio, a relação da ideia sociológica de organização com a pessoa jurídica se justifica na medida em que permite um tratamento impessoal dos diferentes papéis individuais

d'information, une description d'eux-mêmes, au moins la difference Système et environnement." SOSOE, Lukas K. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Tradução de Lukas K. Sosoe. Paris: Les Presses de l'Université Laval, 2001, p.XVIII.

¹⁷⁴ Como observa Teubner, do ponto de vista da teoria sistêmica a realidade da pessoa jurídica representa um sistema de ação organizado, como se vê na seguinte passagem: "D'après la thèse qui sera développée, la personne morale n'est pas une fiction, mais elle ne trouve pas non plus son substrat dans l'unité corporelle-spirituelle de la personnalité réelle de l'association. Elle ne se réduit pas davantage à l'autonomisation d'un patrimoine distinct. Le concept de système social d'action et même celui d'organisation formelle ne suffisent pas non plus à en saisir le substrat. Du point de vue de la théorie des système, la réalité sociale de la personne morale correspond plutôt à un 'collectif', c'est-à-dire à l'auto-description socialement contraignante d'un système d'action organisée, come junction cyclique d'identité et d'action." TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Trad. Nathalie Boucquey. Bruylant: L.G.D.J., 1996, p.209.

¹⁷⁵ "Riguardo all'organizzazione, si può invece osservare che la sua presenza è caratteristica di delle associative disciplinate dal codice civile, ma lo è perché diversamente non vi sarebbe un gruppo che sia, materialmente prima che giuridicamente, capace di svolgere un'attività." RAIMO, Raffaele Di. *Le associazioni non riconosciute: funzione, disciplina, attività*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p.130.

desenvolvidos, haja vista que a organização, enquanto, “sistema social de ação”, não se reduz ao patrimônio ou a cada pessoa que colabora para a consecução do fim.

A naturalização da pessoa jurídica contribui para a relativização do papel da organização no fenômeno associativo.¹⁷⁶ Em outras palavras, a relação personalidade-organização cria a ilusão de que a atividade de coordenação dependa sempre da criação de um novo sujeito, como se a organização fosse monopólio da pessoa jurídica. Uma vez constatado que a necessidade de coordenação de uma atividade coletiva alcança também outras situações, como se observa nas associações e sociedades não personificadas, nota-se a importância da releitura da organização no próprio fenômeno associativo, sem a intermediação da pessoa jurídica.¹⁷⁷

2.4 As razões da pessoa jurídica

Do ponto de vista da relação jurídica, não haveria nenhum problema em reproduzir a lógica do sujeito-indivíduo no trato de questões envolvendo o sujeito-pessoa jurídica. No entanto, esse paralelismo acaba escondendo a assimetria de interesses que justificaram a personificação do ser humano em relação à personificação das sociedades, fundações e associações.

Para evitar essa equiparação, é importante reconhecer que as razões que informam a atribuição de personalidade jurídica ao ser humano são completamente distintas daquelas que levaram à personificação dos entes designados como pessoas jurídicas. Enquanto no primeiro caso, a atribuição da qualidade de sujeito de direitos e deveres se desvincula de qualquer valoração teleológica, pois a personalidade atribuída ao ser humano é um fim em si mesmo; nas situações envolvendo a pessoa jurídica, a personalidade jurídica representa um meio para a

¹⁷⁶ A ideia de que a organização representa um elemento do próprio fenômeno associativo fica mais clara em países, como nos E.U.A., em que se verifica a forte presença na atividade empresarial das chamadas *partnership*. “These ‘unincorporations’ are now the dominant business form for non-publicly-traded firms. Moreover, through private equity, hedge funds, and publicly traded partnerships, incorporations have emerged as a significant force in the governance of a wide range of large firms” RIBSTEIN, Larry E. *The rise of the unincorporation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.08.

¹⁷⁷ Nesse sentido: FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 2001.

consecução de certos objetivos.

No primeiro capítulo, foi visto que o termo pessoa jurídica, ao simplificar um complexo de relações jurídicas, facilita a descrição do próprio fenómeno jurídico. Esse processo de simplificação representa uma das razões que levaram à atribuição de personalidade jurídica às sociedades. Como destaca Diogo Pereira Duarte, nada impede que todos os participantes de uma sociedade possam relacionar-se conjuntamente com terceiros.¹⁷⁸No entanto, a interposição de uma nova subjetividade jurídica faz com que esse mesmo processo possa ser descrito de forma unitária, sem a necessidade de se mencionar, em cada ato praticado, todos os sócios que se mostram retratados pelo termo pessoa jurídica.

Além da simplificação das relações jurídicas, o recurso à personificação, como será analisado no capítulo terceiro, é visto, do ponto de vista teórico e prático, como um importante instrumento para a articulação patrimonial, fazendo com que a separação do património, em razão de uma particular finalidade, possa ser melhor compreendida com a criação de um novo sujeito. Nesse contexto, a viabilidade da estrutura patrimonial autónoma da sociedade, distinta dos patrimónios individuais dos seus membros, mostra-se dependente do reconhecimento de um novo sujeito de direito, reduzindo, assim, a temática da separação patrimonial à análise das consequências do processo de atribuição da personalidade jurídica.

Uma outra razão, presente na personificação das sociedades, fundações e associações, diz respeito ao processo de imputação que se desenvolve em torno dos órgãos da pessoa jurídica. A imediação orgânica, desenvolvida em contraposição à representação, permitiu afastar o risco de se considerar o ente coletivo indiferente aos atos praticados pelos seus agentes. Enquanto representado e representante são vistos como sujeitos distintos, o órgão é concebido como parte do próprio ente coletivo, o que, pelo menos em tese, permitiria um processo de imputação mais amplo do que aquele previsto na representação voluntária. Ainda que o ato materialmente seja realizado pela pessoa natural, juridicamente é como se

¹⁷⁸“Diogo Pereira Duarte aponta como uma função importante da subjetividade a simplificação das relações com terceiros, como se vê na seguinte passagem: “Na realidade, poderiam todos os participantes relacionar-se conjuntamente com o exterior, mas não com o nível de simplicidade que introduz a personalidade colectiva. Pense no exemplo fornecido por Menezes Cordeiro: cada dívida de um banco deveria ser repartida pelos seus milhares de accionistas, enquanto cada um deles teria de cobrar a ínfima fracção que lhe coubesse de cada crédito.” DUARTE, Diogo Pereira. *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio*. Lisboa: Almedina, 2007, p.82.

o próprio ente o tivesse praticado. Com efeito, na intermediação orgânica não se trata apenas de se atribuir à pessoa jurídica os efeitos correlatos ao ato praticado, mas de reconhecê-la como verdadeira autora.

Diante do exposto, constata-se, no caso da pessoa jurídica, a presença das seguintes razões: i) simplificação de situações jurídicas complexas com a constituição de um centro unitário de imputação ii) a articulação patrimonial, na medida em que o reconhecimento do novo sujeito implica também na afirmação de uma estrutura patrimonial autônoma; iii) constituição de um sistema de imputação direta dos atos praticados pelos órgãos da pessoa jurídica; iiiii) estabilização do processo de coordenação de ações funcionalmente integradas, representado pela noção de organização.

Se, por um lado, essas razões justificam o próprio processo de personificação, ensejam, por outro, uma visão deturpada dos fenômenos retratados pelo termo pessoa jurídica, como se vê quando: (1) a visão unitária da pessoa jurídica, importante nas relações com terceiros, reverbera para o interior do sujeito personificado, comprometendo a apreciação das complexas situações que se articulam no interior das sociedades, fundações e associações; (2) a personificação passa a ser vista como o único instrumento capaz de garantir a destinação de um patrimônio a determinada finalidade; (3) a intermediação orgânica cria a ilusão de que o processo de imputação de direitos e deveres da pessoa jurídica representa um processo completo, à semelhança daquele previsto para a pessoa natural; (4) a organização passa a ser vista como monopólio da pessoa jurídica, quando, na verdade, a existência de uma estrutura para a coordenação das ações é uma característica inerente ao próprio fenômeno associativo.

3 PESSOA JURÍDICA E TITULARIDADE

3.1 Personalidade e capacidade

Ao lado da personalidade, a doutrina se refere também a outro conceito: a capacidade de direito. Nota-se, contudo, uma grande imprecisão na utilização dos dois termos, o que levou José Lamartine Correa de Oliveira a afirmar que “esses conceitos andam no nosso século indesculpavelmente baralhados”.¹⁷⁹ A referência à capacidade já se encontrava no Código Civil de 1916, com a afirmação, contida em seu artigo 2º, de que “todo homem é capaz de direitos e deveres e obrigações, na ordem civil”. Na opinião de Clovis Bevilacqua, a personalidade seria a aptidão, reconhecida pelo ordenamento, para exercer direitos e contrair obrigações. Ao comentar o artigo em questão, ressaltava que a capacidade de direito, ao contrário da de fato, equivaleria à personalidade.¹⁸⁰

Para Pontes de Miranda, o termo personalidade jurídica demonstrava que, rigorosamente, o Código somente deveria se referir às pessoas, depois de falar dos sujeitos de direito. Dentro dessa visão, a personalidade seria a possibilidade “de entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos delas”. Na opinião do autor, tratava-se apenas de uma possibilidade de contemplação, na medida em que para ser pessoa, não haveria a necessidade de se ter quaisquer direitos. O termo capacidade passa a ser utilizado para definir a própria personalidade, que, na opinião de Pontes Miranda, seria a capacidade de ser titular de direitos, concluindo, assim, que os dois termos apresentavam o mesmo significado.¹⁸¹ A confusão entre personalidade e capacidade também se encontrava

¹⁷⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A Teoria das pessoas jurídicas no ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas: Superação e Permanência. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Abril/Junho/ Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.19.

¹⁸⁰ “Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. Diferente é a capacidade de ação, de ato, que se refere a negócios jurídicos (capacidade negocial) ou a negócios jurídico e atos jurídicos *stricto sensu*; ou a atos ilícitos (capacidade delitual). Todas as regras jurídicas sobre capacidade de direito, de ato ou de negócio são cogentes. Ninguém pode manifestar vontade, ou criar cláusulas interpretáveis a respeito de todas essas matérias.” BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951, p. 181.

¹⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 155.

presente na obra de Carvalho Santos. Após analisar qual seria o significado da ideia contida no artigo 2º do Código Civil de 1916, o autor afirmava que a capacidade representaria a aptidão para adquirir direitos, concluindo, ao final, que seria o mesmo que ter personalidade.¹⁸²

Como os termos personalidade e capacidade são empregados em abstrato, nota-se uma grande dificuldade em separá-los. Diante desse problema, a doutrina, como foi visto, adotou o caminho mais simples: apresentá-los como se fossem sinônimos. Mas, se o objetivo era contornar as dificuldades presentes na diferenciação dos conceitos, o melhor não seria eliminar um dos dois termos? Se a personalidade, assim como a capacidade, representa a aptidão para adquirir deveres e direitos, qual seria o sentido de diferenciar a capacidade em de direito e de fato?

Na verdade, a opção por não diferenciá-las acabou se revelando uma solução equivocada, na medida em que a equiparação compromete a compreensão do sentido técnico de personalidade, como conceito qualitativo. Quando se fala que determinado ente possui personalidade jurídica, não se está dimensionando a quantidade de direitos que lhe são imputados, mas apenas se atesta a existência de um sujeito de direitos.¹⁸³ Em contrapartida, a capacidade jurídica, que sempre pressupõe a personalidade, é um conceito quantitativo, podendo ser medida em uma maior ou menor extensão, comportando variações de conteúdo e quantificações.

O entendimento de que personalidade e capacidade representavam termos distintos já se encontrava presente no pensamento de Teixeira de Freitas. De acordo com o artigo 16 do Esboço, todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos

¹⁸²“Em que importa ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil? Importar em ter a capacidade de direito, que é a capacidade para adquiri-lo; vale – ter personalidade. Forçoso é reconhecer, portanto, que a personalidade nada mais é senão a idoneidade de poder querer juridicamente (capacidade). O que o Código define aí, explica Clóvis, é a própria personalidade, depois de ensinar que a capacidade é a extensão dada aos poderes de ação, contidos na personalidade.” SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1950, p. 230.

¹⁸³ Atualmente, no Brasil a doutrina, salvo algumas exceções não tem prestado atenção na diferença entre o qualitativo e o quantitativo. Em Portugal, ao contrário, José de Oliveira Ascensão procurou destacar a distinção da personalidade e capacidade através desse aspecto: “O conceito de personalidade jurídica é estritamente qualitativo. A personalidade é uma susceptibilidade abstracta de titularidade. Nada nos diz sobre a extensão dessa titularidade. Não sabemos através dos conceitos de personalidade se uma pessoa tem muitos ou poucos direitos: sabemos apenas que os pode ter”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. v. 1. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.135.

seriam considerados pessoas.¹⁸⁴ Na classificação proposta por Teixeira, o termo personalidade seria utilizado para indicar as “pessoas de existência visível”, conceito que se relaciona com a pessoa natural, e “pessoas de existência ideal”, referente à pessoa jurídica.¹⁸⁵ Ao lado da personalidade, estava a noção de capacidade, que, de acordo com o artigo 21, poderia ser de direito ou de fato. Para Teixeira de Freitas, a capacidade, ao contrário da personalidade, não poderia ser vista apenas como a aptidão para adquirir direitos, representando, na verdade o grau dessa aptidão, isto é, a medida da personalidade. Além de precisar os contornos conceituais do termo personalidade, Teixeira de Freitas, de forma revolucionária para a época, afastava-se do conceito de capacidade de Savigny, segundo o qual somente as pessoas capazes poderiam estabelecer relações jurídicas. Para Teixeira de Freitas essa visão seria inconcebível, uma vez que todo homem, ainda que fosse escravo, teria a aptidão para adquirir direitos e deveres, como se vê na seguinte passagem:

Capacidade de direito: não se entenda esta expressão no mesmo sentido em que a emprega Savigny. Para este escritor, que generaliza o Direito Romano, capacidade de direito é, e não podia deixar de ser, o caráter distintivo dos seres humanos que aquele Direito reputava pessoas, por contraposição aos que privava de personalidade. Para nós, para a civilização atual, todo o homem é pessoa: pois que não há homem sem suscetibilidade de adquirir direitos, suscetibilidade que não chamo de capacidade de direito tratando-se de pessoas, porque só o seria em relação a entes que não são pessoas. Quem, para distinguir a pessoa do que não é pessoa, empregar a expressão – capacidade de direito – capacidade jurídica como fazem os escritores confundir-se-á a si mesmo e aos outros; e, ou caíra na teoria do *status* e *capitis diminutio* do Direito Romano, ou não terá terminologia própria para exprimir a capacidade de direito das legislações modernas.¹⁸⁶

O debate acerca da distinção entre personalidade e capacidade não é apenas teórico. A falta de precisão na utilização desses conceitos produz também contradições no tratamento de determinadas matérias. No já antigo debate da

¹⁸⁴ “Artigo 16 do Esboço: Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas./ Todos os entes: sem remontar à idéia de ente, ninguém poderá traduzir a síntese da existência das pessoas. Na observação da primeira análise acha-se o homem em sua manifestação visível como o único sujeito que adquire direitos, e contrai obrigações; mas observa-se logo depois que o sujeito dos direitos e obrigações nem sempre obra pra si [...] há dois mundos, o visível e o ideal, e desconhecer a existência deste na esfera jurídica, fora de sentir os efeitos de todos os dias, fora negar a realidade de toda a vida individual e social.” TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Esboço do Código Civil*. v.1. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 09.

¹⁸⁵ Artigo 17 do Esboço: “As pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão-somente ideal. Elas podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos casos, e pelo modo, e forma, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua capacidade, e incapacidade civil”. TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Esboço do Código Civil*. v.1. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 10.

¹⁸⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Esboço do Código Civil*. v.1. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p.14.

personalidade do nascituro, verificava-se a incoerência do legislador em afirmar que a personalidade começa com o nascimento com vida, enquanto a lei resguardava os direitos do nascituro.¹⁸⁷ Se a personalidade representa a aptidão para adquirir direitos e deveres não haveria sentido em negá-la ao nascituro e, ao mesmo tempo, identificá-lo como portador de algum direito.

A maior contradição gerada pela confusão entre personalidade e capacidade estava nos chamados entes despersonalizados, como foi destacado por José Lamartine Corrêa de Oliveira na obra “A dupla crise da pessoa jurídica”.¹⁸⁸ Segundo o professor paranaense seria possível identificar duas crises da pessoa jurídica. Na primeira, chamada de crise do sistema, constatava-se a incoerência do ordenamento na delimitação do grupo dos entes personificados. A segunda crise, tratada como crise da função, referia-se aos abusos perpetrados por meio da pessoa jurídica, os quais ensejaram o aparecimento da teoria da desconsideração.

Na crise do sistema, o autor havia notado o aumento da tendência à quebra do princípio do *numerus clausus* aplicado à pessoa jurídica, com a ampliação do elenco dos entes despersonalizados. No ordenamento brasileiro, essa crise estaria intimamente relacionada à atribuição de capacidade processual a entes que, a princípio, não se encontravam no rol das pessoas jurídicas. O artigo 12 do Código de Processo Civil, na opinião do autor, havia reforçado essa crise, ao estender a capacidade de ser parte em juízo à massa falida, à herança jacente ou vacante, ao espólio e ao condomínio edilício.¹⁸⁹ Se a personalidade e a capacidade de ser parte em juízo representavam conceitos complementares,¹⁹⁰ não haveria razão para o

¹⁸⁷ No artigo 4º do Código Civil de 1916 encontrava-se a seguinte redação: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Nos comentários do próprio Clovis Bevilacqua: “Em relação ao início da existência da personalidade humana, há duas doutrinas. Uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro, entretanto, uma expectativa de direito. Ficaram acima indicados os códigos que adoptam essa doutrina, e são o maior numero. Outra remonta à concepção, e por ella se inclinara o Projecto primitivo de Teixeira de Freitas, Nabuco e Felício dos Santos. Apesar dos excellentes argumentos, em que está opinião se firma, foi preferida a primeira, por parecer mais prática. Não obstante o Código Civil com todos outros, destaca situações, em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363, paragrapho único, reconhecimento do filho, anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1718, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento.” BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951, p. 188.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹⁸⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 12: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] III- a massa falida pelo síndico; IV- a herança jacente ou vacante, por seu curador; V- o espólio, pelo inventariante [...] VII- as sociedade sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; [...] IX- o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.”

¹⁹⁰ “Como tivemos ocasião de observar, a capacidade de ser parte em juízo é um dos ângulos através

diploma processual apresentar uma disciplina jurídica que não fosse consentânea com o rol de pessoas jurídicas apresentado no Código Civil. Com feito, considerando que quem é capaz de ser parte apresenta-se apto pelo ordenamento a ser sujeito ativo e passivo de obrigações e direitos, José Lamartine Corrêa de Oliveira concluía que “não tem sentido uma personalidade de Direito Processual a que não corresponda à personalidade de Direito Material”.¹⁹¹

Na análise dos entes despersonalizados, José Lamartine Corrêa de Oliveira entendia que a massa falida não poderia ser considerada sujeito de direito, uma vez que a propriedade dos bens continuava com o falido. Como bem destacou o autor, recorrendo à lição de Trajano de Miranda Valverde¹⁹², a massa falida representava apenas “o patrimônio do falido submetido a um regime especial”, isto é, separação patrimonial sem duplicação da personalidade. Destacava ainda que a situação do ordenamento brasileiro deveria ser diferenciada de outros ordenamentos, como o francês, no qual, também não se observava uma personalidade da massa falida, mas apenas do grupo de credores da massa, tratados em conjunto como sujeito de direito. Enquanto para Pontes de Miranda a suposta representação do antigo síndico, e atual administrador, seria na verdade uma hipótese de substituição processual, o professor paranaense, mais uma vez recorrendo ao ensinamento de Miranda Valverde, preferia ficar com a noção de parte de ofício.¹⁹³

Na análise da herança, Pontes de Miranda já havia observado que o termo representante havia sido aplicado de forma equivocada, uma vez que a herança não constituiria um novo sujeito. Diante da descaracterização da personalidade da

dos quais mais facilmente é detectada a existência de crise no sistema de pessoas jurídicas elaborado pelo Direito Positivo. De um modo geral, pode-se admitir como ponto de partida conceitual a tese segundo a qual a personalidade e a capacidade de ser parte em juízo são conceitos concidentes quanto à extensão, verdade que o diploma processual civil alemão (Zivilprozessordnung, abreviadamente ZPO) expressou lapidarmente no parágrafo 50, al. 1: ‘*Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist*’, é capaz de ser parte quem é capaz de direito.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p 202.

¹⁹¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 208.

¹⁹² Segundo Trajano Miranda Valverde, a confusão em torno da personificação da massa falida resulta da tendência de se buscar a unidade pela personificação: “uma tendência natural do espírito humano que nos leva a personificar, pelo processo de unificação, que simplifica e facilita a explicação de certos fenômenos, tudo o que se apresenta como um todo, e aparentemente se move, dando-nos a idéia de vida, de ser, existindo por si mesmo”. MIRANDA VALVERDE, Trajano de. *Comentários à Lei de Falência*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.236.

¹⁹³ “Assim, só por uma figura de linguagem pode ser dito que a massa é parte. A massa não é parte porque massa não é, não integra o mundo do sujeito de direito. A massa não é parte por ser inadmissível a existência de sujeitos de direito no plano do Processo que não o sejam no plano de Direito Material. Parte, de ofício, é o síndico.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.210.

herança, resultava a conclusão de que o inventariante não poderia ser considerado realmente o seu representante. Para tanto, lembrava que o inventariante era chamado para tutelar interesses contraditórios, inclusive os interesses dos credores. Não se tratava, segundo Pontes de Miranda, de um verdadeiro representante, mas de uma posição que se assemelhava à situação do antigo síndico da massa falida. O mesmo raciocínio era aplicado nas hipóteses envolvendo a herança jacente e vacante. Mais uma vez o legislador teria confundido a separação patrimonial com a atribuição de personalidade jurídica. A dificuldade em estabelecer o titular imediato do direito de propriedade, levava ao equívoco de se identificar um novo sujeito e, conseqüentemente, um falso representante, como se vê na seguinte passagem:

De qualquer forma, o exposto demonstra que nem a herança jacente nem a vacante possuem qualquer subjetividade no plano do Direito Material. Meras universalidades, há incerteza meramente subjetiva sobre a titularidade de bens que a integram, durante a jacência: titulares serão, porém, os herdeiros (que já são os donos e titulares dos direitos, embora tal fato não seja conhecido) ou, se tais herdeiros não existem, o Poder Público, fato que só se tornará conhecido por ocasião da declaração de vacância, embora também o Poder Público seja, a rigor, titular dos bens deixados desde a data da morte do de cujus. No plano do Direito Processual, o curador é evidentemente parte de ofício, também não fazendo sentido falar em herança jacente ou vacante como parte, a não ser por mero hábito de linguagem ou figura retórica.¹⁹⁴

Situação completamente diferente das anteriores envolvia o condomínio edilício. José Lamartine não concordava com parte da doutrina processualista da época que promovia uma separação entre a personalidade e a capacidade processual. Na opinião do autor, somente as figuras dotadas de relevância ontológica na perspectiva do direito material, poderiam ser consideradas capazes no plano do direito processual. Na situação do condomínio edilício, o conflito entre direito material e processual deveria, naquele caso, ser solucionado com o reconhecimento da personalidade jurídica e, conseqüentemente, da capacidade processual.¹⁹⁵

O fundamento dessa personalidade encontrava-se no próprio ordenamento

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.211.

¹⁹⁵ “Em nosso modo de ver as coisas, só as figuras dotadas de relevância ontológica aos olhos do Direito Material, isto é, capazes de, no plano do Direito Material serem titulares de direitos, obrigações, pretensões poderão ser titulares de direito no plano processual. O conflito entre os dois planos é assim para nós sempre aparente [...] no caso do condomínio por unidades autônomas, entendemos, ao contrário, que o conflito aparente só pode ser resolvido pela via afirmativa, isto é, reconhecendo ao condomínio por unidades autônomas a qualidade de parte e também a de sujeito de direitos no plano material.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.216.

brasileiro. Segundo José Lamartine, o debate sobre a personalidade do condomínio era prejudicado pelo entendimento de que, como sustentava Serpa Lopes, a admissão dessa personalidade afastaria o direito de propriedade de cada condômino.¹⁹⁶ Ao analisar a Lei n. 4.591/64, que disciplinava o condomínio por unidades autônomas, José Lamartine afirmava que não havia sentido em fundamentar a personalidade do condomínio argumentando, para tanto, que o ordenamento havia lhe conferido a propriedade das áreas comuns, uma vez que o parágrafo 2º da referida lei não permitia esse entendimento, ao considerar os condôminos os verdadeiros proprietários.¹⁹⁷

Na verdade, a conclusão pela personalidade jurídica do condomínio resultava, principalmente, do parágrafo 3º do artigo 63 da Lei n. 4.591/64. De acordo com esse dispositivo, o condomínio, no prazo de 24 horas após a realização do leilão final, por decisão unânime da assembleia geral, teria a preferência na adjudicação dos bens do condômino, em face do inadimplemento da obrigação de pagamento de três prestações do preço de construção. Como não se tratava de uma pessoa jurídica, segundo o rol do Código Civil de 1916, alguns oficiais do registro se recusavam a registrar o imóvel como pertencente ao condomínio, suscitando a dúvida para que o juiz dirimisse o caso.¹⁹⁸

A questão não chegou a ser pacífica nos tribunais, mas, em algumas decisões, ainda que com argumentos diferentes, afirmava-se a possibilidade do registro nos termos do artigo 63 da Lei n. 4.591/64.¹⁹⁹ Embora não haja, no Código

¹⁹⁶“Grande parte da discussão sobre a hipotética personalidade jurídica do condomínio por unidades autônomas foi prejudicado por deficiente colocação do problema, por erro de equacionamento. Frequentemente foi o problema colocado em termos de titularidade do direito de propriedade, sob a forma de teoria da personalidade do condomínio como titular verdadeiro dos direitos reais supostamente pertencentes aos condôminos.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.217.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.218.

¹⁹⁸ “Estabeleceu-se, assim, a possibilidade de que o condomínio, presentes as circunstâncias elencadas no art 63, parágrafo 3, se tornasse proprietário de unidade autônoma. Se a letra da lei era clara, não foi ela, propriamente aplicada. Os oficiais do Registro Imobiliário inicialmente recusaram-se a transcrever em nome do condomínio o imóvel adquirido por meio da adjudicação, ao argumento de que o condomínio, não possuindo subjetividade, não poderia ser proprietários. Proprietários, ao entender dos oficiais, seriam cada um dos condôminos, de modo que em seu nome, e não do condomínio, deveria operar-se a transcrição”. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.64.

¹⁹⁹ “Uma breve análise da jurisprudência no assunto demonstra que os tribunais tiveram de ocupar-se de dois aspectos, de um modo especial. O primeiro foi o da posição do condomínio em juízo particularmente controversa na vigência do Código de Processo Civil de 1939. O segundo diz respeito à personalidade jurídica do condomínio, no plano mesmo do Direito Material, temática em que o problema suscitado pelo artigo 63, parágrafo 3º, da Lei n. 4.591, fornece material especialmente interessante.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*.

Civil de 2002, um dispositivo equivalente àquele direito de preferência em favor do condomínio, os argumentos de José Lamartine são importantes para demonstrar que a análise da existência de sinais de subjetividade jurídica somente deve ser feita com base nos dados fornecidos pelo próprio ordenamento. Não há sentido em se afirmar, em abstrato, se determinado grupo ou ente possui personalidade jurídica. Da mesma forma, uma resposta afirmativa ou negativa em determinado período não pode ser tomada como uma verdade universal, em face do valor instrumental da personalidade jurídica.

O problema da natureza jurídica do condomínio edilício sempre atormentou doutrina e jurisprudência. A existência de certa autonomia nas relações obrigacionais, na contratação de funcionários e, principalmente, na gestão de recursos permitia a identificação de traços de subjetividade. Segundo Renato Santagata, os elementos distintivos fundamentais de um autônomo sujeito dizem respeito a um regime de responsabilidade diferenciado (*Haftungsverband*), a presença de uma organização autônoma (*Handlungsorganisation*) e do nome (*Identitätsausstattung*).²⁰⁰ A jurisprudência italiana, ao ressaltar a autonomia do condomínio edilício na administração, buscou, como observa Massimo Dogliotti, uma terceira via entre a afirmação e a negação da personalidade: o condomínio seria um ente “*di gestione*”.²⁰¹ Mantendo ainda a contradição que cerca a matéria, afirma-se, no contexto italiano, que embora exista uma capacidade restrita, o condomínio não pode ser visto como um sujeito de direito distinto dos condôminos.²⁰²

A confusão entre personalidade e capacidade ficava ainda mais clara na análise da sociedade irregular. A personificação das associações e sociedades faz com que o fenômeno associativo passe a ser analisado de forma estática. A partir da perspectiva do novo sujeito, observa-se uma ruptura com o período que antecede à sua formação, o qual é, sutilmente, isolado de todo o processo. Com esse

São Paulo: Saraiva, 1979, p.218.

²⁰⁰ SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000, p.81.

²⁰¹ “Si tratta di una teoria nata dalla pratica, più blanda di quella collettivistica, che tuttavia non riesce a superare le incongruenze già sopra ricordate: il condominio non sarebbe soggetto di diritto, distinto e in contrapposizione con i singoli partecipanti, ma ente di fatto, << di gestione >>, capace di assumere obblighi e di essere titolari di diritti, e dunque con una certa autonomia e una limitata capacità; esso muterebbe in ogni caso alcuni strumenti (assemblea, amministratore) dalla persona giuridica ed agirebbe comunque quale proprietario delle cose comuni, sia nei rapporti interni che in quelli esterni, come soggetto diverso dalla somma dei partecipanti.” DOGLIOTTI, Massimo. *Comunione e Condominio*. In: *Trattato di Diritto Civile- diretto da Rodolfo Sacco*, V. 7. Torino: UTET, 2009, p. 162.

²⁰² DOGLIOTTI, Massimo. *Comunione e Condominio*. In: *Trattato di Diritto Civile- diretto da Rodolfo Sacco*, V. 7. Torino: UTET, 2009, p.163.

desprendimento, forja-se a compreensão de que a pessoa jurídica não guarda relação com os primeiros atos anteriores à formalidade do registro, como se o “antes” e o “depois” da personificação representassem etapas completamente distintas.

A dificuldade na análise da “pré-vida” das pessoas jurídicas sempre desafiou a doutrina, que, influenciada pela modulação subjetiva do ordenamento, tratava esse período com o rótulo da irregularidade ou com a denominação de sociedade de fato. Já no Código Comercial de 1850, verificava-se a tendência de excluir qualquer ação entre sócios ou destes contra terceiros, que, contudo, poderiam, segundo o artigo 304 daquele diploma legislativo, propor ações contra a “sociedade em comum” ou qualquer dos sócios em particular.

Com o Código Civil de 1916, destacava-se a ideia de que a “existência legal” das pessoas jurídicas estaria vinculada ao registro, reforçando a dicotomia sociedade irregular ou de fato. Se alguns autores, como Serpa Lopes, buscavam no condomínio a explicação para o fenômeno, outros, como Pontes de Miranda, legitimavam as contradições do legislador em relação ao tema, reconhecendo uma legitimidade processual, ainda que passiva, às sociedades não registradas, negando-lhes, no entanto, a personalidade jurídica.²⁰³

Segundo José Lamartine, o fato de o ordenamento ter reservado apenas consequências desfavoráveis às sociedades irregulares representava o sinal de uma capacidade mitigada e, conseqüentemente, do reconhecimento da personalidade jurídica. Da mesma forma, destacava ainda a posição contraditória da jurisprudência que, em algumas situações, já havia reconhecido direitos das sociedades irregulares pertinentes ao crédito de letras de câmbio e, até mesmo, referentes à propriedade imobiliária, sem, no entanto, atribuir-lhes a personalidade jurídica.²⁰⁴ Essa

²⁰³ “Sociedade ou associação não-personificada é toda sociedade ou associação, que resultou de negócio jurídico, ou de lei, mas para a qual (ainda) não se obteve personificação. Organizou-se social ou corporativamente, - não é pessoa. Falta-lhe a capacidade de direito, sem se confundir com a sociedade ou associação a que se cassou, segundo a lei, a capacidade de direito.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 334.

²⁰⁴ “Por outro lado, consagrada a tese ampla da capacidade, ativa e passivamente, de ser a sociedade irregular parte em juízo, não é possível restringir a solução afirmativa a uma suposta “personalidade judiciária”. Além da cisão conceitual entre Direito Processual –Direito Material que já profligamos por indesejável, importa lembrar que os antecedentes jurisprudenciais não se limitam à capacidade para ser parte. Sob aparência de mera discussão sobre a capacidade de ser parte (ou sem tal aparência), em verdade nossos tribunais já haviam admitido ser a sociedade irregular possível credora de letras de câmbio, ou de outros créditos, proprietária imobiliária”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.240.

personalidade, na opinião de José Lamartine, não se restringia às sociedades mercantis da época, mas alcançava inclusive as associações e fundações.²⁰⁵

O principal problema referente à ausência de personalidade das antigas sociedades irregulares estava, sobretudo, na dificuldade de enquadrar dogmaticamente o “patrimônio” que se formava em torno daqueles grupos não personificados. O caminho mais fácil era apontar para um regime de compropriedade, como fazia, por exemplo, Serpa Lopes. Além de contrariar as próprias características presentes na disciplina do condomínio, essa solução parte do equívoco de que a atribuição de personalidade teria o condão de criar uma nova realidade, completamente diferente daquela existente antes da personificação. Mais uma vez, buscava-se um paliativo, no caso a comunhão, que apenas encobria o real problema: as contradições que decorriam de um sistema fundado na dualidade subjetiva.

Uma solução original e que, ao mesmo tempo, afastava-se da dicotomia pessoa natural e pessoa jurídica estava na utilização do modelo inspirado na comunhão germânica, também conhecida como comunhão em mão comum (*gesammte hand*). Enquanto na comunhão tradicional, resultante do Direito Romano, observa-se um fracionamento em quotas, pertencentes aos vários participantes, que, assim, podem transferi-las ou pleitear a divisão; na comunhão em mão comum, não se verifica nenhum fracionamento entre os participantes, os quais, individualmente, não possuem nenhum direito.²⁰⁶

Apenas a totalidade reunida, daí a imagem de mãos entrelaçadas, apresenta-se como verdadeiro titular, não havendo, assim, uma esfera patrimonial pertinente a cada participante isolado. Ao contrário da pessoa jurídica, que subsiste independente da individualidade dos seus membros, no caso da comunhão em mão comum, há, entre os vários envolvidos, apenas uma relação jurídica, que geralmente

²⁰⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.246.

²⁰⁶ “The partners of a personal business association form, as a rule, a community of collective hand (*Gesamthandsgemeinschaft*). The contributions of the partners and objects acquired for the partnership in the course of the management of the affairs of the partnership become the common property of the partners. But this partnership property is not held in (fractionally shared) joint ownership. It forms a separate group of assets distinct from the private estate of the partners, and the rights as attached to partners. An individual partner may not dispose of his share in the partnership property or in the individual objects belonging thereto; he is also not entitled to demand division.” ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.471.

se dissolve com a retirada ou morte de um dos participantes.²⁰⁷

Pugliatti já havia criticado o modelo tradicional no qual se verificava uma propriedade solitária, pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica, e o condomínio, referente a uma pluralidade de sujeitos, considerados de forma singular. Na sua opinião, o exame do ordenamento italiano demonstrava a necessidade de se admitir um *tertium genus*: uma propriedade coletiva.²⁰⁸ Ao comentar o instituto da *gesammte hand*, que era utilizado na Alemanha, principalmente nos casos envolvendo sociedades não personificadas e a comunhão entre cônjuges, Ferrara afirma que a comunhão em mão comum representa um importante exemplo para a compreensão de que a atribuição de personalidade deveria ser vista apenas como uma das formas possíveis para permitir que um patrimônio seja destinado, de forma autônoma, a um escopo.²⁰⁹

Como na Itália, ao contrário do Brasil, as sociedades não personificadas alcançam também as sociedades de pessoas, em contraposição às sociedades de capital, dotadas de personalidade, a estrutura da comunhão em mão comum foi utilizada, inicialmente, também para explicar o patrimônio dessas sociedades. O problema dessa aproximação estava no fato de que era possível encontrar nas sociedades de pessoas sinais da presença da autonomia patrimonial. Ao contrário das sociedades personificadas, notava-se a presença de uma autonomia patrimonial imperfeita, uma vez que a separação entre patrimônio social e patrimônio pessoal dos sócios não excluía uma interferência recíproca entre esses dois planos. Os credores dessas sociedades não podiam agredir diretamente o patrimônio dos sócios, devendo, inicialmente, buscar o seu direito no patrimônio da sociedade. Com

²⁰⁷ Nesse sentido ver: COING Helmut. *Derecho privado europeo*. v.1. Barcelona: Fundacion Cultural del Notariado, 1996, p.116.

²⁰⁸ “Non si coglie nel segno, infatti, quando si dice, per assimilare questa tesi a quella della proprietà única integrale, che non vi è differenza tra pluralità e collettività di soggetti. Né ci si adegua alla complessità del problema, quando si afferma che gli atteggiamenti che esso può assumere sono due: proprietà solitaria, spettante ad una persona od a una persona giuridica; e condomínio, spettante ad una pluralità di soggetti, cioè a più soggetti singolarmente considerati. Codesta schematizzazione non può sovrapporsi ai dati obbiettivi dell’esperienza, i quali offrono il *tertium quid*, come realtà antichissima e rinascente: la proprietà collettiva”. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p.167.

²⁰⁹ “Questa situazione che si produce nella *gesammte Hand*, per cui si ottiene un patrimonio di destinazione con propri debiti, ha fatto sì che molti istituti appartenenti a tale categoria fossero scambiati per persone giuridiche. A torto, perchè se è esatto, come osserva il Laband, che la persona giuridica ha un proprio patrimonio separato, è falso che ogni patrimonio separato per un determinato scopo abbia un diverso titolare. La creazione d’una persona giuridica è solo una delle forme possibili per dedicare durevolmente un patrimonio a un scopo, e distinguerlo dal patrimonio dei membri.” FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923, p. 473.

efeito, os sócios respondiam ilimitadamente, com todo o seu patrimônio pessoal, mas de forma subsidiária em relação à sociedade.²¹⁰ A presença, ainda que imperfeita, dessa separação patrimonial poderia ser vista como um sinal da alteridade subjetiva que caracteriza as pessoas jurídicas. Para solucionar esse problema, a doutrina italiana passou a identificar a sociedade de pessoas como um sujeito coletivo não personificado.

No Brasil, observa-se uma classificação presente no Código Civil de 2002 que separa as sociedades personificadas das sociedades não personificadas. Segundo Sylvio Marcondes, essa separação seria importante para ressaltar que a personificação representa um fenômeno posterior à existência da sociedade, que seria, assim, o pressuposto da criação do novo sujeito.²¹¹ De acordo com a disciplina encontrada no Código, as sociedades não personificadas seriam compostas pela sociedade em conta de participação e pela sociedade em comum. Regulada nos artigos 986 e 990, a sociedade em comum abrange tanto a sociedade irregular como a sociedade de fato. Influenciado pelos trabalhos dos autores italianos Messineo e principalmente Augusto Pino, Sylvio Marcondes procurou utilizar a personificação como critério capaz de diferenciar o patrimônio separado do patrimônio autônomo, concluindo que enquanto o primeiro está no plano dos objetos; o segundo diz respeito ao plano dos sujeitos.²¹² A atribuição de personalidade jurídica, com o registro, seria, assim, fundamental para a formação do patrimônio autônomo pertencente ao sujeito abstrato, como se vê na seguinte passagem do autor:

Entretanto como existe sociedade e há um patrimônio separado do patrimônio dos sócios, embora ainda não autônomo, o Projeto prevê esta sociedade, tratada como tal, mas não personificada, e a ela dá, por inspiração do art. 304 do Código Comercial, o nome de “sociedade em comum”. É sociedade, mas ainda em comum, porque só deixa de sê-lo quando se transformar em sujeito de direito, por força da inscrição e da personificação.²¹³

²¹⁰ ITALIA. Código Civil. Artigos 2268 e 2304/ 2267 e 2291.

²¹¹ “A personificação, fenômeno posterior, do qual a existência da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial que previamente, composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade destas, para transforma-se em patrimônio autônomo, objeto de nova titularidade.” MACHADO, Sylvio Marcondes. Exposição dos motivos complementares. In: *Código Civil: Anteprojetos*. v.5. Brasília: Senado Federal, p. 202.

²¹² “Seja como for, de todos se deduz que o conceito de patrimônio autônomo está no plano dos sujeitos; o de patrimônio separado, no dos objetos.” MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação de responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p.235.

²¹³ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 236.

Ao associar a autonomia patrimonial à personificação, Sylvio Marcondes não pretendia atrelar a limitação da responsabilidade dos sócios à pessoa jurídica. Como se verifica no Código Civil de 2002, nas sociedades em nome coletivo, constata-se ainda a presença da autonomia patrimonial, uma vez que os sócios respondem pelas dívidas da sociedade ilimitadamente, mas sempre de forma subsidiária. Desse modo, o credor deverá executar primeiro o patrimônio da sociedade, para, posteriormente, cobrar os sócios. Mesmo não sendo, ao contrário do que acontece em outros países, uma decorrência inevitável da atribuição da personalidade, a responsabilidade limitada é vista como a maior expressão da autonomia patrimonial, na medida em que obriga os sócios a responderem pelas dívidas da sociedade até o limite do capital social. A aproximação da personalidade com a autonomia patrimonial perfeita acabou criando a ideia de que a limitação da responsabilidade dos sócios depende sempre da personificação.

3.2 Pessoa jurídica, autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade: a ilusão dos sistemas maximalistas

José Lamartine Corrêa de Oliveira realizou também uma fascinante investigação da disciplina da pessoa jurídica nos mais variados ordenamentos.²¹⁴ Na tentativa de sistematizar os dados recolhidos, o autor, pressupondo uma concepção essencialista da pessoa jurídica, propõe uma diferenciação entre sistemas maximalistas e minimalistas. De acordo com a classificação, os ordenamentos maximalistas seriam caracterizados por um maior rigor no reconhecimento da personalidade jurídica, tendo em vista uma quase perfeita analogia entre os entes designados como pessoas jurídicas e o ser humano. Nos sistemas minimalistas, ao contrário, não se observava esse cuidado, já que a referida analogia se mostrava reduzida a proporções menores. À dicotomia maximalista-minimalista, o autor acrescentava outra diferenciação: monismo e dualismo. Enquanto em alguns países a separação das esferas individuais em relação à coletiva somente poderia ser alcançada por meio da pessoa jurídica, o que caracterizaria o monismo; nos

²¹⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

sistemas dualistas, a pessoa jurídica não representava a única forma de se garantir essa alteridade subjetiva.

Seguindo a classificação proposta, ganhava grande destaque, na obra do autor paranaense, o estudo do Direito alemão, uma vez que o desenho da pessoa jurídica naquele ordenamento conjugava as características do maximalismo e do dualismo. Em relação ao primeiro, notava-se que a atribuição de personalidade jurídica, assim como ocorria com a *universitas* no Direito Romano, estaria associada, principalmente, à autonomia patrimonial perfeita entre as esferas individuais e coletivas. Já no que tange ao dualismo, a presença da comunhão de mão comum (*gesamthand*), com indicativos dessa autonomização, ainda que incompleta, demonstrava a presença do dualismo, já que seria utilizada para retratar as entidades sem personalidade jurídica.²¹⁵

Na cultura jurídica dos países denominados maximalistas, segundo a classificação proposta por Lamartine, notava-se, diga-se de forma bem nítida, o encontro de três figuras: personalidade jurídica, autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade dos sócios. O sucesso da “sociedade limitada”, cujo modelo se estrutura na combinação perfeita daqueles elementos, criou, contudo, a ilusão de que tanto a autonomia patrimonial como a limitação da responsabilidade dependessem sempre da intermediação da pessoa jurídica.

Do ponto de vista histórico, não resta dúvida de que os três termos citados tiveram um desenvolvimento autônomo. Na verdade, subjacente ao maximalismo encontra-se a ideia segundo a qual a unidade do sujeito deveria conduzir a uma visão unitária do patrimônio e da responsabilidade. A lógica desse arranjo resultava da necessidade de se romper com uma visão fragmentada da capacidade que, embora presente no sistema feudal, mostrava-se incompatível com a construção de um novo modelo pautado agora nos ideais de igualdade e liberdade.

Como foi visto, durante o século XIX, percebia-se a tendência em ordenar os dados do sistema em torno da figura abstrata do sujeito, o que acabou ensejando,

²¹⁵ “Essa severa crítica, em relação a cujas coordenadas filosóficas fundamentais estamos de pleno acordo, não destrói porém a fundamental verificação de que o Direito alemão estabelece um limiar maximalista para o reconhecimento da personalidade jurídica, só reconhecendo a analogia entre a entidade atuante na vida jurídica e o homem quando completa seja a separação patrimonial e de responsabilidade entre a unidade e os seus membros ou outras pessoas naturais. Para resolver os problemas que daí decorrem, recorre a Doutrina alemã a noção de *Gesamthand* que serve então para qualificar juridicamente entidades em relação às quais não se reconhece a personalidade jurídica, como é o caso das denominadas sociedades de pessoas do Direito Comercial.” OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.133.

em vários países, a modulação subjetiva do discurso jurídico. Na chamada teoria clássica do patrimônio, associada, na sua versão mais estremada, aos autores franceses Aubry e Rau, esse processo alcançava um novo significado: a noção de patrimônio deveria ser deduzida diretamente da própria personalidade.²¹⁶ Em face desse novo axioma²¹⁷, abria-se caminho para a dedução de várias consequências, entre as quais, interessam para o presente trabalho, as noções de unicidade e indivisibilidade do patrimônio. Pela primeira, entendia-se que a mesma pessoa não poderia ter senão um patrimônio;²¹⁸ já na segunda, estabelecia-se que não seria possível repartir o patrimônio em várias universalidades jurídicas distintas.²¹⁹

De acordo com essa visão subjetiva e unitária, a técnica da atribuição de

²¹⁶“Como ponto de partida encontraremos uma concepção em que o patrimônio é por tal modo ligado à personalidade que constitui até uma emanção dela – melhor ainda, uma concepção em que o patrimônio chega a confundir-se com a própria personalidade. É a teoria clássica em toda a sua pureza” CUNHA, Paulo. *Do Patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, p.80. Segundo Hiez, a conexão sujeito-patrimônio compromete a própria autonomia do conjunto de situações jurídicas patrimoniais, representado, na verdade, um produto da visão antropomórfica criticada no presente trabalho. Nesse sentido: “La domination de l’homen sur le monde. Nous connaissons tous la célèbre formule de Aubry et Rau, selon laquelle le patrimoine serait ‘une emanation de la personnalité et l’expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle’. Ainsi, le patrimoine ensemble de biens perd toute autonomie, toute existence propre. Il n’est envisagé que comme rattaché à la personne, pas seulement par un lien mais bien plutôt par une espèce de cordon ombilical. L’expression ‘d’emanation de la personne’ montre en effet qu’il y a comme une génération entre le sujet et les objets juridiques. L’expression parallèle de puissance juridique, que l’on peut rapprocher de la définition de la propriété de l’article 544 du Code Civil, préfigure déjà cette analyse”. HIEZ, David. *Étude Critique de la Notion de Patrimoine en Droit Privé Actuel*. Bibliothèque de Droit Privé – T. 399. Paris: L.G.D.J, 2003, p.18.

²¹⁷ Deve-se notar que o referido princípio a partir do qual se deduz toda a construção de Aubry e Rau não significa apenas afirmar que qualquer patrimônio pressupõe um sujeito que dele é titular, como adverte Paulo Cunha: “Inscrever que a ideia do patrimônio se deduz directamente da ideia da personalidade engendra consequências mais largas do que a simples aceitação do suporte personalista, e não objectivista, para a noção de patrimônio: implica reconhecer-se que, se a ideia de patrimônio se deduz directamente da ideia de personalidade, é que já nela virtualmente se encontrava incluída: produz assim, em concretização imediata, a afirmação do princípio de que toda e qualquer pessoa, pelo só fato de o ser, tem necessariamente patrimônio (pelo menos assim o entendem os autores).” CUNHA, Paulo. *Do Patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934, p.184.

²¹⁸ “Desta promessa, tão viva e multiforme firmada, deduzem AUBRY & RAU as condições de que: 1) Só as pessoas podem ter patrimônio; 2) Toda a pessoa tem necessariamente um patrimônio, ainda quando não possua actualmente quaisquer bens”. CUNHA, Paulo. *Do Patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934. Na síntese de Nathalie Baruchel: “Ainsi, le patrimoine est l’emanation de la personnalité de son titulaire. La personne apparaît en effet dans cette théorie comme le seul lien permettant de regrouper les différents éléments d’actif et de passif. Trois conséquences en découlent. Tout d’abord, il n’existe pas de patrimoine sans une personne juridique qui en soit titulaire. Ensuite, il ne peut y avoir de personne sans patrimoine: c’est le principe de la nécessité du patrimoine, entraînant notamment son intransmissibilité. Enfin, chaque personne ne dispose que d’un seul patrimoine, qui constitue le droit de gage général offert aux créanciers”. BARUCHEL, Nathalie. *La Personnalité Morale en Droit Privé: éléments pour une théorie*. Bibliothèque de Droit Privé – T. 410. Paris: L.G.D.J, 2004, p.164.

²¹⁹ “Indivisibilidade do patrimônio: o patrimônio de uma pessoa não é, em razão da sua natureza incorpórea, divisível em partes materiais ou de quantidades, e não é mesmo susceptível, em razão da unidade da pessoa, de se repartir em várias universalidades jurídicas, distintas uma das outras.” BARUCHEL, Nathalie. *La Personnalité Morale en Droit Privé: éléments pour une théorie*. Bibliothèque de Droit Privé – T. 410. Paris: L.G.D.J, 2004, p.190.

personalidade representava a principal forma de se explicar, do ponto de vista teórico e prático, qualquer tentativa de articulação patrimonial, fazendo com que a separação do patrimônio, em razão de uma particular finalidade, somente fosse concebível com a criação da pessoa jurídica. Nesse contexto, a viabilidade da estrutura patrimonial autônoma da sociedade, distinta dos patrimônios individuais dos seus membros, mostra-se dependente do reconhecimento de um novo sujeito de direito, reduzindo, assim, a temática da separação patrimonial à análise das consequências presentes no processo de atribuição da personalidade jurídica. A visão unitária do sujeito conduzia, assim, a uma visão unitária do patrimônio.²²⁰

A utilização da técnica da personificação alterava profundamente o papel desempenhado pelos sócios. A intermediação do novo sujeito fazia com que os antigos co-proprietários dos bens de produção passassem a ostentar direitos, agora de natureza pessoal, contra a sociedade-pessoa jurídica, considerada a única titular do patrimônio social. Essa pertinência do patrimônio à sociedade dependia, no entanto, da atribuição da personalidade jurídica, uma vez que, a ausência da personificação vinculava o patrimônio aos próprios sócios, considerados, nesse caso, os únicos proprietários.

O modelo da sociedade personificada facilitava também a descrição do processo de limitação da responsabilidade dos sócios. O recurso ao termo pessoa jurídica, ao enfatizar a diversidade de regimes aplicáveis à sociedade e aos seus membros, tornava mais fácil a compreensão de que os sócios não eram, em regra, responsáveis pelas dívidas contraídas em nome da pessoa jurídica.

O advento da sociedade limitada, com a *Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)* em 1892 na Alemanha, demonstrava a importância da pessoa jurídica como um instrumento para a completa autonomização do grupo diante dos seus membros.²²¹ Aqui, a alteridade subjetiva encontrava a sua maior expressão,

²²⁰ Como destaca David Hiez, a necessidade de capturar o coletivo, de aprisionar a diversidade em figuras unitárias influenciaram a definição do patrimônio em termos de conjunto (universalidade). Consequentemente, a preferência pela unidade aproximava o “ter”(patrimônio) do “ser”(sujeito). Nesse sentido: “La définition unanimement admise du patrimoine en termes d’ensemble (ou d’universalité) suggère d’emblée un premier apport: la capacité d’appréhender le collectif, d’unifier le divers. Mais il en est un autre, moins apparent et pourtant au moins aussi important: l’établissement d’un lien entre la personne et les biens ou, autrement dit, entre l’être et l’avoir: le lien établi ou dénié entre patrimoine et personne en atteste. HIEZ, David. *Étude Critique de la Notion de Patrimoine en Droit Privé Actuel*. Bibliothèque de Droit Privé – T. 399. Paris: L.G.D.J., 2003, p. 15.

²²¹ É importante esclarecer que a limitação da responsabilidade dos sócios não aparece pela primeira vez com a sociedade limitada. As sociedades por ações, que surgiram com as companhias coloniais nos séculos XVII e XVIII, já apresentavam as principais características da sociedade moderna, principalmente no que se refere à limitação da responsabilidade dos acionistas. Como lembra Antônio

uma vez que a separação patrimonial conduzia, naquela forma societária, a uma perfeita segregação entre os riscos da atividade e os riscos dos sócios.

Deve-se notar que o termo sociedade de responsabilidade limitada parece, a princípio, incapaz de retratar de forma precisa esse processo. De fato, a responsabilidade da sociedade, enquanto sujeito autônomo, é ilimitada, uma vez que ela se compromete, perante seus credores, com todos os seus bens. Tecnicamente, como já apontava Sylvio Marcondes, em sentido amplo, a limitação da responsabilidade significava a liberação do devedor em relação ao pagamento desde que, entre os credores, fosse distribuída toda a parte destinada à satisfação dos seus créditos.²²²

Acontece que, como lembrava o próprio autor, o termo limitação da responsabilidade também poderia ser utilizado em sentidos restritos. Nesse ponto, destacava que seria importante separar a “*responsabilidade objetivamente limitada*” da “*responsabilidade quantitativamente limitada*”. A primeira, ocorre nas situações em que se demarca, nos casos de insatisfação da dívida, um conjunto de bens destinado a suportar os direitos dos credores. A segunda representa a limitação de “uma certa soma ou importância pela qual responde o devedor com todo o seu patrimônio”.²²³ No lugar da responsabilidade limitada, Sylvio Marcondes ressaltava

Menezes Cordeiro, a grande contribuição promovida pelo advento daquela nova forma societária se deve a “democratização da responsabilidade limitada”. CORDEIRO, Antonio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 214. A sociedade por ações era voltada para grandes empreendimentos que, na maior parte dos casos, exigiam investimentos vultuosos. Com o advento da sociedade limitada, permitia-se que qualquer pessoa com recursos disponíveis pudesse investir em uma atividade econômica. A sociedade de responsabilidade limitada é considerada um dos principais instrumentos legais já criados, como destaca Stephen M. Bainbridge ao comentar discurso do século XIX, no qual o reitor da Universidade de Colúmbia havia afirmou que a limitação da responsabilidade seria a mais importante das descobertas modernas, mesmo quando comparada ao vapor e à eletricidade. “I weigh my words when I say that in my judgment the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are far less important than the limited liability corporation, and they would be reduced of to comparative impotence without it.” MURRAY, Nicholas *apud* BAINBRIDGE, Stephen M. *Abolishing Veil Piercing. The Journal of Corporation Law*, n.26, 2001, p.479.

²²² “A limitação da responsabilidade, em sentido amplo, significa que o devedor, distribuído entre os credores tudo quanto, em certa medida, era destinado à sua satisfação, fica liberado, nada mais podendo este reclamar, embora não inteiramente satisfeitos.” MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação de responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p.235.

²²³ “Esse significado, porém, comporta redução a sentidos restritos, de que os escritores, sem discrepância, põem em relevo: primeiro, o da limitação da responsabilidade a determinados bens do devedor, ficando o restante isentos de execução dos credores, mesmo que o montante dos créditos ultrapasse o valor de ditos bens, e que consubstancia a *responsabilidade objetivamente limitada*; o segundo, designado como *responsabilidade quantitativamente determinada*, consiste na limitação de uma certa soma ou importância pela qual responde o devedor com todo o seu patrimônio.” MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação de responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo:

que se tratava de uma dívida limitada, pela qual os sócios respondiam com todo o seu patrimônio.

A impropriedade de sentido da *responsabilidade limitada*, nos casos em que se trata de dívida limitada, demonstrada nos exemplos acima indicados, foi acolhida na lei brasileira, ao dispor que ‘a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas’ e, quanto às sociedades por quotas, que o contrato deverá ‘estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social’. Tal emprego se explica pela repetição da tradicional confusão entre dívida e responsabilidade.²²⁴

Quando se fala da limitação da responsabilidade da sociedade, o que se busca, na verdade, ao contrário do sentido estrito do termo, é garantir a restrição dos riscos no exercício de determinada atividade. Daí porque não faz sentido em se pensar que esse processo de segregação de riscos se encontre vinculado à personificação. Os sócios são ilimitadamente responsáveis pelo que prometeram, isto é, pela subscrição do capital. Como a sociedade e os seus sócios, isoladamente considerados, apresentam, no caso, personalidades distintas, as obrigações contraídas por um sujeito não poderiam, em regra, obrigar o outro. A limitação da responsabilidade, ao contrário do que o nome possa sugerir, não tem como destinatária a pessoa jurídica, mas os sócios que se arriscaram ao investir no exercício de determinada atividade econômica. Ao mesmo tempo, o destaque do aspecto funcional, em detrimento do estrutural, revela que não há propriamente uma limitação, seja da dívida ou da responsabilidade. Na verdade, o que se verifica é a transferência do risco para os credores que se relacionam com a sociedade, ainda que involuntariamente, como ocorre com as vítimas de um ato ilícito.

Revista dos Tribunais, 1956, p.235.

²²⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação de responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p.269. Da mesma forma, mas sem separar a responsabilidade objetivamente limitada da quantitativamente, Milena Donato Oliva destaca a diferença entre a separação patrimonial e a limitação da responsabilidade, como se vê em: “Dito diversamente, as hipóteses de limitação de responsabilidade visam excluir, dentro da universalidade que serve de garantia aos credores, o poder de excussão destes sobre determinados bens, ao passo que os casos de segregação patrimonial se referem à criação de distintas universalidades, cada qual servindo de garantia a débitos próprios. Dessa forma, o fato de determinados patrimônio ser objeto de garantia de certos credores do devedor e não de outros, cujos créditos são garantidos por patrimônio diverso, não se confunde com os casos de limitação da responsabilidade, haja vista que estes visam a afastar do poder dos credores determinados bens que integram a universalidade que lhes serve de garantia”. OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.232.

3.3 Pessoa jurídica e separação patrimonial: divergências estruturais e equivalência funcional

O patrimônio pode ser entendido como um complexo de situações jurídicas subjetivas suscetíveis de valoração econômica. De acordo com a visão tradicional, a unidade do conjunto estaria intimamente relacionada ao fato de o patrimônio ser titularizado por uma única pessoa.²²⁵ Nessa concepção, destaca-se, por um lado, um aspecto objetivo, caracterizado pelo conteúdo da situação jurídica e, por outro, um perfil subjetivo, o qual remete à titularidade. A opção pelo conjunto de direitos, ou melhor, de situações jurídicas subjetivas, no lugar de bens, já promove uma aproximação entre o conceito de patrimônio e a perspectiva do titular. Nota-se, porém, que essa correlação entre dimensão objetiva e subjetiva leva a se pensar, equivocadamente, que a unidade conceitual do patrimônio somente possa ser construída em torno do reconhecimento de um centro autônomo subjetivo.

A figura do patrimônio destinado a um escopo foi utilizada com uma variedade de significados, o que, certamente, dificulta qualquer tentativa de individualização da categoria.²²⁶ Ao destacar a ambiguidade que cerca o tema, M. Bianca lembra que trata-se de fórmula que evoca, ao mesmo tempo, antigas categorias, como a *Zwecksatzung de Bekker*; e novas construções, relacionadas, principalmente, ao aspecto dinâmico do patrimônio.²²⁷ Enquanto o primeiro exige uma abordagem histórica, o segundo remete a uma análise funcional de velhas estruturas e formas já bastante conhecidas: como a limitação da responsabilidade dos sócios.

²²⁵ Nesse sentido: IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p.130.

²²⁶ ZOPPINI, Andrea. Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, parte I, 2002, p.545.

²²⁷ “Qui destinazione e separazione sono elementi inscindibili. Il secondo motivo ha un contenuto culturale e nasce dalla riflessione in ordine al ruolo che la destinazione ha svolto negli studi sui patrimoni separati. Il rapporto tra destinazione del patrimonio e separazione unisce in una linea di continuità la tradizione e la modernità. Gli studi sulla separazione del patrimonio sono studi che partono dall'analisi della nota teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo elaborata dalla pandettistica tedesca (c.d. *Zweckvermoegenstheorie*) e approdata in Italia creando quel vivace dibattito tra Bonelli e Ferrara in ordine alla configurazione dei patrimoni di destinazione quali persone giuridiche o quali patrimoni assoggettati a speciali regole di responsabilità patrimoniale. Ma il tema della destinazione oggi ha ricevuto nuova linfa a seguito dei numerosi interventi del legislatore ed in particolare a seguito dell'inserimento nel corpo del codice civile dell'istituto dei patrimoni societari destinati ad uno scopo, nonché della recente introduzione dell'art. 2645-ter nel libro VI.” BIANCA, Mirzia. Atto negoziale di destinazione e separazione. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2007, p.197.

Na teoria de Bekker, a destinação era tratada como uma das variantes do termo disposição. A separação, presente no ato de dispor, poderia se apresentar como atribuição (*Zuwendung*), ao se verificar a transferência de uma vantagem, real ou pessoal, a outra pessoa; ou como destinação (*Zwecksatzung*), na qual não há essa alteridade subjetiva.²²⁸ Como lembra Paolo Spada, em face da técnica da personificação, que permite a completa separação entre a sociedade e seus membros, a contribuição dos sócios deixa de ser vista como destinação, mas como transferência para um novo sujeito: a pessoa jurídica.²²⁹ Acontece que, do ponto de vista empírico, observa-se, nesse processo de contribuição, a destinação de bens ou serviços a uma iniciativa coletiva ou individual. Da mesma forma, enquanto instituição, a empresa implica também em uma destinação patrimonial, que, na economia, recebe o tratamento de investimento vinculado a certa finalidade.

Na opinião de Spada, a articulação do patrimônio para determinada iniciativa econômica é feita, atualmente, a partir de duas técnicas principais: a personificação, que ele define como um “ente *allo scopo*”; e a destinação sem atribuição, quando não há a constituição de um novo sujeito.²³⁰ A ausência da subjetividade do patrimônio destinado reforça a antiga ideia de que a separação patrimonial não pode ser vista como monopólio da atribuição de personalidade jurídica, demonstrando que a técnica da destinação representa um modelo alternativo à personificação. A articulação patrimonial promovida por essas diferentes técnicas assume variadas funções, destacando-se, no ambiente econômico, a especialização da responsabilidade.

Tanto a destinação como a personificação podem ser utilizadas para garantir uma esfera de responsabilidade autônoma, impedindo que os credores de determinada atividade possam ultrapassar a linha da separação, para alcançar bens

²²⁸ Segundo Spada: “Mi piace qui ricordare l’intuizione di Bekker che già nel 1873 (6) vedeva nella destinazione (*Zwecksatzung*) una variante della attribuzione (*Zuwendung*) e suggestivamente presentava la prima come attribuzione ad uno scopo anziché ad un altro patrimonio (e qui sta, per me la radice della reticenza ad attribuire rilievo reale alle destinazioni non collettive; la destinazione individuale è sentita come precaria, perché il pensiero liberale nel momento in cui riconosce una *Zwecksatzung* individuale, non può non riconoscere una *Zweckabschaffung* altrettanto individuale).” SPADA, Paolo. Persona giuridica e articolazioni del patrimonio spunti legislativi recenti per un antico dibattito. *Rivista di Diritto Civile*. 2002, parte I, pag. 837.

²²⁹ SPADA, Paolo. Destinazioni patrimoniali ed impresa: patrimonio dell’imprenditore e patrimoni aziendali. In: DORIA, Giovanni. *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*. Torino: Gianpichelli, 2010, p.42.

²³⁰ SPADA, Paolo. Destinazioni patrimoniali ed impresa: patrimonio dell’imprenditore e patrimoni aziendali. In: DORIA, Giovanni. *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*. Torino: Gianpichelli, 2010, p. 43.

que não integram o patrimônio vinculado àquela iniciativa. Com efeito, sob o prisma da especialização da responsabilidade, poder-se-ia apontar uma aparente equivalência funcional, capaz de aproximar essa duas técnicas, consideradas distintas do ponto de vista estrutural.

Para sustentar a tese de que as duas técnicas podem ser consideradas equivalentes no plano funcional, Spada cita o exemplo da 12^o Diretiva do Conselho(89/667/CEE) ainda na vigência da Comunidade Económica Europeia (CEE), em matéria de direito das sociedades, voltada para a limitação da responsabilidade do empresário individual. De acordo com o seu artigo 7^o, um Estado-membro poderia optar pela sociedade unipessoal ou pela destinação patrimonial, desde que no segundo caso fossem previstas garantias equivalentes às impostas pela presente diretiva, bem como pelas outras disposições comunitárias.²³¹ Em face dessa orientação, observa-se que a diversidade estrutural que envolve a técnica da personificação e a da destinação patrimonial não representa, pelo menos no plano legislativo, um obstáculo para consecução de um mesmo objetivo: a limitação da responsabilidade do empresário individual.

Em face da alternativa conferida, Portugal, ao contrário da maioria dos outros países europeus, preferiu seguir o caminho do patrimônio de afetação com a criação do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL). De acordo com as razões expressas no Decreto-Lei n^o248/86, a opção pela via societária, diferentemente do que acontecia na Alemanha, esbarrava na fidelidade do ordenamento português ao modelo da sociedade-contrato.²³²

O fato de existir uma suposta equivalência funcional entre as técnicas da personificação e da destinação não significa, contudo, que o patrimônio de afetação

²³¹ Décima Segunda Diretiva do Conselho (89/667/CEE), art. 7^o “Um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um patrimônio afecto a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo1^o”.

²³² “Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura da sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser emitida no direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação da responsabilidade do empresário individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso direito se apresenta o outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico – o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Esta se afigura ser a solução preferível, apesar da inovação que representa e das acrescidas dificuldades de regulamentação que determina.” PORTUGAL. Decreto-Lei n^o 248/86.

possa ser utilizado sempre no lugar da pessoa jurídica.²³³ No próprio exemplo citado por Spada, não se pode deixar de ressaltar que o legislador português parece ter percebido, anos mais tarde, que o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada não atingiu o seu principal objetivo: estimular as pequenas e médias empresas.

Para reverter esse quadro, o Decreto-Lei n° 257/96 buscou contemplar a limitação da responsabilidade também pela via societária, com a previsão da sociedade unipessoal. Nas justificativas para adoção desse novo modelo societário, observa-se a constatação de que a técnica escolhida anteriormente não se mostrou apropriada, como se vê na seguinte passagem:

Fiel a doutrina tradicional, o legislador de então não conseguiu ultrapassar a concepção contratualista da sociedade e por isso rejeitou qualquer concessão à sua concepção institucional. Quedou-se pela constituição de um patrimônio autônomo afectado a um fim determinado, mas desprovido das soluções já nessa altura adoptadas pela Alemanha e pela França. Portugal tornou-se o único Estado membro da Comunidade Europeia a optar pela via do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Teve-se como indiscutível que a sociedade unipessoal não era instrumento apropriado à realidade do nosso país e daí enveredar-se por uma pretensa e difícil inovação. Negou-se a personalização a algo que a reclamava.²³⁴

Embora tenha reconhecido o equívoco anterior, a disciplina da sociedade unipessoal não revogou o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, de forma que no exercício individual da atividade empresarial há, atualmente, a possibilidade de se optar pela personificação ou pela destinação. Ainda que pese alguma dúvida sobre a natureza da destinação, o desenvolvimento de técnicas alternativas à atribuição de personalidade reforçam o valor instrumental da própria pessoa jurídica.

O patrimônio de afetação, nos termos apresentados pelo legislador português, contribui decisivamente para desnaturalizar a ligação da responsabilidade limitada com a pessoa jurídica. Ao lado da personificação, o ordenamento busca colocar à disposição dos interessados diversas técnicas para a

²³³ Para uma crítica à equivalência funcional descrita por Spada ver Adolfo Di Majo: “Lo studioso qui riferito, è indotto a riconoscere che esiste dunque ‘una equivalenza funzionale’, nel senso di una equivalenza nei risultati tra personalità giuridica e articolazione del patrimonio, nella misura in cui tecniche alternative pervengono allo stesso risultato. Ma siffatta equivalenza, se è tale dal punto di vista della garanzia, non è più tale ove si guardi all’obiettivo di neutralizzare un’azione giuridica dalle vicende biologiche dell’agente. In tal caso, articolazione patrimoniale e personalità non sono più equivalenti.” MAJO, Adolfo Di. *Responsabilità e Patrimonio*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 73.

²³⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei n° 257/96.

especialização e o fracionamento da responsabilidade patrimonial, sem que, para tanto, seja necessário atrelar a limitação do risco à técnica da personificação.²³⁵

Quando a análise da personificação em confronto com outras formas de separação se despreende da perspectiva estrutural, observa-se que essas diferentes disciplinas representam técnicas funcionalmente análogas, uma vez que podem, em um dado contexto, ser utilizadas para a redistribuição do risco da atividade para os credores. Com a constatação dessa equivalência funcional não se busca ofuscar as diversidades estruturais que marcam esses institutos, mas destacar a existência de problemas que são comuns, como ocorre, por exemplo, quando o risco é transferido para terceiros que não se encontram em condição de repassá-lo.

A possibilidade de segregação patrimonial revelou um novo critério de unificação, no qual se destaca a destinação de recursos à satisfação de interesses juridicamente qualificados. Nesse novo cenário, a técnica da personificação passa a ser vista apenas como uma das formas para se garantir esse tratamento unitário, convivendo, assim, como outros métodos, tal qual a destinação patrimonial. A revisão da concepção subjetiva do patrimônio, no século passado, com a admissão de que um único titular poderia ter mais de um patrimônio, demonstrou que o processo de unificação de situações jurídicas não é mais dependente da intermediação do sujeito-titular.

A naturalização não se mostra presente apenas quando a pessoa jurídica é tratada como se fosse o único mecanismo para garantir a articulação de um

²³⁵ O Projeto de Lei nº 4.605/09 trata da introdução da figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL) no Brasil, através da inclusão do Art. 985-A ao Código Civil. “Art. 980-A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País. §1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. § 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente. § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.” O projeto estabelece ainda a inclusão da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada no rol do artigo 44 como pessoa jurídica de direito privado.

patrimônio em torno de uma finalidade. Como será visto em seguida, a forma como é interpretada a imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica reforça a naturalização, ao criar a ilusão de que esse processo seria idêntico ao mecanismo presente na pessoa natural.

3.4 Titularidade da pessoa natural x Titularidade da pessoa jurídica

3.4.1 Pessoa jurídica e imputação incompleta

Um sujeito de direito representa, do ponto de vista técnico, um centro autônomo em torno do qual é possível reagrupar situações jurídicas ativas e passivas que lhe são referidas. A existência de um centro subjetivo para a referência de atos e fatos jurídicos, presente tanto na pessoa jurídica como na pessoa natural, não significa que as sociedades, associações e fundações devam ser tratadas como se existisse um super-indivíduo, portador dos seus próprios interesses e vontade. Para evitar esse tipo de prática, não há necessidade de se extirpar a pessoa jurídica do vocabulário do Direito, o que, na verdade, nem é possível, uma vez que se trata de termo já incorporado ao mundo jurídico. Basta apenas exorcizar a visão antropomórfica que sempre acompanhou tal termo, ressaltando o seu caráter instrumental no processo de simplificação de um complexo de normas voltadas para regular comportamentos humanos.

Como foi visto, para Kelsen a pessoa jurídica apresenta um caráter instrumental, uma vez que permite uma visão unitária de uma pluralidade de normas.²³⁶ Partindo desse pressuposto, mas não concordando com os resultados obtidos na perspectiva Kelseniana, Scarpelli destaca que o termo pessoa jurídica deve ser visto como um conceito destinado à qualificação de determinados dados jurídicos.²³⁷ De acordo com essa concepção, existem termos no Direito, como as noções de negócio jurídico e direito subjetivo, que são utilizados com a particular

²³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²³⁷ SCARPELLI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc. Delle scienze di Torino*, série 3ª, Tomo , parte II.n 1, 1959, p.15.

função de permitir a combinação de operações lógicas com determinadas premissas normativas e de fato.²³⁸

Enquanto Hart²³⁹ afasta a possibilidade de definição desses conceitos, designados como qualificadores, optando por recorrer ao método da elucidação, a partir do exame das situações nas quais eles são utilizados, Scarpelli sustenta que seria possível retirar dessa utilização variada uma regra comum. A definição de um conceito qualificador poderia ser obtida, assim, determinando-se as condições presentes nas conclusões normativas que resultam do seu uso.²⁴⁰ Ao contrário de uma definição direta, descontextualizada, busca-se uma definição condicional, capaz de englobar a premissa de fato e de direito responsáveis pela conclusão normativa alcançada com a utilização do conceito. A determinação das condições presentes na sua utilização faz com que o jurista possa perceber que o nível de linguagem em que esses conceitos operam não representa o material bruto sobre o qual se exercita o trabalho do intérprete. Trata-se de um segundo nível, que não se confunde com o primeiro composto pelas normas, fatos e comportamentos que representam o principal objeto do discurso jurídico.

Nesse processo, as condições normativas e de fato se aglutinam para formar os pressupostos que determinam a utilização do termo pessoa jurídica, o qual passa, assim, a evocar a existência de determinada disciplina jurídica. Essa disciplina especial conduz a um tratamento jurídico próprio, de forma que a simples presença de um agrupamento humano ou de um patrimônio destinado não se mostra, por si só, suficiente para justificar a utilização do termo em questão. Para Scarpelli, nas condições de uso do conceito de pessoa jurídica se constata uma pluralidade de fatos, atuais e possíveis, responsáveis pela constituição, direta ou indiretamente, de direitos e deveres; bem como atos de exercício de direitos e de adimplemento de deveres.²⁴¹ O ponto em comum presente nas variadas práticas discursivas em que se mostra presente o termo pessoa jurídica resulta da interdependência entre todos esses fatos, de forma que a relevância jurídica de um

²³⁸ SCARPELLI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc.* Delle scienze di Torino, serie 3ª, Tomo, parte II.n 1, 1959,p.17.

²³⁹ HART, Herbert L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. *The Law Quarterly Review.* v. 70,1954.

²⁴⁰ SCARPELLI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc.* Delle scienze di Torino, serie 3ª, Tomo , parte II.n 1, 1959, p.66.

²⁴¹ SCARPELLI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc.* Delle scienze di Torino, serie 3ª, Tomo , parte II.n 1, 1959, p. 70.

dependa da sua relação com os outros fatos.²⁴²

Segundo o modelo adotado pelo ordenamento, a situação que envolve a compra de um imóvel entre A e B poderia ser facilmente transferida para a pessoa jurídica, com a simples substituição dos dois centros de referência subjetiva por uma sociedade, fundação ou associação. Não se pode negar que existem semelhanças nos dois processos, haja vista que a dualidade de sujeitos permite o tratamento unitário de uma variedade de fatos jurídicos, reunidos em torno de um referencial subjetivo. Da mesma forma, em cada processo de unificação se observa a presença de um centro de interesses. No entanto, essa aparente identidade não pode ofuscar as substanciais diferenças presentes nas situações que envolvem a pessoa jurídica. Quando se trata da pessoa natural, todos os fatos e atos realizados são facilmente reunidos em torno do seu ponto de referência unitário: o homem que os praticou ou que foi, no caso, representado por outra pessoa. Ainda que exista uma variedade de interesses, todos são unificados em torno do seu real portador. Daí porque o ponto de confluência de todos os fatos dotados de relevância jurídica, permitindo um tratamento unitário, resulta, naturalmente, da individualidade que é inerente a qualquer ser humano.

Já no caso da pessoa jurídica, ao contrário, não há um ponto de referência natural, como acontece com o homem, o que faz com que a reunião dos fatos em torno do sujeito jurídico se estabeleça em função do ordenamento interno, responsável pela determinação do papel de cada pessoa envolvida naquela estrutura.²⁴³ Embora forneça aquele mesmo ponto de referência subjetivo, no caso da pessoa jurídica essa unificação somente se torna possível em face da existência daquele ordenamento parcial que, além de unificar os interesses, coordena e disciplina os objetivos, atividades e os meios, permitindo, assim, uma visão unitária daquela pluralidade de fatos jurídicos.²⁴⁴

Ao se afirmar que o conceito de pessoa jurídica seria enquadrado na categoria dos conceitos qualificadores, os quais permitem realizar conclusões normativas, isso não significa que o termo somente tenha uma função sintática, uma

²⁴² SCARPELI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc.* Delle scienze di Torino, serie 3ª, Tomo , parte II.n 1, 1959, p. 73.

²⁴³ SCARPELI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc.* Delle scienze di Torino, serie 3ª, Tomo , parte II.n 1, 1959, p.70.

²⁴⁴ ZATTI, Paolo. *Persona giuridica e soggettività.* Padova: CEDAM,1975, p. 178.

vez que todo conceito qualificador tem também uma função pedagógica.²⁴⁵ Da mesma forma que o aprendizado do termo pessoa natural permite a identificação da presença do ser humano, deve-se, de forma análoga, pensar que o termo pessoa jurídica implica na existência de um ordenamento parcial, que, em contato com o ordenamento geral, exerce uma função relevante nas chamadas pessoas jurídicas.²⁴⁶ Com isso, recupera-se a dualidade subjetiva, mas sem que, para tanto, seja necessário identificar a pessoa jurídica com a pessoa natural. Das diferenças que envolvem os processos de referência de atos e fatos ao homem em relação ao grupo organizado, resultam também consequências na análise dos mecanismos de imputação e de titularidade.

O termo imputação é frequentemente utilizado com significados diferentes. Em algumas situações, revela a ligação de uma determinada conduta com a pessoa responsável pela ação. Nesse sentido, afirma-se que o ato praticado pelo órgão pode ser imputado à pessoa jurídica da qual faz parte. Ao mesmo tempo, a imputação é invocada para indicar a ligação normativa de uma premissa com a consequência expressa na proposição jurídica. No segundo caso, trata-se de um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é conectado à determinada consequência em função de um conector expresso pelo termo “deve ser”, isto é, “o princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser”.²⁴⁷ Para evitar esse tipo de confusão, Kelsen propôs a distinção entre imputação central e periférica. Na primeira, observa-se a utilização da noção de “referência”, uma vez que a conduta do órgão, por exemplo, é “referida”, ou seja, interpretada como conduta da própria pessoa jurídica. Já na imputação periférica, observa-se a conexão normativa entre consequência e pressuposto.²⁴⁸

Em relação à pessoa natural, como a norma já determina o elemento material e o elemento pessoal do comportamento, essa imputação central ocorre de forma direta. Nas situações que envolvem a pessoa jurídica, Kelsen observava que o elemento pessoal mostra-se dissociado do elemento material, uma vez que a caracterização do primeiro depende do reenvio ao ordenamento parcial da pessoa jurídica, responsável pela individualização dos fatos que serão referidos ao sujeito

²⁴⁵ ZATTI, Paolo. *Persona giuridica e soggettività*. Padova: CEDAM, 1975, p. 178.

²⁴⁶ ZATTI, Paolo. *Persona giuridica e soggettività*. Padova: CEDAM, 1975, p. 180/

²⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 208.

abstrato, como se vê na seguinte passagem:

Por isso, a ordem jurídica, quando – como se diz – impõe deveres ou confere direitos a uma corporação, determina apenas o elemento material da conduta que forma o conteúdo do dever ou do direito e deixa ao estatuto a determinação do elemento pessoal, que dizer, a determinação do indivíduo que tem de cumprir o dever ou exercer o direito, de forma que a relação entre a ordem jurídica estadual e a pessoa jurídica a que ela impõe deveres ou confere direitos é a relação entre duas ordens jurídicas: uma ordem jurídica total e uma ordem jurídica parcial.²⁴⁹

É importante assinalar que a referência de fatos ao ordenamento particular da pessoa jurídica não significa que haveria uma relação lógica e direta entre cada fato e o grupo organizado. Afirmar que, no caso da pessoa jurídica, o processo de “referência” é feito por meio da intermediação do ordenamento parcial implica somente em destacar que a análise da conexão de fatos e atos jurídicos ao grupo organizado não pode ser feita tomando como base a pessoa natural. Acontece que, na maior parte dos casos, o discurso jurídico, quando se refere aos direitos e deveres do sujeito da imputação, não procura ressaltar a diferença de significados que o predicado deve assumir nos casos em que o sujeito referido é a pessoa jurídica.

A interpretação uniforme se legitima na ideia segundo a qual os direitos e deveres são vistos de forma unitária, como objetos pertinentes a uma esfera subjetiva. Desse modo, observa-se uma neutralização da predicação, uma vez que os significados dos conceitos de propriedade, débito e crédito são tratados como se fossem invariáveis. Essa suposta identidade de significados representa uma falácia, uma vez que a predicação de direitos e deveres não se mostra indiferente aos diversos sujeitos. A afirmação de que “Carlos é sujeito de direitos” pode ser interpretada como se a sua identidade representasse um veículo para a coordenação da disciplina da totalidade de fatos e atos que lhe são referidos. O mesmo não ocorre no caso em que o sujeito se refere a uma sociedade ou associação. Nas situações envolvendo um grupo personificado, esse processo se apresenta de forma mais complexa, uma vez que a individualização dos comportamentos regulados decorre da intermediação de um ordenamento particular que disciplina a cooperação dos vários sujeitos, distribuindo faculdades, poderes e deveres.

²⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.209.

Para evitar esse tipo de confusão, deve-se notar que a subjetividade do grupo é uma subjetividade diferenciada, apenas análoga à subjetividade do sujeito individual. Em face dessa subjetividade particular, como deve ser visto o processo de imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica? Do ponto de vista da disciplina normativa dos fatos e comportamentos, o ingresso da pessoa jurídica no papel de sujeito não pode ser tratado pelo modelo de imputação que resulta do paradigma do sujeito individual. Nesse sentido, pode-se falar de uma imputação incompleta, uma vez que a referência à pessoa jurídica não alcança, definitivamente, os verdadeiros destinatários da imputação.

A análise da imputação incompleta encontra-se associada, como foi destacado, aos nomes de Kelsen e D'Alessandro. A partir do momento em que a pessoa jurídica passou a ser vista como um símbolo incompleto, principalmente no contexto do nominalismo italiano, a atenção se voltou para a investigação do mecanismo de imputação. Uma vez caracterizada a incompletude do termo, o processo de imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica também deveria, conseqüentemente, ser visto apenas como um processo preliminar, dependente da determinação daqueles indivíduos que, em face do contrato ou estatuto, seriam os verdadeiros destinatários.²⁵⁰

Na construção desse modelo, D'Alessandro recorreu à noção de imputação a dois tempos utilizado por Kelsen. As normas que se referem às pessoas jurídicas identificam inicialmente um ordenamento parcial específico (contrato ou estatuto), que, por sua vez, determina o elemento pessoal dos comportamentos que foram impostos à pessoa jurídica, mas que possuem como destinatários indiretos os indivíduos que a integram. Desse modo, as normas que se referem à pessoa jurídica poderiam ser traduzidas, em função do ordenamento parcial, em outras normas, nas quais o nome da pessoa jurídica não mais aparece.²⁵¹

A noção de imputação incompleta tem o mérito de lembrar que no interior

²⁵⁰ "L'imputazione alla persone giuridica è così un'imputazione incompleta. Essa determina l'elemento materiale del comportamento di cui si tratta, ma non anche quello personale. Quanto a quest'ultimo, la norma indirizzata allá persona giuridica svolge soltanto una funzione preliminare, lo rende determinabile ma non ancora determinato. È quindi netta la differenza fra la funzione svolta dal nome próprio di un individuo e quella svolta dal nome di una persona giuridica". D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analyse del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p. 66.

²⁵¹ "La conclusine cui l'analisi delineata conduce `e che le norme riferite alla persona giuridica – ossia, dal punto di vista lingüístico prescelto: le proposizioni normative che contengono il nome di una persona giuridica – sono traducibili in una più altre norme ove il nome della persona giuridica non compare più". D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analyse del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989, p.71.

da pessoa jurídica a menção aos interesses, à vontade, não pode ter como referência o ente abstrato, mas apenas o ser humano, que representa o verdadeiro responsável pelas ações e omissões imputadas, metaforicamente, ao ente abstrato. No entanto, ao contrário de Kelsen e do próprio D'Alessandro, as particularidades presentes no processo de imputação à pessoa jurídica não podem levar à conclusão de que os sócios e associados representariam, no lugar da pessoa jurídica, os verdadeiros sujeitos titulares. Como lembra Arangio-Ruiz, em lição já considerada clássica, nenhuma situação jurídica pertinente ao grupo pode ser pensada como se fosse idêntica a uma situação individual.²⁵² Quando a imputação incompleta é utilizada para demonstrar que o destinatário final do processo é sempre o indivíduo, que se encontra sob o rótulo do sujeito, observa-se apenas a alteração de modelos que, no fundo, apresentam o mesmo fundamento ideológico: o individualismo.

No presente trabalho o termo imputação incompleta não é utilizado para substituir a pessoa jurídica pelo indivíduo, mas para ressaltar que no interior de todo grupo organizado há um processo de coordenação que interfere na própria imputação. A indicação de que um grupo personificado titulariza determinado direito ou dever fornece, assim, apenas uma informação parcial, referente às condições iniciais do sistema de imputação descrito. A compreensão de todo processo depende, contudo, da análise de como essa titularidade será processada pelo filtro da organização da pessoa jurídica em questão. A afirmação de que essa imputação é incompleta demonstra que não há espaço, no caso das associações, fundações e sociedades, para uma interpretação direta e uniforme, desvinculada da análise, em concreto, do papel exercido pela organização na conexão do conjunto de fatos jurídicos.

Enfim, quando se imputam direitos e obrigações a uma pessoa jurídica, nota-se a presença de um complexo de pressupostos que se desenvolvem em torno de dois parâmetros. De um lado, observa-se um modo particular de valoração normativa de ações, diferente do modelo usado para a imputação à pessoa natural. De outro, a função desempenhada pelo ordenamento da pessoa jurídica, o qual permite uma via de valoração em concreto das condutas reguladas.

²⁵² “Nessuna situazione giuridica facente capo all’ ‘ente morale’ si potrebbe ragionevolmente risolvere in una situazione individuali dello stesso tipo o su parti dello stesso oggetto (quote).” CAMPOBASSO, Mario. *L'imputazione di conoscenza nelle società*. Milano: Giuffrè Editore, 2002, p.190.

3.4.2 O sujeito como elemento externo da relação jurídica

Além da imputação incompleta, a mudança de perspectiva do sujeito para a situação jurídica representa uma passagem fundamental para a compreensão da própria desnaturalização da pessoa jurídica. Como assinala Perlingieri, as situações jurídicas subjetivas podem ser analisadas segundo perfis diferentes, sendo que o interesse representa o seu elemento central.²⁵³ Quando se questiona a legitimidade de uma determinada situação jurídica, verifica-se que o interesse, existencial ou patrimonial, representa o fundamento que a justifica. Esse interesse, na sociedade atual, não se confunde com o interesse egoístico de cada pessoa, como se o Direito, principalmente o privado, fosse estruturado apenas em torno do indivíduo, isoladamente considerado. Na verdade, o ordenamento sempre procura filtrar quais são os interesses dignos de proteção, de forma que nesse processo “um interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”.²⁵⁴

Dessa diversidade, resulta uma situação jurídica complexa, que procura amalgamar poderes, ônus, direitos, deveres e obrigações, funcionalizando-os em torno dos interesses que são realmente dignos de tutela (individuais, coletivos, difusos). Ao mesmo tempo, torna-se imperioso perceber que a complexidade não se restringe apenas à pluralidade desses elementos, que se escondem por trás de cada situação jurídica. A verdadeira complexidade decorre do fato de que o Direito Privado se desenvolve em torno de uma convivência, nem sempre tranquila, entre situações patrimoniais e situações não patrimoniais.²⁵⁵

²⁵³ "Le situazioni giuridiche soggettive vanno considerate sotto diversi profili tra loro concorrenti. Quanto all'effetto, ogni situazione è effetto di un fatto; quanto all'interesse (esistenziale o patrimoniale che sia), esso costituisce il fondamento giustificativo della situazione. Rilevante è anche il profilo dinamico: la situazione soggettiva si coglie come concetto di durata che vive nel suo essere continuo riferimento per la qualificazione di una pluralità di comportamenti. Infine, nel momento del suo esercizio, l'interesse si traduce in comportamento e di solito in attività." PERLINGIERI, Pietro; PASQUALE, Femia. *Nozioni Introduttive e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p.110.

²⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.

²⁵⁵ “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existência, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais não são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às

Em relação ao perfil dinâmico, tem-se que toda situação jurídica se apresenta como um conceito que permite a qualificação de uma pluralidade de comportamentos. Na verdade, a situação jurídica foi concebida para conferir forma conceitual ao comportamento humano, sem que, para tanto, fosse necessário engessá-lo em categorias estáticas. Ocorre que nesse processo o sujeito, juridicamente considerado, não seria um elemento imprescindível para a situação jurídica “podendo existir interesses — e, portanto, situações — que são tuteladas pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular”.²⁵⁶

Mesmo antes de Perlingieri, a doutrina já havia percebido que a construção da relação jurídica em torno da dualidade subjetiva comportava importantes exceções, nas quais não se verificava uma relação entre sujeitos. Em 1953, Pugliatti ressaltou que o modelo utilizado para retratar a extinção das obrigações por confusão necessitava de alguns ajustes, uma vez que não se mostrava adequado para regular algumas hipóteses referentes à herança, títulos de crédito e à unipessoalidade temporária das sociedades.²⁵⁷ Como nem sempre a reunião, no mesmo titular, da qualidade de credor e devedor resultava na extinção da relação obrigacional, havia a necessidade de se buscar uma outra sistematização que fosse capaz de explicar o fenômeno em questão.

A solução apontada por Pugliatti consistia em se admitir que ao lado do conceito tradicional de obrigação, haveria também uma forma alternativa de se contemplar a relação jurídica obrigacional: o denominado “*rapporto giuridico unisoggettivo*”.²⁵⁸ O fato de o legislador não se mostrar fiel ao dogma de que não se pode conceber uma relação jurídica com um único sujeito, exigia do jurista uma nova forma de abordagem, que fosse capaz de explicar o fenômeno caracterizado pela dualidade de situações pertinentes ao mesmo titular. Embora essa visão da relação unisubjetiva tenha sido importante para relativizar o papel do sujeito abstrato no ordenamento, o próprio Pugliatti a situava como um modelo limitado, destinado a tratar, temporariamente, hipóteses que deveriam ser vistas como

quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

²⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.107.

²⁵⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *Il Rapporto giuridico unisoggettivo*. In: *Studio in onere di Antonio Cicu*, v.2. Milano: Giuffrè, 1951.

²⁵⁸ PUGLIATTI, Salvatore. *Il Rapporto giuridico unisoggettivo*. In: *Studio in onere di Antonio Cicu*, v.2. Milano: Giuffrè, 1951, p.15.

verdadeiras exceções.

Na construção desenvolvida por Perlingieri, ao contrário do caráter excepcional da teoria de Pugliatti, as situações jurídicas se apresentam como os principais elementos da relação jurídica. Ao destacar que o sujeito não representa um conceito essencial da situação subjetiva, Perlingieri relativiza exatamente a noção de titularidade, entendida agora como elemento externo da relação, sendo utilizada apenas para indicar a ligação entre a própria situação e o seu titular.²⁵⁹ Essa forma de abordagem revela-se importante uma vez que rompe com a análise tradicional, iniciada principalmente com Savigny, que entendia que toda a relação jurídica somente poderia ser descrita com a determinação de um sujeito de direitos e deveres, o que, por sua vez, ressaltava o papel da titularidade.²⁶⁰

No momento em que a relação jurídica é vista apenas como um vínculo entre sujeitos, os diversos perfis, que acompanham qualquer situação jurídica, são definidos com base na posição do titular. Nesses casos, a imputação assume um caráter subjetivo, na medida em que a unificação dos interesses relaciona-se exclusivamente com a ligação da situação ao único sujeito.

Da apresentação da situação jurídica apenas pelo prisma da imputação subjetiva, decorre o entendimento de que o poder de decisão é conferido ao titular, responsável pela determinação da finalidade e dos interesses que deverão nortear a utilização dos recursos. Acontece que, como já destacado, pessoa natural e pessoa jurídica se apresentam, do ponto de vista dos processos de decisão, de formas completamente diferentes, uma vez que todo grupo organizado pressupõe uma estrutura de governo, ainda que mínima, para coordenação dos recursos. A análise do sujeito como elemento externo da relação jurídica permite, pelo menos em tese, separar a titularidade desse processo de coordenação que se dá no interior das

²⁵⁹ "Il rapporto, sotto il profilo strutturale, è dunque relazione tra situazioni soggettive e non tra soggetti; ma, dal punto di vista funzionale, è regolamento di interessi e si configura come l'ordinamento del caso concreto. Il rilievo funzionale del rapporto si manifesta quale prosecuzione della funzione del fatto." PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p.66.

²⁶⁰ "In una visione rispondente ai principi di solidarietà sociale, il concetto di rapporto giuridico rappresenta il superamento della tendenza che esaurisce la costruzione del diritto civile soltanto in termini di poteri. L'ordinamento è non soltanto un insieme di norme, ma anche un sistema di rapporti. La definizione tradizionale costruisce il rapporto giuridico come relazione tra soggetti. È definizione non esatta poiché vi sono molteplici ipotesi nelle quali mancano due soggettive. Una situazione soggettiva può essere anche priva di soggetto determinabili a priori". PERLINGIERI, Pietro; PASQUALE, Femia. *Nozioni Introdotte e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p.112.

sociedades, associações e, até mesmo, das fundações.²⁶¹

Diante desse modelo alternativo que se articula em torno da noção de situação jurídica subjetiva, pode-se pensar que a concepção do sujeito como elemento externo da relação jurídica implica, necessariamente, na eliminação da visão tradicional de um vínculo intersubjetivo. Trata-se, no entanto, de uma visão que não se coaduna com a tese sustentada no presente trabalho. Quando se afirma que a relação jurídica pode ser pensada sem que, para tanto, tenha que se recorrer à dualidade dos sujeitos titulares, o que se busca é apenas permitir que a unidade externa da pessoa jurídica não venha a comprometer a diversidade de situações desenvolvidas no interior de um grupo organizado. Com isso, procura-se ressaltar que a imputação subjetiva não se mostra capaz de retratar, em toda a sua plenitude, o mecanismo de coordenação articulado no interior dos entes chamados de pessoa jurídica. No lugar de se atrelar o processo de imputação à titularidade, a atenção do intérprete volta-se para as relações estabelecidas entre os distintos centros de interesses constituídos no interior do mesmo sujeito.

As particularidades presentes no processo de imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica não se restringem aos problemas anteriormente descritos, alcançando também situações que não são suscetíveis de valoração econômica. A simples transposição da lógica da capacidade de direito para a análise de questões existenciais produz algumas distorções, ao atrelar a tutela do ser humano a modalidades previamente concebidas.²⁶² A questão se torna ainda mais grave nas situações que envolvem a pessoa jurídica, esta, comumente, é retratada como se fosse a verdadeira titular de direitos concebidos para o ser humano, como será abordado no próximo item.

²⁶¹ "Il legame tra soggetto e situazione soggettiva prende il nome di titolarità. Il soggetto non è elemento essenziale per l'esistenza della situazione soggettiva; infatti vi sono interessi - e quindi situazioni - tutelati dall'ordinamento che non hanno ancora un titolare. Si pensi alla donazione a favore di nascituri o di non concepiti: dal momento della donazione fino alla possibile nascita del soggetto esiste già l'interesse giuridicamente tutelato (la situazione che dovrà far capo al donatario o comunque al soggetto nascituro) ma non il soggetto titolare dell'interesse". PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p.72.

²⁶² Os conceitos de titularidade e direito subjetivo não se mostram, na verdade, adequados a garantir a plena tutela do ser humano, como já havia observado Maria Celina Bodin de Moraes: "Por outro lado, tampouco há que se falar exclusivamente em 'direitos (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjetivos, mas através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas que podem apresentar-se, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 113.

3.5 Pessoa jurídica e a “titularidade” das situações existenciais

3.5.1 O discurso dos direitos da personalidade e/ou fundamentais da pessoa jurídica

Os direitos fundamentais, de que são espécies os direitos da personalidade, tomados em um raciocínio analítico, podem ser compreendidos como uma relação triádica, composta pelos elementos: (1) titular ou portador do direito; (2) objeto do direito; e (3) destinatário – (T - O - D).

Por objeto da relação, compreende-se o bem jurídico tutelado e o decorrente conjunto de situações fáticas acomodáveis ao âmbito de proteção da norma de direito fundamental (vida, liberdade de locomoção, de expressão, honra, imagem, etc.). Por destinatário da relação, compreende-se o sujeito passivo, isto é, aquele para o qual surgem obrigações, de abstenção e de ação, em decorrência do direito consagrado ao titular, aquele que suporta, que se sujeita à relação de direito fundamental, historicamente associado à figura do Estado. E, por titular, compreende-se o sujeito ativo da relação, aquele que, uma vez consagrada a norma de direito fundamental, coloca-se em posição jurídica privilegiada, no sentido de poder exigir ações e omissões do destinatário. Sob o prisma da dogmática dos direitos fundamentais, são de extremo relevo as distinções entre as relações obtidas se na figura do titular se verifica uma pessoa física ou uma pessoa jurídica; se na figura do destinatário se tem o Estado ou um particular; e se o objeto refere-se a uma ação positiva ou a uma abstenção.²⁶³

Quando a análise se volta para a titularidade dos direitos fundamentais há a necessidade de se estabelecer quem se beneficia com a afirmação desses direitos. Inicialmente, os direitos fundamentais, em face da influência jusnaturalista, foram pensados para a tutela do indivíduo perante o Estado.²⁶⁴ Como a ordem jurídico-política se estruturava exclusivamente a partir de uma concepção liberal, somente

²⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 194.

²⁶⁴ “Parece que el punto de arranque en la historia de los derechos fundamentales se encuentra precisamente en la nueva concepción del sujeto y de su posición en la organización política: contrato social y derechos naturales del hombre serán, pues, los cimientos de las Declaraciones del Derechos de finales del XVIII y, a la postre, del Estado constitucional”. IGLESIAS, Gema Rosada. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, p.21.

eram considerados verdadeiros direitos aqueles individuais.

Se, por um lado, era conferida grande importância às liberdades individuais, havia, por outro, grande receio em relação às corporações, consideradas, até então, verdadeiros símbolos do Antigo Regime. Em face desse contexto, voltado, quase que exclusivamente, para a proteção do indivíduo, poder-se-ia pensar que a tutela dos direitos fundamentais se mostrava incompatível com o conceito de pessoa jurídica. No entanto, a transposição, gradual, do conceito de direito subjetivo para o Direito Público, a partir da obra de Georg Jellinek²⁶⁵, promoveu o desenvolvimento de um ambiente teórico propício para a revisão da própria noção de titularidade.

Na sua obra "Sistema dos direitos subjetivos públicos", Jellinek procurou retratar a relação do Estado com o indivíduo através de quatro situações jurídicas (*status*): *status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo. Em algumas situações, segundo o autor, observa-se uma relação de sujeição perante o Estado, o que caracterizaria um *status* passivo, já que o indivíduo se apresenta, nesses casos, apenas como titular de deveres, resultantes da competência estatal de impor ordens e obrigações²⁶⁶.

Em outros casos, é reconhecida uma esfera de liberdade individual, um *status libertatis* ou negativo, no qual o indivíduo se encontra livre para agir, e pode exigir abstenções do Estado, ausência de interferência estatal. Já no *status* positivo, a pessoa possuiria a capacidade de exigir prestações positivas em face do Estado. Jellinek reconhecia ainda um *status* ativo ou político, relacionado à possibilidade de participar na formação da vontade pública²⁶⁷.

Com o objetivo de analisar se essas situações jurídicas seriam aplicáveis à pessoa jurídica, Jellinek utiliza como elemento fundamental a noção de fim. Segundo o autor, onde existe um fim constante e autônomo, que não se encontra conectado a um indivíduo em especial, o ordenamento deve, necessariamente, reconhecer um sujeito destinado a garantir a realização desse fim.

Feitas essas considerações, ele passa a discorrer sobre o que diferenciaria a capacidade da pessoa jurídica da capacidade do indivíduo, chegando, ao final, à conclusão de que a primeira não poderia ser titular das pretensões direcionadas

²⁶⁵ JELLINECK, Georg *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254.

²⁶⁶ JELLINECK, Georg *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 256.

²⁶⁷ JELLINECK, Georg *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 258-269.

exclusivamente ao ser humano. No entanto, afirma que isso não implica que a pessoa jurídica não possa se relacionar com o Estado, o que, por sua vez, justificaria a atribuição de determinados *status*, tendo em vista os seguintes argumentos:

I - Fazendo referência até a uma suposta responsabilidade penal, afirma que não se pode negar à pessoa jurídica um status passivo, já que todas as corporações possuem deveres e obrigações perante o Estado;

II - Toda pessoa jurídica requer, para a consecução de suas finalidades, uma esfera de liberdade na qual possa atuar sem a interferência estatal, de forma que poderia lhe ser reconhecido um status negativo;

III - Em relação ao status positivo, afirma que, assim como acontece com a pessoa natural, toda pessoa jurídica tem o direito a ser reconhecida pelo ordenamento como um sujeito titular de direitos e deveres, bem como a invocar a tutela jurisdicional;

IV - Não escapa da análise do autor nem mesmo o status positivo, tendo em vista que quando o Estado confere funções públicas a determinadas pessoas jurídicas, elas acabam, mesmo que indiretamente, contribuindo para a formação da vontade do Estado²⁶⁸.

A análise da teoria dos *status* de Jellineck é importante para o desenvolvimento do tema da naturalização da pessoa jurídica, uma vez que, a partir dessa divisão, desenvolveu-se o entendimento de que os direitos fundamentais exercem múltiplas funções, entre as quais, a função de defesa, que assegura ao seu titular uma esfera de liberdade, alheia à ingerência do Estado. Com esse raciocínio, viabilizou-se na doutrina constitucional a extensão da titularidade dos direitos fundamentais à pessoa jurídica, mas não sem algum esforço argumentativo, como se verá adiante.

No ordenamento jurídico brasileiro, a discussão acerca da titularidade dos direitos fundamentais é toda contornada pela redação do *caput* do art. 5º, da Constituição²⁶⁹, isso porque, ainda que tais direitos não estejam previstos exclusivamente por esse dispositivo, dele aparentemente se extrai uma espécie de

²⁶⁸ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1970, p.356.

²⁶⁹ Art. 5º, *caput*, CF/88 – “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. BRASIL. Constituição Federal de 1988.

lógica geral para raciocinar os direitos fundamentais²⁷⁰. Ocorre que esse dispositivo, ao contrário do que se passa em alguns ordenamentos jurídicos²⁷¹, não menciona expressamente a pessoa jurídica, colocando em dúvida a possibilidade de este ente artificial titularizar direitos fundamentais.

A despeito do silêncio constitucional sobre a questão, doutrina, jurisprudência e mesmo a legislação infraconstitucional brasileira convergem, sem muita hesitação, para a assertiva de que pessoas jurídicas são, sim, titulares de direitos fundamentais. O artigo 52, do Código Civil brasileiro, estende à pessoa jurídica, no que for possível, a proteção dos direitos da personalidade. Na mesma linha coloca-se a súmula 227 do STJ, que reconheceu a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, a partir do entendimento de que a honra, inicialmente vista como um atributo do ser humano, envolveria um aspecto subjetivo e outro objetivo.²⁷² Como a honra objetiva estaria relacionada à reputação, seria também reconhecida aos entes jurídicos coletivos.²⁷³

²⁷⁰ “O *caput* do art. 5º reconhece os direitos fundamentais ‘aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País’. A norma suscita a questão de saber se os estrangeiros não residentes estariam aliados da titularidade de todos os direitos fundamentais”. BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350.

²⁷¹ Art. 19.3, Lei Fundamental de Bonn – “os direitos fundamentais regem também para as pessoas jurídicas na medida em que segundo sua natureza lhes sejam aplicáveis”.

²⁷² De acordo com o julgamento pelo STJ: “A honra objetiva pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente à pessoa física. Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa aos sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atual”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 60.033-2/MG. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 08/08/1995.

²⁷³ Segundo Ariana Fusaro, seria importante perceber que o direito à honra de uma associação encontra-se em um plano diferente do direito à honra de um indivíduo. Quando se questiona a possibilidade de a associação “Alfa” ser titular de um direito da personalidade, como a honra, a análise deverá ser feita tendo em vista os componentes da referida associação. Nesse aspecto, deve-se investigar se os membros em questão são realmente titulares de um direito à honra *uti universi*, isto é, se a honra representa um interesse que pode ser perseguido não apenas de forma individual, *uti singuli*, mas também de forma coletiva, sendo a sua tutela compatível com a norma de organização da própria pessoa jurídica. Nesse sentido, quando se afasta a possibilidade de um sujeito coletivo titularizar direitos pertinentes às relações familiares, não se trata de uma valoração em abstrato, mas da constatação de que a forma de tutela desses direitos é incompatível com a titularidade *uti universi*, ou seja, coletiva. Em relação à honra, não seria o caso de reconhecer sentimentos ao sujeito coletivo, mas apenas de admitir uma esfera de dignidade moral dos seus componentes em quanto participantes do grupo. Com efeito, a ofensa ao ente, representa, na

Na verdade, mais importante do que se afirmar em abstrato se a pessoa jurídica pode ou não ser titular desses direitos, é perceber como a naturalização do conceito de pessoa jurídica compromete o tratamento do tema, na medida em que obscurece qual seria o real significado dessa suposta titularidade.

Quando se observa o desenvolvimento do tema, constata-se que o debate se concentra na simples análise da subjetividade jurídica. A atribuição de personalidade jurídica, ao promover o desenvolvimento de um novo sujeito, já justificaria, por si só, o reconhecimento dos direitos da personalidade, como se observa na passagem de Carlos Alberto Bittar:

Por fim, são eles plenamente compatíveis com pessoas jurídicas, pois como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (art. 13, 18 e 20), fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, a símbolos e à honra.²⁷⁴

Como bem destacou Perlingieri, nota-se nessa operação um verdadeiro silogismo: se a pessoa jurídica pode ser considerada um sujeito para o Direito, assim como ocorre com a pessoa natural, então aquela deveria receber a mesma tutela desta.²⁷⁵ Essa equiparação acaba, como já destacado, negligenciando a diversidade de interesses que justificaram a personificação do ser humano em relação à personificação das sociedades, fundações e associações.²⁷⁶ Como resultado, compromete-se o sentido e a própria função das situações jurídicas

verdade, uma ofensa dirigida aos seus componentes, enquanto participantes daquele determinado grupo, ou seja, *uti universi*. De acordo com esse ponto de vista, a análise, em abstrato, da subjetividade jurídica do grupo perde importância, uma vez que, na análise do caso concreto, o foco passa a ser a diferenciação entre o momento individual (*uti singuli*) e o coletivo (*uti universi*). Nesse sentido: “Naturalmente nell’ applicazione pratica di questi principi occorre tenere conto del fatto che quando si lede la fama di un soggetto collettivo in realtà non si fa altro che colpire una pluralità di individui nella loro qualità di appartenenti al gruppo, intesi cioè *uti universi*. (...) Ocorre infatti che l’ ofesa si svolga su due piani distinti, riferendosi in maniera autonoma al singolo, da un lato, e al singolo in quanto appartenente ad un gruppo, dall’altro.” FUSARO, Ariana. *I Diritti della Personalità dei soggetti collettivi*. Padova: CEDAM, 2002, p.90.

²⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.13.

²⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale: il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.727.

²⁷⁶ Andrea Zoppini afirma que a aplicação analógica de normas pensadas para a proteção da personalidade assume, no caso da pessoa jurídica, um critério essencialmente funcional. Os direitos da personalidade da pessoa jurídica não são voltados para a tutela da dignidade ou do livre desenvolvimento da personalidade, representado, na verdade, um sistema destinado a permitir a realização da atividade e do escopo da pessoa jurídica, como se vê em: “infatti, nel ricorrere analogicamente alle norme dettate per i diritti della personalità si deve sempre considerare che la tutela degli enti collettivi non realizza un risultato finale, come nel caso delle persone fisiche, ma un interesse essenzialmente strumentale al conseguimento dello scopo sociale.” ZOPPINI, Andrea. *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*. *Rivista di Diritto Civile*. 2002, parte I, pag. 851.

subjetivas existenciais, que, com base nessa equiparação, passam a ter como ponto de referência não o ser humano, mas o sujeito titular de direitos e obrigações.²⁷⁷

A equiparação dos sujeitos acaba também por unificar indevidamente uma complexa diversidade de entes que se articulam sob o rótulo da pessoa jurídica. Da mesma forma que não se pode equiparar a personificação do ser humano com qualquer outro sujeito, deve-se notar que a pessoa jurídica não pode ser vista como um bloco unitário.²⁷⁸

No discurso acerca do reconhecimento dos direitos da personalidade da pessoa jurídica se constata, portanto, uma inversão: no lugar de se analisar a pertinência do conteúdo do direito em questão, por meio de uma valoração unitária, que leve em conta as particularidades de cada tipo de pessoa jurídica, procurou-se conferir um tratamento generalizante.²⁷⁹ Não há como conferir uma resposta legítima à questão da extensão dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, se a própria pergunta já pressupõe que o termo pessoa jurídica se refere a um conjunto unitário.

O artigo 52 do Código Civil, ao estabelecer que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, utiliza-se desse recurso que, no fundo, obscurece ainda mais a questão da admissibilidade do reconhecimento dos direitos e das liberdades fundamentais a sujeitos distintos do ser humano.²⁸⁰ Mais uma vez, constata-se que os problemas que envolvem a

²⁷⁷ “In altri termini, l’attribuzione della soggettività giuridica, sia alle persone fisiche sia agli enti, non presenta fondamento unico, bensì affonda le sue radici in principi diversi, anche di rango costituzionale, secondo la diversa rilevanza e intensità di tutela dei concreti interessi in gioco, Sì che la diversa rilevanza e intensità di tutela dei concreti interessi in gioco.” PERLINGIERI, Carolina. *Enti e diritti della persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p.29.

²⁷⁸ Nesse sentido Arianna Fusaro: “I gruppi organizzati che l’espressione individua hanno sicuramente delle caratteristiche eterogenee, al di là del dato formale del riconoscimento della personalità: anzi, la relatività, propria di ogni concetto giuridico, si accresce in tema di persona jurídica e proprio a causa dell’impossibilità di trovare un denominatore comune a tutte le situazioni che possono essere ricondotte a questa nozione”. FUSARO, Ariana. *I Diritti della Personalità dei soggetti collettivi*. Padova: CEDAM, 2002, p.11.

²⁷⁹ Como adverte Carolina Perlingieri, o nome e a identidade não revelam qualquer aspecto da “personalidade do ente”, sendo invocados para garantir, na prática, o exercício da atividade que lhe é correlata. Na tutela do nome da pessoa jurídica não se busca garantir a correta representação da pessoa nas relações sociais, mas apenas a proteção do livre desenvolvimento da função do ente em questão. Com efeito, há uma substancial diferença, em relação aos interesses tutelados, entre a função do nome da pessoa jurídica e daquele pertinente à pessoa natural. Nesse sentido: “la ratio dell’art. 9 c.c.(diritto al nome) deve essere individuata, infatti, nella tutela di un interesse attiente esclusivamente alla persona umana, la quale richiede di essere protetta in tutti i suoi molteplici aspetti per il solo fatto di ‘essere’, a differenza degli enti per i quali il riconoscimento di un sistema di garanzie presuppone la positiva valutazione del fine perseguito e dell’attività svolta.” PERLINGIERI, Carolina. *Enti e diritti della persona*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

²⁸⁰ Na lição de Gustavo Tepedino: “ainda em referência ao tema em questão, destaca-se a cláusula geral contida no art. 52 do Código Civil, segundo a qual ‘aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade’. Andou bem o legislador em não conferir à pessoa jurídica

titularidade da pessoa jurídica são formulados de forma equivocada. Ora, não se pode perguntar quais direitos podem ser estendidos sem antes precisar as particularidades presentes no processo de imputação à pessoa jurídica.

Ao contrário do que se observa com a pessoa natural, como já demonstrado, o mecanismo de imputação de direitos e deveres às sociedades, associações e fundações não se faz completo. Trata-se apenas da primeira fase de um processo, concretizado somente quando o direito em questão é confrontado com os indivíduos que, em face do contrato ou estatuto, encontram-se também como destinatários indiretos.

Para auxiliar essa reflexão sobre a titularidade de direitos da personalidade por pessoa jurídica, oportuno rememorar o importante caso “Wallraff”, julgado na década de oitenta na Alemanha, por meio do qual foram redefinidos, naquele contexto, os limites da liberdade de imprensa, em face à proteção das organizações empresariais²⁸¹.

O caso ficou conhecido como “Wallraff”, em referência a uma das partes envolvidas: o repórter investigativo Günter Wallraff, que trouxe à tona os métodos de trabalho de um dos maiores jornais da Alemanha, o tablóide “Bild”. Com a intenção de obter elementos que sustentassem a suspeita de que o citado jornal distorcia e manipulava fatos e a opinião pública, o repórter forjou uma nova identidade para se infiltrar, insuspeitamente, nos bastidores daquela empresa²⁸².

Finda a jornada investigativa, o repórter publicou as suas descobertas em um livro – Fábricas de Mentiras (*Der Aufmacher*)– que acabou se tornando alvo de grande disputa judicial. Sob a apreciação do Tribunal Federal alemão, a análise sobre a juridicidade da publicação suscitou o exame de duas questões principais, tendo em vista a falsa identidade do jornalista e suas verdadeiras intenções em

direitos informados por valores inerentes à pessoa humana. Limitou-se o dispositivo a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, e apenas no que couber, à proteção da pessoa jurídica. Esta, embora dotada de capacidade para o exercício de direitos, não contém os elementos justificadores (fundamento axiológico) da proteção à personalidade, concebidas como bem jurídico, objeto de situações existenciais.” TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.55.

²⁸¹ WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. (2006). *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010. Ver também: SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. de Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

²⁸² WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010.

torno do emprego no jornal: uma questão de natureza contratual – se as obrigações de confidencialidade e de lealdade transcenderiam o término do contrato; e outra, de natureza extracontratual – o peso da liberdade de expressão no caso²⁸³.

O aspecto dessa discussão que mais interessa ao raciocínio desenvolvido nesse capítulo diz respeito aos direitos da organização empresarial, em especial às razões que determinam a proteção do ente coletivo, comparativamente às que determinam a proteção jurídica do ser humano.

No caso Wallraff, o Tribunal, primeiramente, formou a convicção de que os fatos noticiados pelo repórter eram verdadeiros. Em seguida, o Tribunal relativizou o peso do argumento da reputação, em se tratando de uma organização empresarial. Ponderou que o argumento mais forte colocado pelo jornal correspondia à necessidade de se resguardar do conhecimento público a esfera interna do jornal²⁸⁴.

Embora tenha reconhecido que toda atividade empresarial pressupõe uma mínima confidencialidade, especialmente na área editorial (para a proteção dos informantes), o Tribunal foi enfático ao afirmar que as normas aplicáveis aos direitos de personalidade dos indivíduos não podem ser simplesmente transpostas para a proteção da atividade empresarial. Isso porque esse tipo de atividade não tem como foco principal as informações pessoais, e, sim, a segurança das operações econômicas. Trata-se, invariavelmente, de um interesse de natureza econômica²⁸⁵.

Parece ter sido determinante ao Tribunal, para mensuração do peso dos direitos e argumentos invocados no caso, o fato de uma das partes ser uma pessoa jurídica, o que culminou no enfraquecimento argumentativo dos direitos de personalidade por ela invocados. Por essa razão, o Tribunal considerou que a ilegalidade do meio de obtenção das informações não prejudicaria necessariamente a possibilidade de sua publicação. Em se tratando de organização empresarial, a diversidade de interesses precisa ser dimensionada, entre eles, os interesses dos trabalhadores e o próprio interesse do público.

Porque as informações eram relativas a um ambiente empresarial, e não a

²⁸³ WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010, p. 110.

²⁸⁴ WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010, p. 111.

²⁸⁵ WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010.

uma pessoa humana, o Tribunal voltou-se à análise do mérito da publicação, pouco se prendendo à ilegalidade do meio de obtenção. Como o livro não comprometeu as fontes do jornal, mas apenas destacou os métodos e ambiente do trabalho editorial, o Tribunal Constitucional Federal julgou que o interesse público em torno das informações era consideravelmente maior do que o interesse da empresa em mantê-las sob sigilo, pelo que indeferiu o pedido de liminar do “Bild”, permitindo a publicação de autoria do Wallraff²⁸⁶.

Sem se atentar para esse problema, da diferença entre as razões que determinam a proteção do ser humano e as que determinam a proteção da pessoa jurídica, a doutrina constitucional brasileira sustenta a tese da possibilidade de extensão dos direitos fundamentais a esses entes, desde que compatíveis com o seu caráter artificial²⁸⁷. Os argumentos utilizados para a defesa dessa tese podem ser resumidos da maneira seguinte: (1) tutelar a pessoa jurídica com direitos fundamentais é tutelar em última instância o próprio ser humano, sendo, assim, legítima a equiparação entre pessoas físicas e jurídicas; (2) os direitos que pressupõem habilidades específicas do ser humano, como a liberdade de locomoção, constituem a exceção que apenas confirma a regra da titularidade; (3) haveria direitos fundamentais, tutelados na Constituição, próprios da pessoa jurídica, como o direito de não-interferência estatal no funcionamento das associações (art. 5º XIX)²⁸⁸.

Essas premissas, não problematizadas, contribuem para um senso comum teórico no tema da titularidade de direitos fundamentais e/ou da personalidade por pessoas jurídicas. Para demonstrar a fragilidade dessa argumentação, será analisada a terceira e aparentemente principal premissa acima referida: existem direitos fundamentais próprios da pessoa jurídica. Com esse propósito, o tópico a seguir dedica-se plenamente à abordagem do direito fundamental de liberdade de associação, tomado nesse trabalho como campo de ensaio para a confirmação da

²⁸⁶ WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1490962>>. Acesso em 08 de agosto de 2010, p.126.

²⁸⁷ Por todos, Celso Bastos e Ives Granda: “Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o Texto disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade, seria forçoso convir que ele só beneficiaria as pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses, a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas”. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90.

²⁸⁸ BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

hipótese de que há em curso uma perigosa naturalização da pessoa jurídica.

3.5.2 Pessoa Jurídica e Liberdade de Associação

3.5.2.1 Um problema de titularidade de direitos fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 tutela no art.5º, do inciso XVII ao XXI, o direito fundamental de liberdade de associação de um modo bastante amplo.

XVII – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
 XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
 XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
 XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
 XX – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente²⁸⁹.

Da leitura dos enunciados constitucionais acima, percebe-se que não há qualquer referência conceitual sobre as associações e, principalmente, que não existe, nessa tutela constitucional, qualquer requisito formal ou estrutural para a criação das associações. Dessa maneira, verifica-se que a tutela da liberdade de associação não se dirige, à luz do texto constitucional, ao ente dotado de personalidade jurídica, mas sim a qualquer coligação entre indivíduos para fins lícitos. Não foi estabelecida pelo Constituinte uma relação necessária entre liberdade de associação e a figura da pessoa jurídica.

Ainda assim, como já se relatou nesse trabalho, a doutrina constitucional insiste em compreender o direito em questão como típico exemplo de direito fundamental especialmente criado para pessoas jurídicas.

Há casos ainda de direitos conferidos diretamente à própria pessoa jurídica, tal o de não interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º,

²⁸⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

XVIII) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX).²⁹⁰

E dessa premissa, sem respaldo na Carta Magna, é comum que se depreenda, ainda, o raciocínio de que: se existem direitos fundamentais próprios à pessoa jurídica, está sinalizado que não há problema em estender a esse ente outros direitos inicialmente pensados apenas para a pessoa natural.

O que motiva esse esforço argumentativo doutrinário? Haveria, independentemente da literalidade do texto constitucional, alguma relação intrínseca entre liberdade de associação e pessoa jurídica a ensejá-lo?

Para que esse questionamento possa ser adequadamente refletido, necessário compreender as razões que norteiam essa tutela, bem como, minimamente, o seu âmbito de proteção, isto é, o conjunto de situações fáticas que se pretende proteger com a consagração do direito de liberdade de associação.

Ao qualificar como plena a liberdade de associação, desde que para fins lícitos, e vedar a de caráter paramilitar, a Constituição de 1988, destacando o elemento finalístico das associações, pode contribuir para que esse direito seja entendido como acessório ou meramente instrumental. Nessa linha, associar-se seria importante na proporção do benefício que a união entre os indivíduos pudesse resultar à atividade ou à finalidade desejada.

Essa redução, porém, ofusca a verdadeira vocação dessa liberdade, que não se presta a meramente complementar as demais. Trata-se de direito com objeto autônomo e elementar à tutela do ser humano, pois é sensível a um elemento que compõe a própria natureza do homem – a sociabilidade²⁹¹ –, ou ao menos à necessidade do indivíduo de se sentir pertencente a um agrupamento, seja para potencializar a autoexpressão, seja para incrementar, mediante cooperação, alguma atividade que o realize, pessoal e/ou profissionalmente.

As associações foram historicamente percebidas como elemento de força para o ser humano, nos planos político, econômico e social, o que despertou,

²⁹⁰ BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

²⁹¹ "A sociabilidade faz, pois, parte da natureza racional do homem. Se este, com o auxílio de uma espécie de varinha mágica, *quasi virgula divina*, pudesse obter tudo o que quisesse, ainda assim, ele fugiria da solidão e procuraria alguém para falar e ouvir, ensinar e aprender (é o que diz Cícero, *De Officiis*, I, 58, contra o que está na *República*, II, 369, de Platão, em que a vida urbana é exposta como causada pela necessidade, e, também, diferentemente da Política, I, de Aristóteles, em que 'animal político', *politikon zoon*, está para significar que o modo ideal de existência humana consiste em viver na *polis*, ou cidade-estado)." AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

naturalmente, entusiasmo e preocupação. Desse modo, o Direito, nos mais diversos contextos históricos, não parece ter conseguido ser indiferente a essa tendência do ser humano em procurar pertencer a algum grupo, coeso em propósito, ideologia, pensamento, ou mesmo em fé. O fato de a liberdade de associação não ter sido contemplada pelas primeiras declarações de direitos se explica mais pelo sentimento de rejeição do que por indiferença, uma vez que essa liberdade rememorava a já aludida noção de corporações, instâncias intermediárias de poder, típicas do Antigo Regime combatido pelo constitucionalismo liberal moderno, de base individualista²⁹².

Especialmente na França, era emblemático o temor à força das associações, o medo de que o coletivo absorvesse e sufocasse por completo o indivíduo, substituindo-o na sua capacidade de autodeterminação.²⁹³ Não apenas a Constituição francesa de 1791, como já registrado na última nota de rodapé, mas também a declaração de 1789²⁹⁴ e toda legislação infraconstitucional²⁹⁵ da época reverberavam o repúdio às entidades coletivas, fundado no receio de que grupos organizados esvaziassem a liberdade individual.

De rejeitadas, as associações passariam, pendularmente, após a Segunda

²⁹² O que se nota, por exemplo, no preâmbulo da Constituição francesa de 1791, que anuncia, como uma vantagem, a circunstância de já não mais haver no país confrarias nem corporações de profissões, artes e ofícios. BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 495.

²⁹² Art. 3º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação ou estamento, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela". Sobre esse artigo, comenta Enterría: "El ejercicio de la autoridad, dice ese artículo 3.º, no puede ser realizado sino como <emanación> de la soberanía del pueblo, atribuido, pues, por éste y como <agente> o comisionado del mismo, sin que la soberanía como tal pueda pasar a ningún individuo, a ningún estamento o corporación." ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p.103.

²⁹³ BARTHÉLEMY, Martine. *Asociaciones: una nueva era de la participación*. Tradução de María Ferrer Simó. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p.23.

²⁹⁴ Art. 3º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação ou estamento, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela". Sobre esse artigo, comenta Enterría: "El ejercicio de la autoridad, dice ese artículo 3.º, no puede ser realizado sino como <emanación> de la soberanía del pueblo, atribuido, pues, por éste y como <agente> o comisionado del mismo, sin que la soberanía como tal pueda pasar a ningún individuo, a ningún estamento o corporación." ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p.103.

²⁹⁵ "A política legislativa francesa da época é significativa a esse respeito; sublinhe-se, por lado, que o *Code civil* omite, de uma forma aparentemente deliberada, uma regulação comum às pessoas coletivas, tão pouco caracteriza as associações *stricto sensu* e as fundações [...]; recordem-se, por outro lado, a famosa Lei *Le Chapelier*, de 1791, que proibiu as associações profissionais e sindicais, e a política napoleônica, fortemente hostil ao associativismo personificado [...]". SANTO, João Espírito. *Sociedades por quotas e anônimas*. Vinculação: Objecto Social e Representação Plural. Coimbra: Almedina, 2000, p. 44-45.

Guerra Mundial, a constituírem objeto de controle na Europa, com a alçada da livre associação ao patamar de direito constitucional em diversos países, como Itália (art. 18, da Constituição de 1947), Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), Portugal (art. 46º, da Constituição de 1976) e Espanha (art. 22, da Constituição de 1978)²⁹⁶.

Diversamente, os E.UA, desde a sua colonização, ensejaram propício ambiente para as práticas associativas. Nesse primeiro momento, foram utilizadas para superação dos conflitos colocados pelo povoamento inglês e, após, para projeção do indivíduo no cenário político, tornando-se, de acordo com a concepção liberal de Tocqueville, importante elemento de promoção e sustentação da democracia norte-americana²⁹⁷.

Sendo símbolo de mobilização social, e tendo desempenhado estratégico papel em regimes totalitários, as associações passaram a ser protegidas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, mas não sem uma filtragem feita pelo Estado, em grau variado conforme o país, para determinação de quais associações mereceriam tal proteção.

Inicialmente, o controle estatal se deu de maneira ostensiva e preventiva, com a determinação de quem poderia se associar, quais associações seriam reconhecidas pelo Direito. Gradativamente, porém, o controle foi suavizado, assumindo uma natureza repressiva e mais sutil. Essa mais recente forma de controle revela-se com a tendência de criação, via política legislativa, de subtipos de associações, de categorias, como associações religiosas, sindicatos, associações políticas, cada qual dando ensejo a um tratamento jurídico específico.

No ordenamento brasileiro, embora a Constituição de 1988 tutele amplamente a liberdade de associação, apenas vedando o desempenho de atividades bélicas e finalidades ilícitas, sem lhe exigir qualquer formalidade em sua constituição, não se nega ao legislador ordinário a faculdade de estabelecer formatos específicos para que as associações usufruam determinadas vantagens ou para que se legitimem na prática de dadas atividades.²⁹⁸

²⁹⁶ BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 495.

²⁹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. *Da democracia na América*. Trad.: Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1988, p.40-43.

²⁹⁸ “Se a associação, para se inserir no domínio da tutela constitucional, não precisa assumir um feitiço predefinido na legislação ordinária, o legislador está legitimado para, nos limites impostos pela razoabilidade, dispor sobre direitos e atividades que somente podem ser titularizados ou

Nesse sentido, por exemplo, o Código Civil brasileiro de 2002, como já visto, vale-se do critério da finalidade não econômica para separar as sociedades, caracterizadas pela finalidade lucrativa; das associações em sentido estrito, nas quais há uma união de pessoas voltadas a uma finalidade não lucrativa.

Ocorre que o estabelecimento de categorias amplas de associações no plano legislativo, tal como a separação acima aludida, cria a ilusão de que a finalidade das associações seria identificável com alguma precisão pelo seu simples enquadramento em algum desses grandes grupos. Mas compreender que uma coligação de pessoas não tem finalidade lucrativa e que, portanto, corresponde a uma associação em sentido estrito é perceber algo muito superficial e vago, é lidar com uma “informação” insuficiente e pouco útil para se moldar um tratamento jurídico efetivamente adequado a essa coligação.

Diante dessa dificuldade, a legislação brasileira passou a especificar cada vez mais o que deve ser entendido por ausência de finalidade econômica, estipulando uma diversidade de subcategorias de associações *stricto sensu*, entre elas: as associações de utilidade pública, reguladas pela Lei nº 91/35; as organizações sociais, reguladas pela Lei nº 9.637/98; as organizações sociais de interesse público, reguladas pela Lei nº 9.790/99.

Para fazer jus à categoria de associação de utilidade pública e aos benefícios dela decorrentes, tais como privilégios fiscais, a coligação precisa atender a alguns requisitos legais, como a ausência de remuneração dos cargos de diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos²⁹⁹. Do mesmo modo, para ser qualificada como uma organização social, uma coligação precisa se conformar a um rol de exigências, diga-se mais rigoroso ainda, ao que passa a usufruir das vantagens das associações de utilidade pública e outras mais específicas³⁰⁰. Finalmente, para corresponder a uma organização social de interesse público, a coligação, além da ausência de lucro, precisa se caracterizar também pela ausência de distribuição de qualquer excedente operacional, bonificação, dividendo, participação ou parcela do patrimônio.³⁰¹

desempenhados por entidades devidamente registradas e que assumam determinada forma jurídica”. BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 498

²⁹⁹ BRASIL.Art.1º, alínea “c”, da Lei n. 91/1935.

³⁰⁰ BRASIL.Art. 11, da Lei nº 9.637/98.

³⁰¹ BRASIL.Lei nº 9.790/99

Esse novo complexo de tipos associativos, com os seus requisitos e benefícios mais precisos, pressupõe o abandono das abordagens mais abstratas e superficiais das associações e a adoção de uma análise em concreto das atividades desempenhadas pelas coligações, bem como dos efetivos impactos que traduzem para os seus participantes.

Poder-se-ia pensar que essa análise mais minuciosa da real dinâmica de cada coligação esgotaria sua conveniência na aplicação dessa legislação especial, que conforma o direito de livre associação. Mas também na aplicação das prerrogativas compreendidas na tutela constitucional dessa liberdade, como a não-interferência estatal no funcionamento do grupo, é temerário que bastem os rótulos, a natureza jurídica em abstrato daquela entidade.

Na determinação da titularidade dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional, que, como já se viu, não vê problema em estendê-los, no que couberem, às pessoas jurídicas, situa como um caso à parte a pessoa jurídica de Direito Público. De um modo geral, a doutrina se recusa a atribuir direitos fundamentais às entidades públicas.³⁰² O raciocínio é razoável: direitos fundamentais são historicamente tidos como instrumentos que limitam o poder estatal, resguardando a autonomia individual, ao que seria um contra-senso estendê-los justamente a entidades que compõem a estrutura do Estado. Ao invés de neutralizarem o poder do Estado, os direitos fundamentais, utilizados em favor de entidades públicas, reforçariam o desequilíbrio da relação.

No Brasil, doutrina e jurisprudência só abrem uma exceção a essa recusa: os direitos fundamentais de ordem processual, a exemplo da ampla defesa e do contraditório. Assim, ao analisar uma relação jurídica integrada por uma entidade, seria essencial verificar a natureza jurídica do ente coletivo, a fim de se saber se ele estaria ou não em posição jurídica privilegiada, se poderia ou não invocar direitos fundamentais, como o da não-interferência em seu funcionamento.³⁰³

3.5.2.2 Um problema de eficácia de direitos fundamentais

³⁰² BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 498.

³⁰³ BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 498.

A questão da titularidade dos direitos fundamentais, quando considerada a partir de uma análise estática, pautada em rótulos, pode ofuscar outra ordem de problema, na verdade, um outro lado de uma mesma cealuma, que é a figura do destinatário dos direitos fundamentais: para quem surgem deveres, ônus, quando se consagra um direito fundamental? Em quais relações esses direitos podem e devem ter eficácia? A constatação de que uma relação é composta por um indivíduo e um ente coletivo de natureza privada resolve-se pela afirmação de que ambos são titulares do direito à livre associação ou haveria outros direitos fundamentais a concorrerem para a solução do caso?

Para ilustrar como uma reflexão apressada sobre a titularidade dos direitos fundamentais, envolvendo as associações e seus estereótipos, pode comprometer o dimensionamento da problemática da eficácia, passa-se ao estudo de um caso bem emblemático, envolvendo a associação UBC (União Brasileira de Compositores), levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do RE 201819³⁰⁴.

Cuidava-se de analisar a expulsão de um sócio da UBC, após a conclusão, por uma comissão especial designada pelo órgão deliberativo da entidade, de que sócio havia praticado infrações estatutárias. O sócio acionou a associação judicialmente, com o objetivo de reverter a punição de expulsão, sob a alegação de que a decisão da UBC afrontaria a Constituição, por não ter observado o direito fundamental da ampla defesa, havendo a discussão chegado até o STF. O recurso extraordinário foi distribuído para a relatoria da Ministra Ellen Gracie, mas, como se verá, coube ao Ministro Gilmar Mendes a função de relator para o acórdão; o que já anuncia a polarização de argumentos que resultou na posição de destaque desse precedente judicial no ordenamento brasileiro.

O voto da Ministra Ellen Gracie apresenta interessante encadeamento de ideias, muito representativo dos problemas tratados nesse item, dedicado ao enfrentamento da relação entre liberdade de associação, pessoa jurídica, titularidade e eficácia dos direitos fundamentais. Desempenhando a função de relatora do caso, a Ministra Ellen Gracie iniciou o seu voto qualificando as partes, no que vale destacar como caracterizou o ente coletivo: “a recorrente, União Brasileira de

³⁰⁴ BRASIL. STF, RE 201819, Info 405.

Compositores – UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado”.³⁰⁵

Após transcrever trecho da decisão do tribunal a quo, pela anulação da punição do sócio, a Ministra deflagrou a sua argumentação invocando as disposições do estatuto da UBC. Apontando a conformidade entre a punição e as regras estatutárias, passou a analisar em que medida seria legítimo, como entendeu o tribunal a quo, afastar a punição do sócio em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Interessante sublinhar como foi determinante a qualificação da entidade como privada e sem fins lucrativos para a conclusão da Ministra de que a solução do caso passaria pelo fato de a UBC ser titular do direito à livre associação, destacadamente na prerrogativa de auto-organização e não-interferência estatal.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles. A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.³⁰⁶

Note-se que a Ministra, como transcrito acima, considerou equivocada a aplicação do direito de ampla defesa ao caso, por se tratar de relação envolvendo, de um lado, um indivíduo, de outro, um ente coletivo de natureza privada. Como não houve, por parte da Ministra, referência a qualquer outro elemento fático da relação, análise da função ou das atividades desempenhadas pela UBC e respectivos impactos para o sócio, não é exagerada a conclusão de que o simples rótulo de ente coletivo, sem finalidade lucrativa, de natureza privada, rendeu à UBC uma dupla posição privilegiada: (1) de titular do direito fundamental de liberdade de associação; (2) de imunidade à posição de destinatário dos direitos fundamentais, tal qual a ampla defesa.

³⁰⁵ BRASIL. STF, RE 201819, Info 405

³⁰⁶ BRASIL, STF, RE 201819, Info 405

A polarização entre os votos da Ministra e do Ministro Gilmar Mendes aflorou exatamente na compreensão da possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, sequer cogitada no voto da Ministra. O Ministro Gilmar entendeu pela necessidade de se refletir se no caso em apreço apenas o direito de liberdade de associação informava a solução, nessa hipótese ditando a autonomia das partes e primazia das convenções entre elas estabelecidas via estatuto; ou se outros direitos fundamentais concorreriam para outra linha de decisão.³⁰⁷

O Ministro, assim, ocupou-se em contornar o rico debate doutrinário acerca da problemática da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, perpassando algumas das principais teorias sobre o tema. Ao final do seu voto, findo o longo mergulho teórico, atentou-se para as particularidades do caso. E foi justamente por ter se prestado a uma análise um pouco mais comprometida com os elementos fáticos da relação, que percebeu a singularidade da função exercida pela UBC: “a recorrente é repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)”.³⁰⁸

Não tendo se apegado tão somente à roupagem da associação, constatou que estava diante de uma relação que não se fundava exclusivamente na vontade das partes, mas, sim, diante de uma relação desequilibrada, em que o sócio guarda alguma dependência econômica em relação à associação: “[...] em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional”.³⁰⁹

Verificando o desequilíbrio da relação, na medida em que as atividades realizadas pela associação produziam efetivo impacto econômico para o associado, concluiu o Ministro que a observância de direitos e garantias fundamentais, como contraditório e ampla defesa, seria inafastável dessa relação, ainda que composta entre particulares. Curiosa, porém, foi a estratégia argumentativa do Ministro de caracterizar a atividade desempenhada pela UBC como de natureza pública.

³⁰⁷ BRASIL, STF, RE 201819, Info 405.

³⁰⁸ BRASIL, STF, RE 201819, Info 405.

³⁰⁹ BRASIL, STF, RE 201819, Info 405.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal [...] todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade (grifo nosso)³¹⁰.

Depois de discorrer sobre diversas teorias, entre elas algumas que legitimariam com maior rapidez a eficácia de direitos fundamentais em relações privadas, é significativa a preocupação do Ministro Gilmar Mendes em configurar ao menos a atividade realizada pela UBC como pública, de forma a justificar a incidência de direitos fundamentais no caso em exame.

Para que uma relação jurídica possa ser informada por direitos fundamentais seria de fato necessário contar com alguma natureza pública – seja da parte, como parece exigir a Ministra Ellen Gracie; seja da atividade, como preferiu destacar o Ministro Gilmar? Os rótulos seriam, então, realmente decisivos?

Uma resposta adequada às provocações acima articuladas passa, inevitavelmente, por uma análise das razões que motivam a consagração dos direitos fundamentais, da ligação entre Estado, direitos fundamentais e sociedade. Se os direitos fundamentais são historicamente concebidos como instrumentos que neutralizam o poder estatal, haveria sentido em transpô-los para relações privadas? A seguir serão abordadas algumas das principais respostas conferidas a esse questionamento, não sem antes analisar importantes pressupostos para a correta colocação dessa problemática.

3.5.2.3 Pressupostos e Teorias da eficácia

Se no Direito contemporâneo há espaço para que se questione sobre a possibilidade de incidência de direitos fundamentais em relações privadas, é porque a doutrina constitucional convergiu para a superação de alguns embates teóricos, antes da qual tal questionamento sequer faria sentido. Para se aceitar a

³¹⁰ BRASIL, STF, RE 201819, Info 405.

razoabilidade dessa discussão, necessário adotar algumas premissas que precisam ser, ao menos, transparentes.

Direitos fundamentais correspondem, de um modo geral, a normas constitucionais. Ainda que se reconheçam direitos fundamentais em outras fontes, que não a Constituição, parece ser esta última o habitat natural ou mais típico desses direitos. Desse modo, questionar a possibilidade de força vinculante dos direitos fundamentais nas relações privadas é perguntar antes de tudo sobre a própria força normativa de uma Constituição. Para quem compreende a Constituição em qualquer outro sentido que não como uma norma, reservando-lhe a função de mero espelho da realidade³¹¹, o restante da discussão fica condenado ao limbo da irracionalidade.

Entre as mais diversas posições sobre o significado da Constituição, é essencial que se conceba a Constituição como uma norma, isto é, como um texto que determina o modo de ser da sociedade e não apenas acomode uma dada realidade posta³¹²; a fim de que se prossiga na problemática ora enfrentada.

Mesmo assumindo essa premissa, segundo a qual a Constituição determina comportamentos e abstenções sociais, ainda seria possível tentar delimitar, de maneira restritiva, os âmbitos de incidência desse texto elementar. Tão logo a doutrina começou a convergir para a tese da força normativa da Constituição, surgiram questionamentos sobre a possibilidade de que também influenciasse a esfera da vida privada.

As Constituições modernas foram inicialmente concebidas como códigos da vida pública; em contraposição aos grandes códigos civis, considerados, ao seu turno, como legítimas constituições da vida privada³¹³. Às Constituições era reservado o papel de impor limites à atuação do Estado, seja delimitando-lhe a estrutura e competências, seja com a consagração de direitos e garantias individuais que demarcassem uma esfera de atuação livre de ingerência estatal. Aos Códigos civis era reservado o papel de reger, com grande deferência à autonomia individual,

³¹¹ “Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos *factores reais de poder*”. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 48.

³¹² “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

³¹³ O Código Civil é elaborado sob a pretensão de se alcançar uma normatização exaustiva da vida privada, capaz de disciplinar “todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular” TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 03.

as relações privadas, protagonizadas pelas figuras do proprietário, do contratante e do pai de família³¹⁴.

A separação entre esferas público e privada forjava uma artificial separação entre Direito público e Direito privado, subtraindo-se do âmbito de incidência da Constituição toda e qualquer relação privada. Ocorre que as relações privadas passaram por processo de publicização, recebendo tratamentos minuciosos via diplomas legislativos especiais e, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, inúmeros aspectos das relações privadas, antes regidos por legislação infraconstitucional, ganharam disposições constitucionais, o que é referido como a constitucionalização da vida privada³¹⁵.

As Constituições mais recentes, com acentuado alargamento de suas pautas, passaram a ter a sua eficácia, a sua aplicabilidade, questionadas. Era como se a Constituição pudesse ser tomada em duas partes: (1) a parte orgânica – dirigida à estruturação do Estado; (2) e a parte econômico-social – voltada ao regramento de questões diversas, como as relações trabalhistas, relações de consumo, etc. A primeira parte era tida como auto-aplicável; já a segunda era situada como uma parte carente de regulamentação, desprovida de auto-aplicabilidade. A ala mais conservadora da doutrina constitucional estrategicamente só reconhecia parcialmente a força normativa da Constituição, atribuindo caráter programático, em sentido pejorativo, às normas que sinalizassem mudanças econômicas e sociais³¹⁶.

Mesmo tendo essa tendência perdido espaço no Direito contemporâneo, prevalecendo a tese de que não é o conteúdo social da norma que lhe determina per si algum problema de aplicabilidade, ainda subsistiria um problema no caminho da

³¹⁴ “Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 127.

³¹⁵ “No decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram, nos países de tradição romano-germânica, a fazer parte dos textos constitucionais”. MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

³¹⁶ “[...]durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade de tutela judicial dos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que os positivavam como de caráter meramente programático.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21.

eficácia dos direitos fundamentais. Ainda que se reconheça a aplicabilidade das normas constitucionais expressamente voltadas às relações privadas, não estaria claro que os direitos fundamentais, situados na parte orgânica da Constituição e, portanto, historicamente dirigidos à esfera pública, pudessem e/ou devessem também incidir em relações privadas.

As normas constitucionais que consagram direitos fundamentais acompanham a trajetória das Constituições escritas e sempre foram abrigadas enquanto instrumentos de defesa do indivíduo contra os arbítrios e excessos do Poder Estatal. Os direitos fundamentais correspondem, assim, a mecanismos de neutralização do poder em relações desequilibradas, como tipicamente são as relações travadas entre Estado e particular³¹⁷. Mas seria razoável supor que apenas existe poder nas relações de que o Estado tome parte? A esfera privada também não poderia dar guarita a relações desequilibradas, marcadas por algum tipo de submissão e menos por autonomia?

Depois da grande contribuição de Michel Foucault, sobre a microfísica do poder³¹⁸, tornou-se inevitável uma releitura da teoria dos direitos fundamentais, afastando-a do dogma de que o poder só se manifesta por meio das grandes estruturas e instituições públicas, rumo ao reconhecimento de que relações menores, anônimas, como a de médico e paciente, podem ser exemplos de relação de poder. Bilbao Ubillos, beneficiando-se dessa abertura realizada por Foucault, cunhou a expressão “fenômeno do poder privado”, para reivindicar urgente utilização de direitos fundamentais também nas relações privadas. Por que não expandir o benefício dessas normas, vocacionadas à neutralização do poder, para as relações privadas que se mostrassem desequilibradas?³¹⁹

³¹⁷ “Os direitos fundamentais, nesse primeiro momento, eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares dos direitos, a ele subordinados, mas que possuíam a garantia de um espaço de liberdade intangível para o Estado” FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad.: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

³¹⁹ “Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica em buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente em el comportamiento de otros, de imponer la realidad que nos rodea [...] el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado em la sociedad. Al fin y al cabo, el fenómeno del poder como expresión de una situación de desigualdad es indisiociable de las relaciones humanas, es inherente a toda organización social.” UBILOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In.: SARLET,

Ainda que situado em uma sequencia lógica de raciocínio, esse questionamento recebeu grande variedade de respostas, ditadas por razões bem contextuais que serão a seguir tratadas.

Nos E.U.A, assim que a possibilidade foi aventada, ganhou força uma corrente teórica, conhecida como a Doutrina da State Action. Essa doutrina recomendava fortemente que os direitos fundamentais permanecessem intimamente ligados às relações públicas, restritos ao combate das ações estatais arbitrárias.³²⁰ Duas razões parecem ter contribuído para a adoção desse pensamento no contexto norte-americano: uma de ordem cultural; outra de ordem federativa³²¹.

A primeira razão, cultural, reside no acentuado cultivo da noção de autonomia individual nos E.U.A. Permitir a incidência de direitos fundamentais em relações privadas seria colocar em risco essa noção, na medida em que a incidência traria consigo a possibilidade de uma relação privada, fundada na autonomia das partes, ser revista judicialmente com base em direitos fundamentais³²².

A segunda razão, federativa, reside no fato de que nos E.U.A. a legislação em matéria cível é de competência estadual, em prestígio à força centrípeta que marca o federalismo americano. Assim, permitir que direitos fundamentais, consagrados na Constituição, fossem parâmetros para resolver relações privadas, tipicamente orientadas pela legislação cível, seria, em algum sentido, enfraquecer essa importante competência dos estados-membros³²³.

Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 303.

³²⁰ “Il principio di uguaglianza di cui al quattordicesimo emendamento, d'altra parte, rafforza anziché temperare tale situazione di libertà. Che '(N)o state shall... deny to any person... the equal protection of the laws', significa, infatti, che l'uguaglianza deve(e può) essere assicurata ai singoli esclusivamente in presenza di una state action, in materie cioè in cui lo Stato federale o i singoli Stati risultino direttamente e positivamente coinvolti.” RAIMO, Raffaele Di. *Le associazioni non riconosciute: funzione, disciplina, attività*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 83. Ver também: AMATO, Diana Vincenzi. *Associazioni e tutela dei singolo: una ricerca comparata*. Napoli:Jovene,1984.

³²¹ “El sentido último de la exigencia de una acción estatal, como presupuesto necesario para reclamar la protección constitucional, es, desde um punto de vista sustancial, la salvaguarda de la autodeterminación individual y El pluralismo”. UBILOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 320.

³²² “La libertad individual, subrayan los partidarios de una interpretación estricta de esta exigencia, podría llegar a desvanecerse si los individuos tuvieran que ajustar su comportamiento em todo tipo de relaciones a los cânones constitucionales” UBILOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 321.

³²³ “Além do argumento liberal, outra justificativa invocada para a doutrina da *state action* liga-se ao pacto federativo. Nos Estados unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados, e não à união, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou interenacional. Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia

De acordo com essa doutrina, somente se uma relação contasse, em um de seus pólos, com a figura estatal, isto é, com uma pessoa jurídica de direito público, legitimaria a invocação de um direito fundamental.

Voltando-se ao caso UBC, analisado anteriormente, é inevitável associar a linha de raciocínio impressa no voto da Ministra Ellen Gracie a essa doutrina norte-americana que liga direitos fundamentais à ação do Estado. A Ministra não mencionou essa corrente teórica e talvez nem a conhecesse ou se filiasse a mesma naquela época, mas a sistemática de raciocínio que aplicou ao caso de fato remete à Doutrina State Action, na medida em que após constatar não haver qualquer ente público compondo a relação, fechou-se para a possibilidade de incidência do direito à ampla defesa ao caso. Não se sentiu no dever de investigar peculiaridades da relação, bastando-se com a identificação da natureza privada das partes.

Todavia, no mesmo contexto que proporcionou o nascimento e difusão da Doutrina da State Action, que em síntese rejeita qualquer possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ganhou espaço uma teoria menos radical, conhecida como Public Function Theory. Em decorrência do perfil regulador que aos poucos adquiriu o Estado, com o repasse da execução de diversos serviços públicos ao setor privado, percebeu-se, nos E.U.A, que relações antes compostas por entidades públicas, com o mesmo objeto, passariam a ser compostas exclusivamente por particulares. Assim, a restrição da aplicação dos direitos fundamentais às relações públicas fomentaria perigosa imunidade a atores privados que estariam atuando como se fossem o Estado.

Sensível ao novo contexto, surgiu a teoria da função pública, segundo a qual direitos fundamentais poderiam também ser aplicados às relações que, embora composta por particulares, tivessem em seu objeto alguma função ou atividade tipicamente desempenhada pelo Estado, de algum modo reconduzível a ele³²⁴. Essa teoria tem o mérito de exigir que o aplicador do Direito vá para além da mera

dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.189.

³²⁴ "Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes públicos. Ademais, existem, segundo a Suprema Corte, certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmenet aos direitos fundamentais previstos na Constituição" SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 190.

identificação das partes e análise em concreto a relação que mantêm, verificando a possibilidade de analogia com uma relação mantida com o Estado.

Parece ter sido esse o raciocínio realizado pelo Ministro Gilmar Mendes na análise do caso UBC. Ao identificar que a União Brasileira de Compositores era uma associação que compunha a estrutura do ECAD e que, assim, cumpria a função de repassar aos compositores associados a sua respectiva parcela, relativa a direitos autorais; caracterizou essa função como uma atividade de arrecadação semelhante à efetuada pelo Estado. Como já sublinhado, o Ministro Gilmar Mendes fez questão em seu voto de enquadrar a UBC como espécie de “espaço público não-estatal”, para só assim justificar a incidência do direito fundamental de ampla defesa ao caso.

Seria essa a única solução argumentativa para se decidir a favor do sócio, em afirmação da necessidade de observância da ampla defesa naquela relação privada?

Na Alemanha, especialmente, a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas encontrou abertura para a construção de diferentes alternativas. Uma delas foi consagrada na decisão do Caso Lüth³²⁵, em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Na oportunidade, discutia-se se as manifestações de boicote do Diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, ao novo filme do cineasta Veit Harlan – motivadas pela ligação do cineasta com o movimento nazista – eram atentatórias aos bons costumes e ensejariam, na esteira do §826 do BGB³²⁶ (Código Civil alemão), reparação pelos danos causados. O caso acabou conhecido como “Caso Lüth” justamente porque o Diretor de Imprensa teve o seu argumento constitucional – invocação do direito fundamental de livre expressão – contemplado pela decisão do tribunal.

A decisão é ainda hoje muito festejada devido aos novos parâmetros que estabeleceu, entre os quais, o da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relações privadas. De acordo com a argumentação do Tribunal, o Direito está imerso em um conjunto de valores partilhados pela comunidade, valores que se irradiam pelas normas jurídicas especialmente pelas cláusulas gerais, tidas como porta de entrada dessa carga axiológica, tal como a cláusula dos “bons costumes”, discutida

³²⁵ SCHWAB, Jürgen. *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad: Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006 - BVERFGE 7, 198 (LÜTH-URTEIL) – p. 381-395.

³²⁶ ALEMANHA.BGB. § 826 – “Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”.

no caso.

Assim, ao aplicar uma cláusula como essa, o juiz, para evitar o autoritarismo de impor os seus próprios valores aos jurisdicionados, deve se valer da ordem objetiva de valores consagrada em uma Constituição, tomando os direitos fundamentais não apenas como normas subjetivas, mas como parâmetros objetivos de conduta. Direitos como o de livre expressão do pensamento serviriam de norte para uma adequada interpretação da legislação infraconstitucional, diante de uma cláusula aberta.

Note-se que em momento algum o Tribunal afirma a possibilidade de um direito fundamental se irradiar direto da Constituição para a solução de uma relação privada. O que se consagrou no caso foi que o juiz, diante de uma relação privada, deve aplicar a legislação infraconstitucional e, se houver uma cláusula geral na lei aplicável ao caso, nessa específica hipótese, o juiz estaria autorizado a recorrer à Constituição, para colher parâmetros para a sua interpretação – o que poderia determinar uma eficácia, embora apenas indireta, de direitos fundamentais em relações privadas. A eficácia seria indireta porquanto intermediada pela legislação infraconstitucional e, especialmente, pela escolha do legislador em utilizar cláusulas gerais no texto da lei³²⁷.

Outra linha se constrói exatamente no ponto da necessidade de intermediação da legislação infraconstitucional para a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas – a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, que, embora inicialmente defendida na Alemanha, por Nipperdey e Leisner, ganhou maior aceitação em outros países, como Espanha e Portugal.³²⁸ Essa teoria apregoa que a Constituição está, hierarquicamente, equidistante entre

³²⁷ A posição teórica também é referida como concepção dualista de eficácia, representada especialmente pela figura de Dürig. “Para Dürig, cuja posição foi apontada como típica das concepções dualistas, o princípio constitucional da liberdade (e do livre desenvolvimento da personalidade) devia continuar a ser o postulado básico fundamental a ter em conta a solução do problema [...] a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (terceiros) não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediatamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os princípios constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificado-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Werschuttlückenschliessung), mas sempre dentro do <<espírito>> do direito privado”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 278.

³²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 205.

juiz e legislador, não havendo razão para que o uso de argumentos constitucionais pelo juiz em tais relações fique condicionado a uma espécie de autorização legislativa, representada pela escolha de se colocar uma cláusula geral na lei³²⁹.

A teoria da eficácia direta sustenta que não há requisitos abstratos, como a presença de uma cláusula geral na lei, a autorizarem a incidência de direitos fundamentais em relações privadas; o que não significa dizer que toda relação privada demande esse reforço argumentativo viabilizado pela invocação de um direito fundamental. A teoria aponta para a necessidade de se analisar cada caso concreto, com atenção às peculiaridades da relação, identificando-se eventual desequilíbrio entre as partes, a ensejar a incidência de direitos fundamentais.

Para ilustrar a adoção prática dessa teoria e mantendo-se o exemplo do direito fundamental à livre expressão do pensamento, discutido no Caso Lüth, interessante remontar ao relativamente recente caso da Associação Leopoldina Juvenil, uma associação de tenistas, cuja decisão por suspender alguns de seus sócios foi alvo de questionamento junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³³⁰. A associação, que havia organizado um torneio de tênis, deparou-se, em sites especializados no esporte em questão, com a publicação de cartas de alguns de seus associados, contendo críticas aos critérios do torneio, ou às repentinas mudanças dos mesmos; ao que decidiu, a associação, pela aplicação da pena de suspensão por 30 (trinta) dias aos associados envolvidos, nos termos do seu regimento interno.

O Tribunal entendeu que a punição, mesmo prevista no regimento interno da associação, não se sustentaria diante do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, exercitado pelos sócios punidos. Não há na argumentação do Tribunal qualquer hesitação em fazer incidir naquela relação privada o direito fundamental invocado pelos sócios. Também não há a construção de nenhuma justificativa em abstrato, tal como seria a identificação de uma cláusula geral na legislação infraconstitucional, para legitimar a eficácia do direito fundamental. Aplicou-se,

³²⁹ “Un derecho cuyo reconocimiento, cuya existencia, depende del legislador, no es um derecho fundamental. Es um derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales solo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide” UBILOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 315.

³³⁰ Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/wp-content/uploads/2007/06/tjrs70010534519.pdf> Acesso em 08 de agosto de 2010.

assim, direta e imediatamente, o direito à livre expressão do pensamento à relação privada.

A teoria da eficácia direta é acusada de promover um voluntarismo judicial, na medida em que incentivaria o juiz, a despeito das soluções legislativas, a se valer de argumentos constitucionais para rever decisões ou convenções privadas. De fato, se encarada como uma mensagem que simplesmente dispensa o juiz do diálogo com a legislação infraconstitucional, ante a ilusão da suficiência e objetividade dos parâmetros constitucionais, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais seria legítima fonte de receios e fácil alvo de críticas.

Colocando-se de lado a discussão sobre a subjetividade da interpretação jurídica e sobre a separação de poderes, discussão que está na base da disputa entre as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais, não se pode deixar de sublinhar algum mérito na argumentação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso acima relatado, na medida em que não se bastou com a identificação da natureza em abstrato da associação para definir a possibilidade de aplicação de direitos fundamentais ao caso.

Constatar que uma associação não possui finalidade lucrativa não é necessariamente compreender qual a efetiva função que desempenha, a realidade que a cerca e também aos seus associados. A abordagem que se fez nesse trabalho de algumas das principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas não teve a intenção de consagrar uma das teses como a mais adequada. Pretendeu-se, apenas, apontar que na aplicação de todas as teorias retratadas pode ocorrer o mesmo vício: assumir um rótulo (pessoa natural, pessoa jurídica, de direito público, ou de direito privado); ou um parâmetro abstrato (cláusula geral), como critério suficiente para a solução do caso.

A roupagem de uma associação, como pessoa jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, não traduz a sua complexidade, remete, quando muito, à função abstrata de uma associação, correspondente à criação de uma estrutura organizativa. Esse tipo de enfoque, superficial, pelo qual restam obscuros os objetivos que efetivamente ditaram o surgimento dessa estrutura, bem como a sua função em concreto, não pode servir de lente ou sopro para aquele que pretende solucionar adequadamente a situação colocada ao seu exame.

4 SUBJETIVIDADE E ATIVIDADE: A PESSOA JURÍDICA COMO OBSTÁCULO À EMPRESA

4.1 O problema da empresa

4.1.1 A empresa no sistema do Código Civil de 2002

Para retratar a empresa, o legislador, inspirado pelo Código Civil italiano, optou por substituir a figura do comerciante pela do empresário, entendido como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.³³¹ Com a entrada em vigor do Código, a doutrina passou a analisar detalhadamente os principais elementos presentes no novo modelo, que apresenta como núcleo essencial as idéias de organização³³² e atividade econômica.³³³

A noção apresentada no artigo 966 do Código Civil de 2002 foi inspirada

³³¹ BRASIL. Código Civil. Art.966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

³³² A organização, como já destacado, representa, ao lado da atividade o elemento central da definição de empresa como ressalta Rachel Sztajn: “impossível imaginar uma empresa, qualquer empresa, sem organização prosseguindo que organização parece ser o elemento central, essencial, necessário e suficiente, para determinar a existência da empresa, porque gera o aparato produtivo estável, estruturado por pessoas, bens e recursos, coordena os meios para atingir o resultado visado. Tanto a organização de pessoas centrada nas relações de trabalho subordinado, cuja disciplina é a dos contratos de trabalho, quanto a organização dos meios patrimoniais (recursos e bens) para o exercício de uma atividade, estão presentes no desenho da empresa”. SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

³³³ Bulgarelli defendia que o Direito não deveria se preocupar em conceituar a empresa, na medida em que a idéia de empresarialidade poderia ser deduzida do entrelaçamento dos seguintes elementos: empresário, atividade econômica organizada e estabelecimento. Nas palavras do autor: “o conceito de empresário, referido àquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços para o mercado, engloba em si o agente e seu agir, e certamente é assim considerado quem assim age, e, portanto, a atividade surge como elemento qualificador básico inclusive como critério objetivo. E o estabelecimento que já se contém na idéia de organicidade (ligada estreitamente ao da atividade) teve também o seu conceito expresso como complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da atividade, valorado o seu aspecto instrumental e também o da unidade de bens, pela sua destinação”. BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.72.

pela própria compreensão econômica do termo empresário. Na economia, o termo empresário é utilizado para indicar o protagonismo do sujeito que coordena, organiza e dirige o processo produtivo, de acordo com as suas escolhas técnicas e econômicas. Nessa operação, o empresário assume o risco da empresa, na medida em que o resultado obtido no exercício daquela atividade pode não se mostrar suficiente para compensar os custos que lhe são inerentes. Essa exposição ao risco legitima o próprio papel exercido pelo empresário na condução da empresa e o autoriza, em princípio, a se apropriar do resíduo produzido, descontados todos os custos presentes no processo de produção.

Ainda que influenciado pela noção econômica, deve-se lembrar que o legislador, ao traçar os contornos da figura em questão, não se mostra preocupado, ao contrário do economista, em descrever determinada situação. No modelo apresentado no Código Civil, busca-se, principalmente, estabelecer uma disciplina jurídica apta a regular o fenômeno empresarial. Ao descrever uma *fattispecie*, o legislador se vale, frequentemente, de uma definição que funciona como pressuposto para a aplicação de uma disciplina previamente estabelecida.³³⁴ Seguindo essa técnica, formula-se um enunciado no qual são estabelecidos determinados pressupostos que passam a determinar as condições de uso do próprio termo. Com o intuito de realizar essa tarefa, são apresentados os requisitos necessários para a qualificação de determinado sujeito como empresário, que se torna, assim, o referencial legislativo para a articulação de um conjunto de normas.

³³⁴ Segundo Giorgio Oppo, na análise do artigo 2082 do Código Civil italiano, a empresa representava uma *fattispecie*, isto é, dado da “realidade econômico-social normativamente delimitado”. Nesse sentido, ressaltava que a *fattispecie* não é o empresário, mas a empresa, vista como noção originária e primária. O fato de o legislador ter definido o empresário como aquele que exercer atividade econômica organizada não pode, segundo Oppo, criar a ilusão de que o sujeito é o elemento central daquela disciplina normativa. Na *fattispecie* empresa apresentada pelo legislador destacam-se tanto a “atividade” como a “organização”. Nesse sentido: “la dottrina non ha mancato di avvertire che all’impresa va propriamente assegnato, nell’ambito dei concetti normativi, il ruolo di *fattispecie* [...] *fattispecie* è l’impresa non l’imprenditore; nozione, quest’ultima, che attiene, sia come riflesso della paternità della *fattispecie*, sia come sintesi di momenti della disciplina, alla sfera dell’effetto [...] se nella fenomenologia complessiva e nella tipizzazione della realtà l’impresa ha ruolo di *fattispecie*, occorre precisare quale ruolo abbiano in rapporto alla *fattispecie* le due componenti essenziali della ‘attività’ e della ‘organizzazione’.” OPPO, Giorgio. *L’impresa come fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, parte I, Padova: Cedam, 1982, p.109. Na opinião de Calixto Salomão Filho, o Código Civil de 2002 não teria adotado o termo empresário como *fattispecie*, sendo que a referência ao termo implica apenas na necessidade de um novo padrão para a distinção de situações jurídicas, como se vê no caso da distinção entre sociedade simples e sociedade empresária. Nesse sentido: “no Direito brasileiro, a utilização da figura do empresário como ‘*fattispecie*’ decorre menos de uma história legislativa, tendente a reconhecer a sua prevalência, e mais de um aparente objetivo de afastar por completo a idéia de criação de um ente (a empresa) ao qual pudesse se reconhecido algum grau de subjetividade jurídica”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A fattispecie empresário no Código Civil de 2002*. *Revista do Advogado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.147.

O termo atividade é empregado para indicar um comportamento formado por uma pluralidade de ações que são, unitariamente, pensadas em função de um resultado. Nesse sentido, o termo pode ser utilizado para descrever várias situações. Na atividade comercial, a “intermediação” funciona como um catalizador dos vários atos praticados pelo comerciante perante fornecedores e consumidores, permitindo, assim, uma visão unitária. Da mesma forma, observa-se que o termo empresa representa uma atividade, que envolve uma série de atos coordenados para a realização de determinado escopo: a produção e circulação de bens e serviços. Trata-se, assim, de uma atividade produtiva, ou seja, geradora de riquezas. O fato de essa produção ser destinada ao mercado representa também um fator importante para a separação da atividade empresarial de outras atividades econômicas.³³⁵ Além do fim, que confere unidade ao processo, nota-se que foi conferida também especial atenção ao modo como a atividade é realizada, haja vista as referências à organização, ao método econômico e ao exercício profissional.

Na apresentação da empresa feita pelo legislador no Código Civil de 2002, constata-se a presença de dois pontos centrais. A figura do empresário e a descrição de um comportamento, referente ao exercício de uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.³³⁶ O termo empresa pode ser utilizado para indicar esse comportamento descrito, enquanto o termo empresário refere-se ao sujeito gramatical do enunciado. Desse enunciado, aparentemente simples, resulta a seguinte questão: quem exerce esse

³³⁵ Da mesma forma, se afasta da idéia de empresa o exercício de atividade voltada exclusivamente para a simples fruição de bens, uma vez que, nesses casos, não se verifica a produção de novos bens e serviços. No entanto, nada impede que essa fruição se encontre acompanhada de uma função produtiva organizada de forma empresarial, nesses casos a presença indireta de uma atividade na qual se verifica o gozo de bens, não pode, por si só, afastar a idéia de empresa.

³³⁶ A doutrina brasileira sempre conferiu grande destaque ao estudo de Alberto Asquini: “o conceito de empresa é um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas podem, portanto, ser diversas, segundo o diferentes perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro de diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno jurídico.” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 35, n.104, p.109-126, out./dez.1996. O grande problema da análise de Asquini diz respeito ao perfil subjetivo. Ao identificar o empresário com a pessoa jurídica, o autor acabou contribuindo com a naturalização. Como se vê em: o sujeito de direito (pessoa física ou jurídica, pessoa jurídica privada ou pública) que exerce em nome próprio; portanto, se é gestão representativa, o representado, não o representante; a pessoa jurídica, não os órgãos sociais, através dos quais a pessoa jurídica explana sua atividade” ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 35, n.104, p.109-126, out./dez.1996, p. 114.

comportamento será sempre considerado empresário ou a simples identificação do sujeito-empresário já é suficiente para afirmar que se trata de atividade empresarial?

Se o artigo 966 do Código Civil foi realmente inspirado pelo artigo 2082 do Código Civil italiano, a resposta à questão formulada deveria ser no sentido de que a intenção do legislador foi descrever, na verdade, um comportamento e não o sujeito que se comporta.³³⁷ Apesar da referência ao termo empresa, o Código apresenta uma disciplina jurídica ainda voltada para a centralidade do sujeito, fazendo com que a noção de atividade fique em um segundo plano.

4.1.2 A dificuldade do Direito de enquadrar específicas esferas do agir

A prática de leitura da atividade a partir do sujeito é muito comum na análise do fenômeno associativo, como se constata, principalmente, nos países que foram influenciados pela tradição romano-germânica. Nesses países, observa-se comumente o tratamento de fenômenos supra-individuais a partir de uma lente subjetiva, pautada no reconhecimento de uma personalidade jurídica própria, que tem como consequência a criação de um novo sujeito de direitos e obrigações.³³⁸

A desvinculação do fenômeno empresarial da referência subjetiva do titular

³³⁷ Na descrição da empresa por Romano Cristiano, verifica-se que a unidade da coordenação resulta mais da existência de um centro de poder do que propriamente da presença de um sujeito abstrato: “um conjunto de elementos diversos, direta ou indiretamente consistentes em seres humanos, os quais, mediante a observância de determinado complexo de normas, que interagem de forma estável e racional, em torno de designação particular e de objetivo específico, ambos comuns a todos, utilizando certos instrumentos formadores de patrimônio que, ainda que formalmente comum, a rigor nunca tem dono propriamente dito. Tal interação fundamenta-se em uma comunidade de interesses e gera dependência entre diversos elementos, ao mesmo tempo em que permite fácil substituição dos referidos elementos. Por isso, para que fique assegurada a unidade de ação ela é coordenada a partir de determinado centro de poder, ou autoridade, ou supremo poder coordenante. A coordenação resulta em ordem hierárquica que comporta divisão de trabalho, liderança, delegação e definição funcional”. CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*. São Paulo: Ed.Arte & Cultura, 1995, p.114.

³³⁸ “Si tratta, si deve precisare, di tentare uno sforzo di chiarezza e di onestà concettuale che impone di mettere in discussione i vertici stessi del sistema privatistico, e cioè il soggetto e quella sua particolare proiezione costituita dalla persona giuridica, la quale, si osservi a titolo di esempio, domina la costruzione del fenomeno societario del tipo società di capitali molto più incisivamente di quanto non appaia a prima vista”. FERRO-LUZZI, Paolo. *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. n7-8-9, 2005, p.680. De acordo com Orestano: “impossibilità di rendere conto dei casi in cui l'ordinamento determina positivamente un regime giuridico destinato a disciplinare situazioni non riconducibili direttamente o fittiziamente ad una persona fisica, cioè quando l'ordinamento opera a prescindendo completamente dall'eservi o meno un quid rapportabile al concetto di soggetto di diritto”. ORESTANO, Ricardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. In: *Azioni, Diritti soggettivi Persona giuridiche*. Roma: Il Mulino, 1969, p.189.

abstrato depende do reconhecimento do valor unitário e autônomo da atividade enquanto categoria jurídica. Para tanto, mostra-se necessária a superação do modelo que a retrata de forma fragmentada e quantitativa, com a adoção de uma nova perspectiva que seja capaz de descrevê-la ressaltando o seu aspecto funcional. Com efeito, quando a noção de atividade é conduzida, enquanto categoria unitária, ao núcleo do processo de descrição da empresa, procura-se conferir destaque a ideia de que, ao contrário da simples soma de atos, trata-se de um conjunto que se mostra organizado em função de determinado resultado.

A principal característica da atividade como modelo de sistematização da disciplina da empresa está nesse aspecto funcional, o qual permite uma consideração jurídica global que transcende a análise pontual de cada ato ou negócio. Ao invés de se buscar enquadrar a empresa a partir de modelos estáticos, orientados segundo a disciplina de posições individuais, como a noção de titularidade, deve-se destacar o complexo de decisões voltadas à coordenação das relações pertinentes à utilização dos diversos fatores de produção.

O destaque conferido à titularidade resulta de uma forma particular de enxergar o controle de recursos econômicos, na qual esse poder de decisão coincide com a figura do titular dos direitos patrimoniais que incidem sobre esses recursos. Da mesma forma, nesses casos, os riscos, relacionados à utilização desses recursos, recaem também sobre o mesmo sujeito responsável pela coordenação. Em situações desse tipo, o tratamento da imputação subjetiva pode ser utilizado para refletir a coincidência dessas dimensões em um único sujeito.

Como adverte Paola Iamiceli, a noção de titularidade consegue retratar somente em parte esse processo, uma vez que a titularidade dos direitos patrimoniais pode não garantir o controle sobre os recursos que lhe são correlatos.³³⁹ Quando se trata de uma pessoa natural, considerada do ponto de vista individual, os recursos podem ser utilizados de acordo com os interesses do próprio titular, tendo em vista uma variedade de finalidades e atividades. Nas situações que envolvem um grupo, essas finalidades encontram-se, parcialmente, definidas, não em razão da pessoa jurídica titular, mas em função dos interesses dos seus componentes.

³³⁹ “Solo in parte il linguaggio giuridico tende ad escludere che la titolarità abbia ad oggetto il patrimonio come tale piuttosto che i diritti singolarmente intesi; e solo in parte perché avrà modo di verificare la titolarità dei diritti non necessariamente garantisce in controllo sulle risorse cui i diritti accedono.” IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003, p.07.

Toda situação jurídica patrimonial pode também ser analisada sob o prisma do controle. Nesse contexto, o que se busca é determinar o sujeito responsável pelas decisões referentes à utilização dos recursos econômicos. Da apresentação da situação jurídica apenas pelo prisma da imputação subjetiva, decorre o entendimento de que o poder de decisão é conferido ao titular, responsável pela determinação da finalidade e dos interesses que deverão nortear a utilização dos recursos. Acontece que, como já destacado, pessoa natural e pessoa jurídica se apresentam, do ponto de vista dos processos de decisão, de forma completamente diferente, uma vez que todo grupo organizado pressupõe uma estrutura de governo, ainda que mínima, para coordenação dos recursos.

A identificação do empresário com a pessoa jurídica, vista como titular da empresa em um sistema erigido em torno da centralidade conferida ao sujeito³⁴⁰, gera um problema: a visão de que a pessoa jurídica seria o principal protagonista no exercício da atividade empresarial. Diante dessa visão distorcida, qual seria a solução para o problema da empresa? A resposta está no reconhecimento da autonomia da própria atividade, com a inversão da relação sujeito-ação, que sempre orientou o ordenamento.

No lugar de se construir um modelo de ação em função de um centro subjetivo, seria preciso conceber o sujeito em função da atividade. Daí a importância, como destaca Ferro-Luzzi, de se compreender o conceito de atividade à luz do aflorar de um quadro cultural no qual a ação se coloca em um plano de antítese e superação em relação ao sujeito.³⁴¹

É possível apontar dois modelos em que se verificou a tentativa de reduzir o papel do sujeito abstrato na descrição do fenômeno empresarial. O primeiro, um modelo teórico, associado ao desenvolvimento das teorias contemporâneas da empresa, com destaque para a teoria do *nexus of contracts*. O segundo, um modelo legislativo, relacionado ao protagonismo conferido à atividade na reforma do direito societário italiano de 2003. Em face das diferenças presentes em cada modelo, eles

³⁴⁰ “E ciò significherebbe superare il singolare approcio della nostra cultura giuridica (e si pensi alla più diffusa manualistica) che, per ragioni storico-culturale di non difficile individuazione, dopo aver reso formale omaggio al significato della società come forma di esercizio collettivo dell'impresa, ne analizza poi la disciplina non tanto in funzione dei problemi dell'impresa come tale considerata, quanto di quelli organizzativi del soggetto (unitariamente o collettivamente pensato) che l'impresa esercita”. ANGELICI, Carlo. *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*. Padova: Cedam, 2006, p.217.

³⁴¹ “Si osservi: l'attività emerge in funzione della individuazione di profili ed aspetti dell' agire che non possono essere giuridicamente inquadrati, in modo adeguato, nelle tradizionali categorie dell'atto e del diritto soggettivo”. FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p.200.

serão analisados de forma separada.

4.2 A despersonalização da empresa pela via econômica

4.2.1 Desvendando o interior da empresa: a contribuição de Coase

A visão da empresa como *nexus of contracts* parte de uma revisão do trabalho de Ronald Coase, *The nature of the firm*, publicado em 1937. De acordo com Coase, a empresa seria um método alternativo para a coordenação da atividade produtiva. Enquanto no mercado, a colocação dos fatores de produção segue o mecanismo de preços; na empresa, ao contrário, impera a coordenação e direção desenvolvidas pelo *entrepreneur*. Mas quais seriam as razões que justificam a opção pela empresa no lugar do mercado?³⁴² Para Coase, a resposta estaria nos chamados “custos de transação”. A opção pelo mercado implica em determinados obstáculos que dificultam as negociações. Esses custos decorrem das mais variadas causas, como, por exemplo, da dificuldade de se obter informações sobre os melhores preços e da necessidade de celebrar um contrato em cada negociação e de acompanhar a sua execução. Com a empresa, é possível superar vários desses obstáculos presentes no mercado, por meio de uma estrutura organizativa capaz de agregar e coordenar os fatores de produção para o desenvolvimento da atividade produtiva.³⁴³ A organização em forma de empresa representa, assim, uma forma de se evitarem os problemas presentes nas operações que se realizam no mercado.

³⁴² “The firm in modern economic theory is an organization which transforms inputs into output. Why firms exist, what determines the number of firms, what determines what firms do (the inputs a firm buys and the output it sells) are not question of interest to most economics [...] The Nature of the Firm to provide a rationale for the firm and to indicate what determines the range of activities it undertakes.” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.06.

³⁴³ “We may sum up this section of the argument by saying that the operation of market cost something and that, by forming an organization and allowing some authority (an ‘entrepreneur’) to direct the resources, certain marketing costs are saved. The entrepreneur has to carry out this function at less cost. Taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this.” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.41.

Da mesma forma, já observava Coase, a opção pela empresa também apresenta custos, como ocorre quando a estrutura organizativa mostra-se desproporcional aos rendimentos esperados ou quando são tomadas decisões equivocadas em relação aos fatores de produção.³⁴⁴ Esses custos podem levar o empresário a rever a sua opção, com a redução da estrutura da empresa e o retorno ao mercado para o atendimento de necessidades que, até então, eram supridas pela própria estrutura interna da empresa.³⁴⁵ Com a constatação de que em todas as opções existem obstáculos, pode-se extrair a seguinte conclusão do trabalho de Coase: a escolha entre mercado ou empresa depende do cotejo dos custos e benefícios presentes em cada alternativa.

4.2.2 O contrato no lugar da pessoa jurídica: a empresa como *nexus of contracts*

4.2.2.1 A contribuição de Alchian e Demsetz

Embora publicado em 1937, somente na década de 70 o trabalho de Coase passou a receber uma maior atenção. Exatamente nesse período, mais precisamente em 1972, foi elaborada a teoria do *nexus of contracts* por Alchian e Demsetz.³⁴⁶ Como ponto de partida, os autores concordavam com Coase no sentido de que a empresa seria uma alternativa ao mercado, por permitir a organização de fatores de produção. No entanto, não concordavam com a descrição interna desse processo de coordenação, centrado na autoridade do empresário (*entrepreneur*).

Para Alchian e Demsetz não fazia muito sentido imaginar que as relações desenvolvidas no interior da empresa dependem exclusivamente da autoridade de

³⁴⁴ “The approach which has just been sketched would appear to offer an advantage, in that it is possible to give a scientific meaning to what is meant by saying that a firm gets larger or smaller as he abandons the organization of such transactions. The question which arises is whether it is possible to study the forces which determine the size the firm. Why does the entrepreneur not organize one less transaction of more?” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.42.

³⁴⁵ Na opinião de Coase, a expansão de uma empresa ocorre até que o custo para organizá-la se torna igual ao custo que se mostra presente quando se recorre ao mercado para obter a mesma transação.

³⁴⁶ ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972.

uma pessoa, sendo indiferentes à lógica presente nas transações negociais.³⁴⁷ No lugar da atividade de comando imaginada por Coase, seria importante perceber que a empresa é, na verdade, constituída também por uma variedade de transações pelas quais cada participante procura alcançar os seus próprios interesses. Não haveria como separar claramente as negociações que caracterizam os mercados daquelas ocorridas na empresa, que passa a ser entendida como um complexo de relações contratuais, com as quais os diversos detentores dos fatores de produção organizam a forma como esses recursos serão utilizados.³⁴⁸ Enfim, na opinião dos autores, a pessoa interessada em utilizar qualquer fator de produção do qual seja proprietária, terá que, necessariamente, submeter-se a uma transação, seja no mercado ou, então, na empresa.³⁴⁹

Com a aproximação do mercado em relação à empresa, haveria ainda sentido em se falar de formas alternativas de organização dos fatores de produção? Para os autores sim, uma vez que, na empresa, o complexo de negociações promove, ao contrário das transações de mercado, a criação de um *team productive process*, ou seja, uma forma de produção coletiva voltada para obtenção de um resultado final.³⁵⁰ O modelo da produção em equipe ressalta a importância da organização, na medida em que o valor do produto final suplanta a simples soma das contribuições individuais. A existência dessa “equipe” representa um fator que influencia decisivamente na opção pela empresa em detrimento do mercado, uma vez que garante, em tese, um processo coordenado na reunião do conjunto de recursos.

Acontece que essa forma de produção tem também os seus pontos negativos. Como os recursos utilizados não pertencem a mesma pessoa, havendo

³⁴⁷ “It is common to see the firm characterized by the power to settle issues by fiat, by authority, or by disciplinary action superior to that available in the conventional market. This is delusion. The firm does not own all its inputs. It has no power of fiat, no authority, no disciplinary action any different in the slightest degree from ordinary market contracting between any two people”. ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p. 777.

³⁴⁸ ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p. 780.

³⁴⁹ ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p. 781.

³⁵⁰ “Team production, to repeat, is production in which 1) several types of resources are used and 2) the product is not a sum of separable outputs of each cooperating resource. An additional factor creates a team organization problem-3) not all resources used in team production belong to one person.” ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p.779.

vários titulares, a dispersão dos esforços individuais poderia comprometer a capacidade produtiva. Para reduzir esse tipo de problema, seria importante a especialização de uma parte da equipe que passaria a ter a função de acompanhar a performance dos *inputs* de cada membro.

Nesse contexto de especialização, há a questão de se determinar quem irá “controlar o controlador.”³⁵¹ Como solução, os autores apontam a necessidade de se estabelecer um acordo pelo qual os controladores recebam a tarefa de monitorar as atividades dos outros agentes, em troca da apropriação do resultado final gerado, uma vez atendidas as pretensões de credores e trabalhadores. Esse direito ao resultado residual, ao contrário das retribuições pré-fixadas dos demais membros, funcionaria como um incentivo adicional para o exercício da função de monitoramento, evitando eventuais abusos.³⁵²

Apesar do pionerismo de Alchian e Demsetz ao ressaltarem o papel fundamental da estrutura contratual no interior da empresa, o destaque conferido à parte dominante, responsável pela atividade de monitoramento, poderia, dependendo da interpretação, ocultar a importância das transações internas. Nesse sentido, Jensen e Meckling, partindo dessa mesma estrutura contratual, procuram apresentar uma nova teoria econômica, na qual a empresa passa a ser vista como uma ficção jurídica que funciona como um ponto para o encontro de um conjunto de relações entre diversos indivíduos. Trata-se de uma versão que amplia a base contratual de Alchian e Demsetz, tendo em vista que os vínculos que caracterizam a empresa alcançariam também os fornecedores, clientes, bancos e empregados.

4.2.2.2 A contribuição de Jensen e Meckling

Jensen e Meckling concentraram seus estudos principalmente na análise da *public company* (sociedade com capital difuso), na qual constatam a presença de

³⁵¹ “But who will monitor the monitor? One constraint on the monitor is the aforesaid market competition offered by other monitors, but for reasons already given, that is not perfectly effective. Another constraint can be imposed on the monitor: give him title to the net earnings of the team, net of payments to other inputs”. ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p. 782.

³⁵² ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*. v. 62, n. 5., Dezembro, 1972, p. 787.

relações contratuais envolvendo os acionistas e gestores.³⁵³ De acordo com essa visão, a *public company* é descrita como um *nexus of contracts*, ou seja, um feixe de relações contratuais, sendo o termo contrato utilizado no seu sentido econômico, representando qualquer relação econômica pautada em um acordo recíproco.³⁵⁴

Ao contrário do que foi estipulado no modelo de Alchian e Demsetz, na *public company*, grande parte dos acionistas consideram mais vantajoso transferir a direção e o controle da atividade produtiva a um grupo restrito. Daí porque não haveria sentido em se pensar que o direito de se apropriar exclusivamente do lucro, já seria, por si só, suficiente a estimular uma maior participação na fiscalização das atividades. Nessas sociedades, observa-se um conjunto de contratos que instauram relações de “agência”, pelas quais os sócios, considerados *principals*, delegam poderes para os gestores, que, na condição de *agents* dos primeiros, deverão exercitá-los em nome dos acionistas.³⁵⁵

Segundo Alchian e Demsetz, o *manager* acaba se confundido com o proprietário da empresa. Nesse prisma, os problemas de agência se mostram restritos entre controladores e trabalhadores dependentes.³⁵⁶ Como já haviam

³⁵³ "Theory of the Firm: An Empty Box? While the literature of economics is replete with references to the theory of the firm, the material generally subsumed under that heading is not actually a theory of the firm but rather a theory of markets in which firms are important actors. The firm is a black box operated so as to meet the relevant marginal conditions with respect to inputs and outputs, thereby maximizing profits, or more accurately, present value. Except for a few recent and tentative steps, however, we have no theory which explains how the conflicting objectives of the individual participants are brought into equilibrium so as to yield this result." JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976. p. 3.

³⁵⁴ "It is important to recognize that most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals. This includes firms, non profit institutions such as universities, hospitals, and foundations, mutual organizations such as mutual savings banks and insurance companies and co-operatives, some private clubs, and even governmental bodies such as cities, states, and the federal government, government enterprises such as TVA, the Post Office, transit systems, and so forth." JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976, p.5.

³⁵⁵ "We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers, there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The *principal* can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent. In addition in some situations it will pay the *agent* to expend resources (bonding costs) to guarantee that he will not take certain actions which would harm the principal or to ensure that the principal will be compensated if he does take such actions. However, it is generally impossible for the principal or the agent at zero cost to ensure that the agent will make optimal decisions from the principal's viewpoint." JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976.

³⁵⁶ Ao contrário de Alchian e Demsetz, destacam que as relações contratuais são a essência da empresa também em face dos fornecedores, clientes, credores, e assim por diante. Com efeito, os problemas de custos de agência alçam todas essas relações, independentemente da existência de uma

notado Berle e Means, esse modelo não se revela adequado para descrever as médias e grandes empresas, caracterizadas pela separação da propriedade em relação ao controle.³⁵⁷

Na concepção dos teóricos da *nexus of contracts*, a necessidade de especialização do trabalho representava o principal fator da separação entre propriedade e controle. Se por um lado essa divisão garantia exclusivamente ao *manager* a função de direção e de fiscalização dos diversos *input owners*, permitia, por outro, que os acionistas se preocupassem exclusivamente com o risco do investimento, na maior parte dos casos, disperso em outras empresas.³⁵⁸

A criação de uma organização pautada nesse processo de transferência da gestão para os administradores apresenta também os seus problemas. Nesse sentido, os autores passam a destacar os custos de agência como o principal problema do governo societário, já que a disparidade de informação disponível e de interesses poderia gerar conflitos entre acionistas e administradores, fazendo com que o agente não se empenhasse adequadamente no exercício da sua função.

Uma vez influenciados pela teoria da agência, Jensen e Meckling passam a adotar o pressuposto de que a disparidade de informação disponível e de interesses representa um fator contínuo de desequilíbrio no interior da empresa. Como não há a possibilidade de eliminar essa instabilidade, torna-se necessário, ao menos, reduzi-la, com adoção de modelos de fiscalização e de incentivos.

Em relação aos incentivos, sustentam que a previsão de um salário correspondente à função pode não se mostrar suficiente, como acontece quando não existem condições de se acompanhar diretamente o comportamento do agente.

produção conjunta. Nesse sentido: "They emphasize the role of monitoring in situations in which there is joint input or team production. We are sympathetic to with the importance they attach to monitoring, but we believe the emphasis that Alchian and Demsetz place on joint input production is too narrow and therefore misleading. Contractual relations are the essence of the firm, not only with employees but with suppliers, customers, creditors, and so on. The problem of agency costs and monitoring exists for all of these contracts, independent of whether there is joint production in their sense; i.e., joint production can explain only a small fraction of the behavior of individuals associated with a firm." JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976, p.09.

³⁵⁷ "Since the relationship between the stockholders and the managers of a corporation fits the definition of a pure agency relationship, it should come as no surprise to discover that the issues associated with the "separation of ownership and control" in the modern diffuse ownership corporation are intimately associated with the general problem of agency. We show below that an explanation of why and how the agency costs generated by the corporate form are born leads to a theory of the ownership (or capital) structure of the firm." JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976, p.09.

³⁵⁸ JESEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*. n.3, 1976, p. 45.

Nesses casos, seria interessante um sopesamento entre os incentivos e os ricos, de forma a evitar que o agente mostre total indiferença aos resultados, estipulando, por exemplo, aumento da remuneração do administrador proporcional ao incremento dos ganhos dos acionistas.

De acordo com a teoria da agência, a possibilidade de prever possíveis comportamentos desleais, em face da pressuposição da assimetria de informações e interesses, permite, na celebração do contrato, que o “principal” (acionistas, empregadores, etc.) ajuste mecanismos de monitoramento, incentivo e distribuição do risco para a mitigação dos problemas de agência.

É nesse ponto que os autores destacam a importância da individualização de um acordo na empresa, capaz de, ao estipular mecanismos de controle, limitar os efeitos nocivos de comportamentos “oportunistas”. Mais do que propor a fragmentação da empresa, a nova versão da teoria do *nexus of contracts* revelava-se, assim, um importante modelo para a descrição de novos custos da atividade empresarial, relacionados à negociação de um complexo sistema de controle e incentivos.³⁵⁹

Apesar de a teoria da agência ter contribuído para desvendar os conflitos que se desenvolvem no interior de determinadas organizações, tendo influenciado marcadamente a análise econômica do direito societário dos Estados Unidos, ela foi alvo de contundentes críticas entre os próprios economistas. O principal problema estaria no fato de se imaginar, como destacou Williamson, que o “futuro não reserva surpresas”, ou seja, a relação principal-agente pressupõe, de forma equivocada, a premissa de que as partes envolvidas seriam capazes de estabelecer, de antemão, um contrato, neutralizando os efeitos futuros de comportamentos desleais.³⁶⁰

Para evitar a ilusão de que um conjunto de estruturas pré-determinadas seria suficiente para capturar possíveis eventos futuros, o melhor seria partir de um novo pressuposto: a incompletude do contrato. Foi o que fez a chamada nova economia institucional. A racionalidade limitada dos agentes econômicos representa um obstáculo para redação de contratos complexos que garantam investimentos contínuos e uma adaptação à alteração das circunstâncias fáticas.³⁶¹ Nesse contexto,

³⁵⁹ Nesse sentido: MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milano: Giuffrè, 2000, p.230.

³⁶⁰ WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.17.

³⁶¹ WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio;

a empresa passa a ser vista como uma estrutura de governança alternativa ao mercado, para lidar com as incertezas e minimizar custos de transação.³⁶² Na classificação de Williamson, a hierarquia, o mercado e uma terceira forma híbrida formam as estruturas básicas de governança, cada uma com suas vantagens e desvantagens.³⁶³ A empresa, após comparar as alternativas existentes, poderá decidir quais as operações que deverão ser realizadas sob o controle interno, em que prevalece uma estrutura hierárquica, e quais poderão ser negociadas no próprio mercado.

4.2.3 Modelos descritivos encobrendo pretensões normativas

A teoria do *nexus of contracts* permite enfrentar o problema da natureza da empresa sem que seja necessário recorrer à metáfora da pessoa jurídica.³⁶⁴ Essa

SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.20.

³⁶² WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.23.

³⁶³ WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.25.

³⁶⁴ A teoria do *nexus of contracts*, como já destacado, foi desenvolvida no contexto da Análise Econômica do Direito. Nos últimos quarenta anos, a chamada Análise Econômica do Direito (AED) tem conquistado um grande destaque no cenário jurídico. Apesar de a sua origem estar relacionada ao trabalho de economistas e juristas americanos, mais especificamente da Universidade de Chicago, os trabalhos de Coase, Calabresi e Posner, repercutiram em vários países da Europa e da América Latina. A AED tem como objetivo principal analisar questões jurídicas sob o ponto de vista econômico. Para tanto, essa singular aproximação tem como premissa fundamental a idéia de que o Direito envolve necessariamente uma racionalidade econômica, que, por sua vez, confere grande destaque à lógica da eficiência econômica. Como destaca Xavier Calsamiglia, essa forma de investigação dos problemas jurídicos parte da noção de que o universo econômico é composto por indivíduos que se relacionam através de intercâmbios constantes. As ações são marcadas, assim, por um processo de eleição entre várias alternativas possíveis, sendo que essas escolhas são feitas de acordo com as “preferências individuais que organizam todo esse conjunto de alternativas.” Partindo do pressuposto de que as regras jurídicas influenciam no comportamento individual, forja-se um modelo no qual o Direito passa a ser visto com um instrumento de atribuição de benefícios e sanções voltados para a maximização do bem-estar social. CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho Madri*. n. 13, Madrid, pp. 69-88, 1999. É importante destacar que não se trata de um movimento homogêneo, como ressalta Alejandro Bugallo: “O movimento não é homogêneo, ao contrário, congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada *conservadora*, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a *liberal-reformista*, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Lejanovski como *tendência neoinstitucionalista*, que

nova visão da empresa busca superar a posição tradicional, apoiada na figura do sujeito abstrato, para, assim, alcançar uma valoração substancial do fenômeno empresarial, com a individualização dos seus elementos essenciais. Nesse contexto, a empresa passa a ser retratada como o centro de um feixe de relações contratuais, explícitas ou implícitas, entre as diversas pessoas envolvidas na atividade empresarial. No lugar de descrever a organização empresarial a partir da intermediação conceitual de um ente que transcende a identidade de cada agente, adota-se um modelo voltado para a despersonalização da empresa, na medida em que valoriza as relações contratuais entre os seus verdadeiros participantes.³⁶⁵

Nessa visão contratual, os termos e condições desse *corporate contract* resultam dos próprios acordos negociados pelas partes ou decorrem das regras impostas pelo ordenamento. No segundo caso, a função do legislador seria a de reforçar o cumprimento dos contratos e de estabelecer um conjunto de regras-standards, chamadas de *default rules*, destinadas a suprirem as lacunas presentes nos contratos.³⁶⁶ Em face da presença dos custos de transação – como a dificuldade no acesso às informações relevantes ou na redação dos contratos – as partes não se mostram capazes de estabelecer, *ex ante*, todas as regras necessárias. Segundo a teoria do *nexus of contracts*, a função do ordenamento seria a de fornecer regras de *default* para as situações em que os custos de transação impediram as próprias partes de discipliná-las.

Uma vez reconhecida a função subsidiária do ordenamento, haveria

se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson”. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006.

³⁶⁵ Como destaca Carlo Marchetti: “Eppure, mai nei dibattiti antecedenti alla diffusione del modello contrattuale dell’impresa era stata posta in discussione la legittimità del riferimento alla organizzazione d’impresa come ad un qualche cosa che transcende la mutevole identità dei soggetti che vi partecipano. Come evidente, la concezione contrattualista della società rifiuta decisamente tale impostazione. Non ha più senso, sostengono i giuristi impegnati nella recezione del modello economico del *nexus of contracts*, fare riferimento ad una finzione di natura puramente giuridica come è quella rappresentata dalla entità sociale. Per poter correttamente analizzare le complesse problematiche che si pongono nello studio e nell’applicazione del diritto societario occorre invece partire dalla consapevolezza che l’oggetto di qualsiasi analisi in materia altro non è se non un intreccio di relazioni contrattuali tra soggetti umani”. MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milano: Giuffrè, 2000, p.18.

³⁶⁶ Segundo J. William Callison e Allan W. Vestal: “In this view, the state’s role is limited to contract enforcement; concepts of good faith and fair dealing are merely contract “gapfillers” or “default rules” to cover items that the parties would have covered by contract had they had the foresight to do so in the absence of transaction costs, and parties are free to decline to be bound by these default rules”. CALISON, J. William; VESTAL, Allan W. Contractarianism and Its Discontents: Reflections on Unincorporated Business Organization Law Reform. *Suffolk U. L. Rev.*, n. 493, 2008.

necessidade de estabelecer qual critério deveria nortear a elaboração da norma destinada a suprir a lacuna contratual. Para uma parte dos autores que adotam essa visão contratual, como F. Easterbrook e D. Fischel, a solução seria o método do *hypothetical bargain*. Tanto o legislador como o juiz deverão procurar a solução mais eficiente, que as partes teriam hipoteticamente formulado, caso não existissem os custos de transação.

Mesmo havendo divergências entre os próprios seguidores sobre os desdobramentos da teoria do *nexus of contracts*, deve-se notar que esse aparente modelo descritivo acaba, na verdade, encobrindo pretensões normativas. Diante do arranjo da *default rule*, percebe-se, claramente, a opção por minimizar a ingerência do Estado nas relações societárias e empresariais.³⁶⁷ Isso porque essas diretrizes gerais seriam destinadas apenas à integração dos contratos, sob o pressuposto de que as partes implicadas se encontram em melhores condições para disciplinar os interesses em jogo do que o legislador, na busca pela maximização de riqueza.³⁶⁸

No modelo de *default rule*, a participação dos sujeitos na decisão não é alvo de preocupação, na medida em que o legislador está orientado a buscar uma solução que permita ao *manager* realizar apenas as operações que consigam avultar as riquezas dos acionistas e do próprio *manager* (maximização do *surplus*). Porém, ainda que as decisões possam representar, em seu resultado, alguma vantagem para todas as partes, como a maximização de lucros, é fato que nem todos participam do processo de tomada de decisão, ao que pode haver desacordo sobre o caminho escolhido para obtenção do resultado atingido.

O modelo da *hypothetical bargain* parece apresentar alguma preocupação

³⁶⁷ A adoção do modelo de regras de default implica na redução do papel do Estado em matéria societária. “La letteratura in materia di default rules pone sullo stesso piano regole societarie e regole contrattuali, utilizzando argomentazioni ed esempi che possono essere applicati in entrambi i settori. Una pressoché completa simmetria si riscontra anche nelle definizioni della nozioni di default rule. Alle regole legali si attribuisce il compito di integrare il contratto societario quando i contraenti non abbiano disciplinato una determinata situazione.” BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000, p.100.

³⁶⁸ Como descreve Dworkin ao comentar o pensamento de Posner: “Se duas partes concluem uma barganha com certo preço, podemos ter certeza de que a riqueza foi aumentada (colocando de lado problemas de exterioridades) porque cada uma delas tem alguma coisa que prefere ter àquilo a que renunciaram. Se os custos da transação são ‘elevados’ ou a transação, pela natureza do caso, é impossível, Posner e outros recomendam o que chamam de imitar o mercado, o que significa impor o resultado a que, segundo acreditam, o mercado teria chegado. Reconhecem, portanto, ou antes insistem em que a informação sobre o que as partes teriam feito numa transação de mercado pode ser obtida na ausência da transação, e que tal informação pode ser confiável para que se atue com base nela.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.361.

com a legitimidade das decisões nas relações empresariais ao reivindicar que o legislador e o juiz busquem soluções eficientes, na tentativa de alcançar o resultado que as partes teriam obtido, não fossem os obstáculos, como custos de transação.

Se o modelo do *default rule* sequer tematiza a questão do processo de tomada de decisão, esse último modelo, do *hypothetical bargain*, também não escapa a uma crítica procedimental pelo aspecto construtivista que revela possuir. Em semelhante linha à noção de “véu da ignorância” de Rawls, esse modelo pressupõe ser uma boa decisão aquela em que a pessoa que decide coloca-se na posição ideal do outro, para quem se decide, na tentativa de alcançar o que esse outro julgaria ser o melhor.³⁶⁹

Mas se não há intersubjetividade na decisão, e, em sociedades pós-convencionais, não há uma noção consensual ou minimamente homogênea sobre o que é bom ou ruim; o modelo não tem como garantir, com a ideia de hipotética negociação, uma mínima correspondência fática.

De todo modo, para além da crítica procedimental, as duas linhas de argumentação – *default rule* e *hypothetical bargain* – dão ensejo a uma crítica mais forte, de ordem substancial. Em ambas as linhas, constata-se que a referência de uma boa decisão em relações empresariais recai sobre o critério de eficiência. Se no modelo de *default rule* o legislador pouco intervém, é porque as partes estão mais habilitadas a otimizar suas ações e decisões na busca pela eficiência; no modelo *hypothetical bargain*, legislador e juiz conseguem boas soluções quando se investem na posição das partes, isto é, em negociação voltada a essa mesma busca pela eficiência. Em ambos, presume-se, assim, que todos os implicados são movidos pelo mesmo valor – maximização de riquezas, eficiência – como se só essa postura esboçasse algum sintoma de racionalidade.³⁷⁰

As críticas à teoria do *nexus of contracts* não se restringem às pretensões

³⁶⁹ Nesse sentido, conferir: BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000, p.104.

³⁷⁰ Dworkin é um dos principais críticos da tentativa de se colocar a maximização da riqueza social como critério de decisão judicial: “não afirmei que maximizar a riqueza social é apenas uma entre os vários objetivos possíveis, ou que é um objetivo social mesquinho, pouco atraente e impopular. Afirmei que ela não faz nenhum sentido como objetivo social, mesmo entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca. Portanto, é bizarro atribuir aos juízes o motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.393.

normativas. Ainda enquanto modelo descritivo, a opção pelo contrato no lugar do sujeito abstrato não convence. No próprio contexto norte-americano, vários autores, passaram a questionar a descrição da empresa pela via contratual, como se existisse um consenso prévio que legitimasse a atuação do *manager* em face dos vários acionistas dispersos.³⁷¹

A teoria do *nexus of contracts* tenta remover a visão antropomórfica que acompanha a empresa, eliminando qualquer referência a um ente abstrato. No entanto, assim como aconteceu com o nominalismo, o combate à abstração é feito com a adoção de outro modelo individual, no qual a empresa passa a ser retratada a partir do ponto de vista de indivíduos autônomos que, na persecução dos seus próprios interesses, estabelecem negociações referentes à utilização dos fatores de produção. Nesse modelo fluido, a unidade conceitual, que contribuía na delimitação das fronteiras entre mercado e empresa, esvai-se no emaranhado de relações que envolvem fornecedores, consumidores, sócios, empregados e administradores. Em face dessa desintegração da empresa, há a necessidade de se buscar outras respostas capazes de garantir a unidade conceitual fornecida pelo ente abstrato sem, no entanto, comprometer a complexidade das relações que se desenvolvem no seu interior.

4.3 A despersonalização da empresa na Itália

4.3.1 O protagonismo da atividade na reforma do direito societário italiano

Em 2003, a reforma da sociedade de capital na Itália, em coerência com a normativa comunitária, alterou profundamente a disciplina do financiamento da empresa.³⁷² O principal objetivo da reforma era estimular o desenvolvimento e a

³⁷¹ “It is erroneous to use the term ‘contract’ to describe dispersed stockholders’ relation to corporate management, if by doing so the user assimilates the assumptions about parties’ volition and cognition in conventionally bargained contracts to the circumstances that attend the connection between management and its corporation”. BRUDNEY, Victor. Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract. *Colum. L. Rev.* 1403, novembro, 1985.

³⁷² “La prima riforma organica del diritto delle società di capitali dal 1942 e` divenuta realtà con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, il 21 gennaio 2003, del Decreto Legislativo n. 6/2003, emanato

competitividade entre as empresas, estimulando o acesso aos mercados internos e internacionais de capital.³⁷³ Para alcançar esse resultado, havia necessidade de enfrentar o já analisado problema da empresa com uma nova disciplina que fosse capaz de desenvolver um sistema não mais centrado no sujeito, mas na atividade, que representa o elemento central para análise do fenômeno empresarial.³⁷⁴

Segundo o Código de 1942, haveria duas formas de se aportar recursos em uma sociedade por ações: a primeira, relacionada aos recursos destinados pelos interessados em se tornar sócios da sociedade por meio de entradas que seriam contabilizadas como participação no capital da sociedade; a segunda, com o financiamento de terceiros por meio da aquisição de outros títulos emitidos pela sociedade.³⁷⁵

De acordo com a reforma, a *società per azioni*, correspondente a nossa sociedade anônima, deveria ser modelada segundo princípios que conferissem grande destaque à circulação das participações sociais e ao acesso ao mercado de capitais. A fim de facilitar a alteração do modelo de financiamento adotado até então, foi estabelecido que as sociedades poderiam constituir patrimônios

in attuazione della Legge delega n. 366 del 2001. Come è stato già da molti osservato, si tratta di un intervento di grande portata e—come tutte le vere riforme—non soltanto per la varietà ed importanza delle modifiche introdotte ai singoli istituti, ma anche per il cambiamento di prospettiva che, nel complesso, lo anima e che si esprime, trasversalmente, in grande parte della nuova normativa.” ROSSI, Guido; STABLINI, Alessandra. Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario. In: La Riforma delle Società di Capitali – *Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003, p.121.

³⁷³ “Le problematiche del *finanziamento* hanno costituito indubbiamente un importantissimo stimolo per l'avvio della riforma, diventando elemento qualificante del nuovo assetto normativo, come si evince dall'art. 2 l.d. n. 366/2001, che enuncia quale primo principio generale il ‘perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali’”. MASSAMORMILE, Andrea Pisani. Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi. In: La Riforma delle Società di Capitali – *Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano. 2003, p.1268.

³⁷⁴ “[...] la riforma è stata chiamata ad <<**afrontare e risolvere i problemi dell'impresa**>> e che, in questa prospettiva, essa pone al centro della scena l'impresa - ovvero l'attività per il cui svolgimento è costituita la società - e in funzione di essa affronta i temi di ordine finanziario, relativi alle tecniche mediante le quali l'impresa acquisisce le risorse per svolgere la propria attività e, per un altro verso, quelle con cui i suoi esiti economici vengono distribuiti tra coloro che vi sono in vario modo interessati” (grifo do autor). LA LICATA, Donatella. *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*. Torino: Giappichelli Editore, 2008, p.06.

³⁷⁵ “Em relação ao modelo de financiamento do Código Civil *italiano*, conferir Brescia Mora: “Il diritto commerciale, in particolare il diritto societario delineato nel codice civile de 1942, nella sua impostazione iniziale, mostra scarsa attenzione per gli aspetti finanziari della gestione imprenditoriale [...] questi ultimi erano essenzialmente regolati nella disciplina delle società di capitali in connessione con l'emissione di azioni o quote, quali titoli di partecipazione al capitale [...] l'unica forma di finanziamento diversa, disciplinata dal codice, era rappresentata dalle obbligazioni, la cui emissione era consentita alle sole società per azioni e in accomandita per azioni, entro limiti stringenti.” BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.98.

destinados a um específico negócio, segundo condições e limites determinados pelo legislador.³⁷⁶ Além da possibilidade da separação patrimonial, as sociedades poderiam emitir instrumentos financeiros relacionados ao patrimônio destacado.

Para estimular o acesso ao mercado de capitais, foram estipulados os limites e as condições de emissão de instrumentos financeiros participativos e não participativos. Nesse ponto, o parágrafo 6º do artigo 2346 estabelece que a sociedade, após os aportes dos sócios ou de terceiros, poderá emitir instrumentos financeiros contendo direitos patrimoniais e administrativos, sendo vedado, apenas, o direito de voto na assembleia dos acionistas.³⁷⁷

Como destaca a doutrina italiana, o aparecimento de novas formas de financiamento demonstraram a insuficiência de antigos modelos que orientaram o legislador na confecção do Código de 42, como por exemplo, a distinção entre capital de risco e capital de crédito.³⁷⁸ Na verdade, subjacente a essa dicotomia se encontra a distinção entre financiamento de tipo participativo e financiamento de tipo creditício. No modelo tradicional do legislador, as principais figuras contratuais de financiamento utilizadas não estimulavam os credores a valorar o projeto empresarial, uma vez que se consideram estranhos ao risco da atividade, de forma que a preocupação volta-se exclusivamente à existência de garantias reais e pessoais válidas.³⁷⁹ Quando se parte, diversamente, de uma perspectiva financeira,

³⁷⁶ Segundo Giorgio Oppo, o novo modelo de destinação patrimonial adotado representa uma das principais novidades da reforma: “Il primo è che alla separazione del patrimonio dell’impresa dal patrimonio del soggetto può seguire una ulteriore frantumazione del primo. Non si vede infatti ostacolo a che l’unico azionista (o chi per esso) possa decidere questa ulteriore frantumazione costituendo — secondo nuove previsioni normative — patrimoni destinati a singoli affari (art. 2447 *bis* ss.) e stipulando « contratti di finanziamento di singoli affari » (art. 2447 *decies*): scelte gestorie che realizzano una ulteriore separazione patrimoniale (la prima nei limiti del dieci per cento del patrimonio netto, la seconda senza neanche questo limite) e che privilegiano i creditori nati dalla singola iniziativa rispetto agli altri, personali e sociali.” OPPO, Giorgio. *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni. Rivista di Diritto Civile*. Partel, Padova: CEDAM, 2003, p.471.

³⁷⁷ “Gli strumenti finanziari « altri », allora, risultano dotati di una versatilità maggiore di quelli tradizionali, specie se si considera che a fronte dell’ampia libertà in ordine all’apporto sottostante, teste segnalata, essi possono attribuire al titolare diritti patrimoniali e amministrativi genericamente indicati nella norma e quindi, almeno a priori, non distinguibili con evidenza da quelli connessi alle azioni. In altri termini, sia le azioni, sia gli strumenti finanziari possono attribuire o non attribuire questo o quel diritto, patrimoniale ed amministrativo (sul tema si ritornerà infra), ma gli strumenti finanziari « altri » possono avere ad oggetto qualsiasi apporto. MASSAMORMILE, Andrea Pisani. *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*. In: *La Riforma delle Società di Capitali – Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003, p.1273.

³⁷⁸ Nesse sentido é a crítica de Luigi Salomone. Para tanto conferir: SALOMONE, Luigi. *Gestione e separazione patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2001. Mesmo antes, já se observava esse tipo de crítica, como se vê em: FERRI JR, G. *Patrimonio e gestione: Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazioni*. gen-feb,n. 1-2, 1992, p.25.

³⁷⁹ “I tipi contrattuali di finanziamento maggiormente utilizzati, sia breve termini, sia medio e a lungo

verifica-se uma aproximação entre a concessão de crédito e a utilização dos recursos, o que exige uma participação mais ativa dos financiadores na gestão da atividade econômica financiada.³⁸⁰

Dentro dessa nova perspectiva, o legislador procurou trazer, para o próprio Código Civil, uma disciplina apta a disciplinar o chamado financiamento destinando, que não se confunde com o patrimônio destinado. Apesar de a “destinação” representar o núcleo central das duas figuras, deve-se observar que os dois institutos são bastante distintos. No caso do patrimônio destinado, observa-se que a sociedade poderá segragar parte do seu patrimônio, constituindo, assim, um núcleo autônomo que se encontra vinculado, exclusivamente, ao exercício de uma específica atividade.³⁸¹ Nesse caso, a separação patrimonial enseja uma especialização da responsabilidade, uma vez que o credores ficam, inicialmente, vinculados ao patrimônio que se mostra adstrito ao negócio em questão, não podendo buscar a satisfação dos seus créditos em outros núcleos da própria sociedade.³⁸²

Já no caso do financiamento destinado, o contrato estabelecerá que o reembolso total ou parcial do financiamento será feito com base no resultado obtido pela própria atividade, isto é, não há um destaque de bens já existentes no patrimônio da sociedade, mas de fluxos financeiros futuros.³⁸³ Nos últimos anos,

termine, sono strutturati in modo da separare la figura del finanziatore dal soggetto che partecipa al rischio d'impresa. In quest'ottica, la banca nel concedere il credito all'imprenditore non valuta tanto il progetto imprenditoriale, ma confida soprattutto sull'esistenza di valide garanzie reali o personali” BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.179.

³⁸⁰ “É per questo motivo che il creditore non si disinteressa di come viene gestita l'attività; specifiche clausole contrattuali impogono al debitore obblighi informativi nei confronti del finanziatore, ma anche puntuali impegni su alcune scelte gestionali” BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.180.

³⁸¹ O legislador utilizou a expressão “Patrimoni destinati ad uno specifico affare”. Com a reforma, o artigo 2447 bis passou a apresentar a seguinte redação: “La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi”. Ao contrário da letra a, na letra b, foi previsto o financiamento destinado, regulamento, posteriormente no artigo 2247 *decies*, “Finanziamento destinato ad uno specifico affare”: “[1] Il contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare ai sensi della lettera b) del primo comma dell' articolo 2447-bis può prevedere che al rimborso totale o parziale del finanziamento siano destinati, in via esclusiva, tutti o parte dei proventi dell'affare stesso.”

³⁸² A ideia da especialização da responsabilidade é desenvolvida por Ferro-Luzzi em: FERRO-LUZZI, Paolo. La disciplina dei patrimoni separati. In: La Riforma delle Società di Capitali – *Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2002, p.132.

³⁸³ Il project financing ci pare allora descrivibile come una logica finanziaria (o ancor meglio, una particolare prospettiva finanziaria) volta a incentivare l'intervento del capitale (privato) nel finanziamento della realizzazione di singoli progetti, spesso di tipo infrastrutturale e di valenza

verificou-se uma crescente diversificação das técnicas de financiamento da atividade econômica, sendo que grande parte desses novos instrumentos reproduzem modelos contratutais típicos da *common law*, como se nota no caso do *project financing*.³⁸⁴ Nesse modelo, a cobertura do financiamento, geralmente ligada a questões de infra-estrutura, encontra-se atrelada à perspectiva de rentabilidade e do fluxo de caixa do próprio projeto. Ao contrário das outras formas que se mostram vinculadas genericamente a um sujeito, no caso do *project financing*, o reembolso se descola do sujeito para se atrelar ao êxito da própria atividade.³⁸⁵

A garantia do credor deixa de se subordinar apenas ao patrimônio do devedor, voltando-se principalmente para o resultado da atividade econômica. Conseqüentemente, o credor responsável pelo financiamento passa a se preocupar com a forma como os recursos estão sendo geridos e, principalmente, com os resultados da própria gestão. Essa preocupação crescente com os destinos da atividade faz com que os contratos de financiamento sejam redigidos com a previsão de cláusulas que estipulam um minucioso dever de informar, de modo a garantir ao credor o acompanhamento das principais decisões referentes à gestão da atividade.³⁸⁶

pubblica (normalmente caratterizzati da un'ingente dimensione dell'investimento finanziario, da una particolare complessità tecnica, da una durata lunga o lunghissima del ciclo economico) e in cui i committenti sponsors o, in quelli pubblici, la Pubblica Amministrazione committente, affidano ad un soggetto, normalmente costituito ad hoc (la società di progetto (8) o, special purpose vehicle, in acronimo SPV) la realizzazione di un'opera (come detto, spesso « pubblica »), prevedendosi poi che il « corrispettivo » per la società di progetto (e quindi la « garanzia » esclusiva su cui i soggetti che hanno reso possibile l'operazione, finanziandola, fanno affidamento) consista essenzialmente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera realizzata per un periodo sufficiente a ripagare e a remunerare il capitale, di rischio e di debito, investito." CARRIÉRE, Paolo. Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti In: La Riforma delle Società di Capitali – *Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003, p.1000.

³⁸⁴ "Non a caso, come più volte ricordato le norme in questione appaiono ispirate alla prassi operativa del project financing, Centrale per la realizzazione del meccanismo operativo di quest'operazione è l'isolamento del projeto dai suoi promotori che si può realizzare attraverso la creazione di una project company, ovvero mediate un trust." BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.198.

³⁸⁵ Brescia Mora destaca que a inovação do legislador demonstra a passagem do modelo pautado no financiamento do sujeito para uma nova forma, na qual se destaca o financiamento da atividade. Nesse sentido: "Si può sostenere che in queste operazioni, e nella loro disciplina, si registra il passaggio dal finanziamento del soggetto al finanziamento dell'attività [...] finno a oggi il finanziamento dell'impresa è costruito, sia nella disciplina dei contratti, sia in quella societaria, come finanziamento del soggetto che la esercita". BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 203.

³⁸⁶ Como observa Renato Santagata, a inexistência dessas formas alternativas acabou ensejando, na prática, o aparecimento de contratos caracterizados pela junção da finalidade associativa com a de crédito, conhecidos como contratos de "retrocessione di azioni a prezzo garantito". De acordo com esse contrato, os sócios responsáveis pelo controle da sociedade transferiam temporariamente um bloco de ações a uma instituição de crédito em troca de determinada quantia, sendo que os primeiros se comprometiam a executar um plano de reorganização e de desenvolvimento da sociedade. No

A necessidade de contemplar a atividade de um ponto de vista dinâmico impõe uma revisão da própria noção de garantia, acarretando, assim, o aparecimento de novas formas.³⁸⁷ A destinação do financiamento se aproxima desse processo, por apresentar um modelo de garantia flutuante, vinculada exclusivamente aos valores que poderão ser obtidos no exercício da empresa. Com isso preserva-se a perspectiva dinâmica da empresa, pois os credores não poderão buscar a satisfação dos seus créditos nos bens necessários para o exercício da atividade empresarial.

4.3.2 Empresa e destinação patrimonial

O instituto do patrimônio destinado confere destaque ao papel do financiamento na disciplina da atividade empresarial. A possibilidade da destinação foi conferida apenas à sociedade por ações, correspondente a nossa sociedade anônima. De acordo com a opção do legislador, a complexa organização presente nessa forma societária poderia garantir maior transparência e controle no processo, sendo que a técnica não poderá ser utilizada nas hipóteses em que a própria lei já estabelece qual a forma necessária para o exercício de determinada atividade, como ocorre nos casos de atividade bancária e de seguros.

A destinação faz com que uma sociedade possa atuar em setores econômicos diversos por meio de uma operação de segregação patrimonial, realizada, na prática, para possibilitar a segmentação da própria atividade.³⁸⁸ No

caso de inadimplemento do programa, o banco financiador poderia exigir a retrocessão das ações a um preço maior do que aquele estipulado no mercado acionário. Em contrapartida, na hipótese de êxito, os sócios cotroladores poderiam reaver as ações a partir de um preço pré-definido, independente de eventual perda ou lucro que tenha ocorrido no período. SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000, p.78.

³⁸⁷ Atualmente, observa-se uma crise na disciplina das garantias reais, principalmente no âmbito empresarial, como se observa em: “Si tratta — siprosegue — d’una conferma della crisi delle garanzie reali, che, legate come sono ad una concezione statica dei beni, appaiono sempre meno adeguate ad un sistema economico che pone il suo baricentro non nel valore d’uso, ma nel valore di scambio. Da qui la ricerca di nuove prospettive per la tutela del credito, che tende a spostarsi dai beni — oggi largamente mobilizzati e dematerializzati — all’attività cui quei beni sono strumentali ed aspiri a superare le rigidità che, nel nostro sistema, caratterizzano le strutture formali della garanzia reale ».” LAMANDINI, Marco. I patrimoni «destinati» nell’esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio, 2003, n.6. In: *La Riforma delle Società di Capitali - Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003, p.490.

³⁸⁸ Como destaca Niccolò Baccheti, o patrimônio destinado promove uma multiplicação dos centros de

exercício da atividade empresarial, observa-se, principalmente nos casos das grandes empresas, a necessidade de se adotarem modelos organizativos que venham garantir a segmentação da atividade produtiva em várias áreas estratégicas autônomas. A criação desses centros facilitaria, em tese, a alocação dos recursos disponíveis e o desenvolvimento de estratégias competitivas adequadas a cada setor.

Do mesmo modo, essa possibilidade de segregar a atividade permitira uma fragmentação do risco, na medida em que as perdas ficariam restritas à unidade de negócio responsável pelo insucesso, não alcançando as demais. Em face da necessidade de compartimentalização da atividade, pode-se perguntar qual seria a forma mais adequada para a obtenção desse resultado. Atualmente, a constituição de grupos representa a principal forma de se promover a articulação da atividade econômica em unidades autônomas.³⁸⁹ Com a destinação patrimonial, o legislador pensou em uma técnica alternativa que permitisse à sociedade atuar em setores econômicos diversos, garantindo, sem a duplicação do sujeito, a segmentação da própria atividade e, conseqüentemente, dos riscos.

No países que afirmam o princípio da universalidade da responsabilidade, nota-se a presença do entendimento de que seria função exclusiva do legislador estabelecer quais as situações que, de forma excepcional, permitiriam afastar tal princípio. Se, em sentido contrário, essa tarefa fosse conferida à autonomia privada,

autonomia patrimonial da empresa. Nesse sentido, lembra que a destinação se apresenta como técnica alternativa à personificação para a articulação do risco da empresa. Nesse sentido: "Il patrimonio destinato è uno strumento di moltiplicazione dei centri di autonomia patrimoniale dell'impresa. La tecnica della destinazione viene infatti ad affiancare la persona giuridica in quella vicenda che ha segnato l'evoluzione dei paesi capitalistici. Nella storia degli ordinamenti europei, per la verità, persona giuridica e autonomia patrimoniale hanno avuto traiettorie di sviluppo indipendenti". BACCETI, Niccolò. *Creditori Extracontrattuali, Patrimoni Destinati e Gruppi di Società*. Milão: Giuffrè, 2009, p.01-02.

³⁸⁹ Não se pode esquecer que, do ponto de vista jurídico, não havia, a princípio, a possibilidade de uma sociedade participar como sócia de outra. Como lembra Guido Rossi, considerando que as sociedades anônimas foram constituídas, inicialmente, para garantir à pessoa natural o privilégio da responsabilidade limitada no exercício coletivo da empresa, percebe-se que havia certa resistência em se permitir que uma sociedade pudesse "duplicar a sua responsabilidade", adquirindo ações de outra sociedade. ROSSI, Guido. Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo a risolvere. In: BALZARINI, P; CARCANO, G; MUCCIARELLI, G. *Gruppi di Società: Atti del Convegno Internazionale di studi*. Milão: Giuffrè, 1998, p.17. Daí porque, como observa Francesco Fimmanò, o trust representou, durante grande parte do século XIX, a principal forma de se garantir a concentração empresarial, como se observava com a Standard Oil Company que, em 1879, reuniu sob sua direção toda atividade petrolífera. Com a proibição da utilização do trust para tal finalidade, em função do Sherman Act em 1890, surgiram novas formas jurídicas para a concentração da atividade, baseadas principalmente na participação direta no capital de outras sociedades, o que se tornou possível quando o estado de New Jersey alterou a sua legislação, passando a permitir a constituição de holding com a aquisição e participação acionárias de outras sociedades. FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p.18.

o resultado alcançado poderia ser temário, uma vez que os interesses dos credores seriam tutelados de acordo com a conveniência dos próprios devedores. Segundo Di Sabato, esse problema não se verifica com a disciplina do patrimônio destinado. Embora exista acordo entre a sociedade e os credores do patrimônio separado, a doutrina italiana afirma que o grau da limitação da responsabilidade não é estipulado completamente pelas partes, uma vez que é a própria lei que apresenta as principais coordenadas do novo regime.³⁹⁰

De acordo com esse quadro legislativo, foram estabelecidos: a) a necessidade de deliberação para a constituição³⁹¹; b) a existência de uma regime de publicidade para que a separação tenha eficácia real³⁹²; c) a obrigação de formular e publicar um plano econômico-financeiro, do qual resulta a congruidade do patrimônio em relação à realização da específica atividade, a modalidade e as regras relativas a sua utilização, o resultado que se busca perseguir e eventuais garantias fornecidas a terceiros;³⁹³ d) a necessidade de uma contabilidade autônoma;³⁹⁴ e) um limite quantitativo para a destinação que não poderá exceder 10% do patrimônio líquido da sociedade, que funciona como verdadeiro teto para a “gestão contratual do risco”.³⁹⁵

³⁹⁰ DI SABATO, Franco. Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte dagli investitori finanziari. In: *Banca, borsa e Tit. Cred.*, 13, 2004, p.17. Nesse sentido também Francesco Fimmano: “É tuttavia resta inteso che non è l'autonomia privata a creare, in tal caso, il limite di responsabilità del patrimonio. In realtà, con il costituire la *cellula*, la società crea soltanto il vincolo di destinazione; dal quale poi è la legge a far discendere la limitazione di responsabilità”. FIMMANO, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p. 40.

³⁹¹ O artigo 2447 *ter* estabelece que a deliberação para a constituição do patrimônio destinado será feita pelo conselho de administração, que deverá indicar: “a) l'affare al quale è destinato il patrimonio; b) i beni e i rapporti giuridici compresi in tale patrimonio; c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, le modalità e le regole relative al suo impiego, il risultato che si intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi; d) gli eventuali apporti di terzi, le modalità di controllo sulla gestione e di partecipazione ai risultati dell'affare; e) la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'affare, con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono; f) la nomina di una società di revisione per il controllo contabile sull'andamento dell'affare, quando la società non è già assoggettata alla revisione contabile da parte di una società di revisione ed emette titoli sul patrimonio diffusi tra il pubblico in misura rilevante ed offerti ad investitori non professionali; g) le regole di rendicontazione dello specifico affare”. ITÁLIA. Código Civil.

³⁹² Segundo o artigo 2447 *quater*, a deliberação será depositada e inscrita no registro de empresa, sendo que, no prazo de 60 dias da inscrição, os credores sociais poderão se opor à segregação patrimonial. Mesmo com a oposição, o tribunal poderá confirmar a destinação, exigindo, para tanto, o reforço das garantias prestadas. ITÁLIA. Código Civil.

³⁹³ O plano econômico-financeiro exerce um papel fundamental na destinação, como destaca Renato Santagata: “i creditori possono quindi confidare in uno specifico programma che in qualche misura, circoscrive la libertà del debitore (società) di investire in progetti rischiosi trasferendo il rischio del loro eventuale insuccesso sui finanziatori”. SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 70.

³⁹⁴ ITÁLIA. Código Civil. Artigo 2447 *sexies*: “[1] Con riferimento allo specifico affare cui un patrimonio è destinato ai sensi della lettera a) del primo comma dell' articolo 2447-bis, gli amministratori tengono separatamente i libri e le scritture contabili prescritti dagli articoli 2214 e seguenti.”

³⁹⁵ Nesse sentido, conferir SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino:

Como indica Iamicelli, não se trata simplesmente de substituir o legislador pela autonomia privada do devedor.³⁹⁶ Com a disciplina do patrimônio destinado, busca-se um novo modelo no qual o sistema de heterotutela dos credores da empresa passa a conviver com técnicas de autotutela, fazendo com que parte dos investidores passem a ostentar o direito de escolher a melhor forma de regular os seus próprios interesses, de acordo com as coordenadas traçadas, previamente, pelo próprio legislador. Dentro dessa liberdade controlada, foi conferida às partes a possibilidade de estipular que o patrimônio geral da sociedade responda de forma subsidiária pelas dívidas do patrimônio especial, garantindo, pelo menos em tese, que o regime de responsabilidade adotado não seja apenas o reflexo dos interesses do devedor.³⁹⁷ Em relação aos credores do patrimônio geral, o legislador lhes conferiu um direito de oposição à destinação que poderá ser exercido até dois meses da inscrição no registro de empresas da deliberação constitutiva do patrimônio destinado.³⁹⁸

No sistema de destinação do patrimônio à determinada iniciativa empresarial, a autonomia patrimonial passa a ser interpretada a partir de uma lente funcional que revela tanto o valor da atividade como o da organização. A atividade, enquanto modalidade de desenvolvimento da ação, passa a ser analisada em uma perspectiva dinâmica, da qual decorrem situações jurídicas que não podem ser explicadas no esquema direito subjetivo-obrigação.

A técnica da destinação patrimonial inserida pelo legislador italiano permite, no âmbito do mesmo sujeito, a constituição de autônomos centros de interesses e de imputação de atos e de relações jurídicas. Diante dessa possibilidade, torna-se necessário esclarecer se esse processo implicaria no reconhecimento de novas subjetividades. Para enfrentar essa questão é importante observar, mais uma vez, que o legislador italiano se preocupou em apresentar uma disciplina voltada para a valorização da atividade.³⁹⁹ A destinação patrimonial remete à possibilidade da

Giappichelli, 2000, p.70.

³⁹⁶ IAMICELLI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni*. Padova: CEDAM, 2003.

³⁹⁷ ITÁLIA. Código Civil. Artigo 2447 *quinquies* “[3] Qualora la deliberazione prevista dall' articolo 2447-ter **non disponga diversamente**, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.” (grifo nosso)

³⁹⁸ Segundo o artigo 2447 *quater*, no prazo de 60 dias da inscrição, os credores sociais poderão se opor à segregação patrimonial.

³⁹⁹ “Proprio muovendo da tale impostazione - e, cioè, ponendo al centro l'attività e non il soggetto - si avverte l'esigenza di pensare una nozione di patrimonio che si potrebbe definire dell'impresa, piuttosto che della società. Più esplicitamente, sembra di poter guardare al patrimonio come all'insieme dei

existência de várias empresas em face de um único empresário, sendo que os resultados obtidos no âmbito de cada atividade, ainda que negativos, não são imputados, no sentido tradicional do termo, ao sujeito, mas a cada centro de interesses autônomo.

Essa nova vertente da antiga ideia da segregação patrimonial tem um importante efeito simbólico, na medida em que relativiza o tradicional arranjo do direito privado, caracterizado pela junção das noções de personalidade, sociedade e autonomia patrimonial, aspectos que no Código Civil de 2002 continuam sendo tratados como se fossem praticamente coincidentes.⁴⁰⁰

4.3.3 Destinação patrimonial e autonomia patrimonial diferenciada

A destinação a um *specifico affare*, deve ser interpretada como a vinculação de determinadas células patrimoniais, pertencentes ao mesmo sujeito, a um escopo pré-determinado. Trata-se, assim, da “separação na separação”, pois na própria constituição das sociedades, como já visto, observa-se também um processo de destinação, que é, contudo, relativizado em face da constituição do sujeito abstrato.⁴⁰¹

A diversificação promovida pela destinação patrimonial não representa apenas uma forma para garantir a melhor utilização dos bens que compõem o patrimônio da empresa, mas um meio que permite a alocação dos recursos disponíveis a diversas iniciativas, promovendo, assim, uma compartimentalização das atividades exercidas em unidades distintas (*business unit*). Esse processo de segregação dos riscos, que já foi tratado como “fuga da responsabilidade”, representa uma característica das empresas que atuam em mercados cada vez mais

rapporti (meglio, dei valori) strumentali, appunto, all'esercizio dell'impresa: un insieme di valori, cioè, unificati quanto alla funzione. LA LICATA, Donatella. *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

⁴⁰⁰ “Con l'introduzione dei patrimoni destinati all'interno della società per azioni, l'ordinamento afferma una scissione completa tra la responsabilità patrimoniale per l'esercizio delle attività economiche e quella del soggetto, che rivesta o meno la qualifica di persona giuridica.” BRESCIA MORA, Concetta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: Profili evolutivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.196.

⁴⁰¹ SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000.

competitivos.⁴⁰²

A separação não traz benefícios apenas para a sociedade, como a segregação do risco e a simplificação no controle da informação de cada unidade. Os próprios credores também seriam beneficiados, na medida em que essa diversificação lhes retira o ônus de monitorar todo o complexo de situações jurídicas patrimoniais titularizado pela sociedade. A partir da destinação, a fiscalização volta-se apenas para a unidade à qual o crédito se encontra vinculado. Daí Ferro-Luzzi afirmar que o instituto disciplinado pelo legislador não pode ser analisado no plano da titularidade ou da própria imputação de bens e direitos, cabendo ao intérprete perceber que a destinação, no caso da disciplina do artigo 2447 do Código Civil italiano, representa o meio para promoção da especialização da garantia e, conseqüentemente, da responsabilidade patrimonial.⁴⁰³ Da mesma forma, afirma Francesco Fimmanò que, no instituto apresentado na reforma, o foco não está propriamente na autonomia patrimonial, mas sobre a destinação econômica realizada “in funzione della specializzazione della responsabilità rispetto ai creditori”.⁴⁰⁴

Como bem destacou Niccollò Bacceti, não se pode pensar, contudo, que a destinação patrimonial representa apenas mais um capítulo da propagação da responsabilidade limitada da empresa.⁴⁰⁵ A consciência de que a limitação da responsabilidade dos sócios promove a transferência do risco da atividade para terceiros despertou o legislador italiano para a necessidade de elaborar uma

⁴⁰² FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p. 42.

⁴⁰³ “Consegue chiaramente, devo ripetere, che la « separazione » va intesa e costruita in via prioritaria non già sul piano dell'appartenenza, titolarità, dunque imputazione di beni e di diritti, di complessi di questi, di pezzi, di frazioni di azienda, ma piuttosto, ed in principio, di responsabilità, ovviamente patrimoniale, posto da un lato che il finanziamento destinato allo specifico, nuovo affare non grava, sotto il profilo dell'obbligo di rimborso, sull'intero patrimonio della società, contro il principio generale dell'art. 2740, comma 1 e 2, c.c., onde da tal patrimonio generale è in un certo senso separato, e posto dall'altro lato che al servizio di tal finanziamento sono collocati in via specifica, ed in principio esclusiva, proventi dell'affare, individuati e destinati a tal fine prima che entrino nel patrimonio delle società, quivi allora confondendosi tra componenti attivi e passivi del reddito prima, dell'utile poi, e dunque sono anche essi separati dal patrimonio generale della società, se si vuole contro il principio dell'art. 2741.” FERRO-LUZZI, Paolo. *La disciplina dei patrimoni separati*. In: *La Riforma delle Società di Capitali – Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2002.

⁴⁰⁴ “Al contrario nei patrimoni destinati a specifici affari l'accento è posto, anche da un punto di vista meramente letterale, non solo e non tanto sull'autonomia del patrimonio ma sulla destinazione innanzitutto economica in funzione della specializzazione della responsabilità ai creditori.” FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p.30.

⁴⁰⁵ BACCETI, Niccolò. *Creditori Extracontrattuali, Patrimoni Destinati e Gruppi di Società*. Milão: Giuffrè, 2009.

disciplina na qual a autonomia patrimonial, seja perfeita ou imperfeita, não se mostre mais indiferente aos credores da sociedade.⁴⁰⁶

Nesse contexto, forja-se uma autonomia patrimonial diferenciada, isto é, sensível àqueles credores que não se encontram em condição de repassar o risco que lhes foi transferido.⁴⁰⁷ Enquanto em relação às obrigações pertinentes à específica atividade, a sociedade responde nos limites do patrimônio destinado, em relação às vítimas de um ato ilícito, produzido no âmbito dessa mesma atividade, o legislador, ao contrário, estabeleceu a ineficácia da separação, permitindo-lhes, assim, acionar o patrimônio geral da sociedade.⁴⁰⁸ Com esse tratamento diferenciado, a técnica da destinação ressalta o caráter ambíguo que marca a visão unitária da limitação da responsabilidade, principalmente quando confrontada com os credores mais fracos, como as vítimas de atos ilícitos.⁴⁰⁹

Da técnica da destinação do patrimônio à empresa resulta um novo contexto, no qual a limitação da responsabilidade se descola do conjunto de regras internas da sociedade, relacionadas ao capital, para se aproximar de elementos que se encontram fora dos limites da pessoa jurídica. Com esse desvio do foco para o exterior, fica claro que a responsabilidade limitada não elimina o risco, mas apenas o transfere, de forma desigual, para os credores.⁴¹⁰ Uma vez constatada a

⁴⁰⁶ "Nell'ambito del ceto indifferenziato dei creditori esistono soggetti diversi, perché le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore sono diverse." FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p.30.

⁴⁰⁷ "La situazione soggettiva di fisiologica debolezza del creditore involontario - che subisce il danno contro la sua volontà, senza aver mai accettato di correre alcun rischio - è posta a base dell'istanza di accordargli una protezione più intensa, o almeno equivalente, a quella riservata dall'ordinamento al creditore contrattuale, pienamente consapevole circa la nascita del rapporto obbligatorio e perfettamente in condizione di cautelarsi". AMATUCI, Carlo. *Fatto illecito della società e responsabilità proporzionata dei soci*. Milano: GIUFFRÈ, 2002, p.14.

⁴⁰⁸ Segundo Fimmano: "l'estensione della responsabilità illimitata è connessa alle obbligazioni derivanti non solo da illecito extracontrattuale ma, a nostro avviso, più in generale da fatti che configurino un illecito in ogni tipo di rapporto. Questo perché la ratio della deroga è data dalla distinzione tra creditori volontari, che hanno contrattualmente accettato di potersi soddisfare soltanto sui beni gravanti dal vincolo, siccome espressamente menzionato [...] e creditori inconsapevoli, ai quali non può essere opposto alcun vincolo di responsabilità in presenza di danni cagionati nello svolgimento dell'affare". FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*. Milano: GIUFFRÈ, 2008, p.152.

⁴⁰⁹ A ineficácia da separação para as vítimas do ato ilícito foi prevista no artigo 2447 quinquies: "[3] Qualora la deliberazione prevista dall' articolo 2447-ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito." ITALIA. Código Civil.

⁴¹⁰ Essa transferência é vista pela doutrina econômica como uma externalidade negativa: "Ai fini di una migliore comprensione del concetto - che assume un rilievo centrale nell'indagine - sembra opportuno richiamare la definizione che ne dà autorevole dottrina economica, per la quale l'externalità è l'effetto che ha la decisione di una persona su qualcuno che non prende parte a quella decisione."

assimetria que caracteriza essa transferência, abre-se espaço para regimes diferenciados de responsabilidade, de forma a evitar que a disciplina da limitação continue indiferente a razões que informam a natureza de cada crédito.⁴¹¹

A preocupação com a construção de uma autonomia diferenciada em relação aos chamados credores involuntários está presente também no ordenamento brasileiro. No julgamento de recurso especial envolvendo o caso do desabamento do Shopping Osasco, a ministra Nancy Andrighi, para confirmar o entendimento de que o parágrafo 5º do artigo 28 do CDC estaria relacionado à teoria menor da desconsideração, apresentou a seguinte fundamentação:

A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.⁴¹²

AMATUCI, Carlo. *Fatto illecito della società e responsabilità proporzionata dei soci*. Milano: GIUFFRÈ, 2002, p.54.

⁴¹¹ A preocupação com a transferência dos riscos para os credores que negociam com a sociedade ganhou espaço na análise econômica do direito. De acordo com Posner, o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios representaria uma externalização dos custos para os credores das sociedades, que, no entanto, poderiam negociá-los com a própria sociedade, de forma a buscar a compensação *ex ante* desses custos que lhes foram transferidos. Para tanto, seria necessário que se garantisse aos agentes econômicos um amplo acesso às informações referentes à sociedade bem como um ambiente no qual os credores possuísem reais condições de negociar com a sociedade. POSNER, Richard A. *The rights of creditors o affiliated corporations. The University of Chicago Law Review*, v. 43, 1976. No entanto, após à publicação, vários autores procuraram criticar a principal premissa que sustentava o pensamento de Posner: a idéia de que os credores seriam realmente capazes de compensar — mediante negociações — os custos que lhe foram transferidos pela sociedade. Apesar de o próprio autor ter separado os credores voluntários dos involuntários, o modelo da livre negociação imaginado por Posner não se mostrava presente em relação aos pequenos credores. A dificuldade de obter informações sobre a sociedade faz com que esses credores apresentem um poder de negociação bastante reduzido quando contratam com grandes corporações. Ao mesmo tempo, a dependência fática de fornecedores e consumidores, perante algumas sociedade, retira desses credores a possibilidade de minimizar o risco assumido na contratação. O tema da transferência dos riscos foi retomado por Hansmann e Kraakman. Segundo os autores, a limitação da responsabilidade dos sócios não poderia ser invocada quando os créditos têm como fundamento um ato ilícito (*involuntary creditors*), haja vista que as vítimas dos danos provocados pela sociedade não teriam como negociar — *ex ante* — a transferência dos riscos com a própria sociedade. Nesse sentido: "the law apparently failed to distinguish clearly between tort an contract when it came to shareholder liability. Torts that would bankrupt a publicly traded firm where persumably rare. Such torts seem to be largely a modern phenomenon". HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Toward unlimited shareholder liability for corporate tortsin *Yale Law Journ.* v. 100, 1991, p.1879.

⁴¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 279.273 – SP (2000/0097184-7).14.02.2003. Relator: Ministro Ari Pargendler. In: Diário de Justiça de 29.03.2004.

Assim como se observa nos Estados Unidos, a técnica da desconsideração tem sido aplicada no Brasil para permitir que a limitação da responsabilidade dos sócios não produza efeitos sobre determinado credores, como no caso do consumidor. Em face dessa utilização, a questão que deve ser colocada é se a desconsideração representa o instrumento adequado para a promoção dessa diferenciação, como será analisado no próximo capítulo.

5 A HIPERTROFIA DA DESCONSIDERAÇÃO COMO RESULTADO DA NATURALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

5.1 A hipertrofia da desconsideração

Com a publicação de Rolf Serick *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*, a chamada teoria da desconsideração ganhou o mundo, tornando-se o principal referencial para a sistematização da técnica, de criação jurisprudencial, voltada para combater os abusos e fraudes perpetrados por meio da pessoa jurídica.⁴¹³ Com a tradução da obra para o italiano e o espanhol, não demorou para

⁴¹³ Segundo Serick, as primeiras manifestações da desconsideração no direito alemão estavam relacionadas às sociedades unipessoais. Após a segunda guerra mundial, os juízes também passaram a invocar a técnica para garantir que créditos existentes contra o *Reich* pudessem ser compensados com os créditos de sociedades com participação estatal. Ao mesmo tempo, se questionava se o patrimônio de sociedades, com participação exclusivamente estatal, poderia ser confiscado pelas forças de ocupação, como se fosse um bem do próprio Estado. A grande preocupação de Serick era evitar uma excessiva generalização do instituto. A possibilidade de se afastar a alteridade subjetiva, considerada a principal característica da pessoa jurídica, não poderia ser feita apenas por questões de equidade, como acontecia até então, com base em fórmula vagas e imprecisas. Além de ressaltar o caráter excepcional da desconsideração, Serick destacou que ela poderia ser invocada quando a estrutura formal da pessoa jurídica tivesse sido utilizada de forma abusiva. O abuso ocorreria quando, por meio da pessoa jurídica, se tentasse burlar o cumprimento da lei, de obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Ao final de seu estudo, Serick chega à conclusão de que somente o abuso da pessoa jurídica justificaria a aplicação da teoria. A utilização abusiva ocorreria quando o indivíduo, por meio da sociedade, contornasse uma lei, violasse um contrato ou enganasse fraudulentamente terceiros. De outro tanto, fazia-se necessário também que se investigasse a intenção do próprio agente, uma vez que o juiz não poderia se ater apenas a questões objetivas para superar a personalidade da sociedade. Conforme o entendimento de Serick, os pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração, sintetizar-se-iam em quatro grandes princípios: 1-Caso a estrutura formal da pessoa jurídica tenha sido utilizada de forma abusiva, poderá o juiz, para impedir que se atinja objetivo contrário ao direito, prescindir da regra fundamenta que estabelece uma radical separação entre a sociedade e os sócios. Existe abuso quando, através da pessoa jurídica, busca-se burlar o cumprimento da lei ou de obrigações contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Portanto, só será possível invocar a tutela da boa-fé como razão justificativa para a desconsideração, quando concorrem os pressupostos do abuso assinalados. 2- Não basta alegar que caso não ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, não será possível alcançar a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico..No entanto, quando se tratar da eficácia de uma norma de Direito societário, cuja valor seja tão fundamental que não deva encontrar obstáculos, nem de maneira indireta, a regra geral formulada no parágrafo anterior deve sofrer exceções.3-As normas baseadas em qualidades ou capacidades humanas, ou que consideram valores humanos também devem ser aplicadas às pessoas jurídicas, quando a finalidade da norma corresponda com a natureza da pessoa jurídica. Nesse caso, será permitido alcançar os sócios da pessoa jurídica para verificar se concorrem as hipóteses necessárias para a eficácia da norma.4-Se a forma da pessoa jurídica for utilizada para ocultar a existência de identidade entre pessoas envolvidas em determinado negócio, poderá se afastar a personalidade quando a norma a ser aplicada pressuponha que a identidade ou diversidade das partes envolvidas não seja puramente formal, mas verdadeiramente efetiva. SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Trad. José Puig Brutau.

que a teoria alcançasse também a realidade brasileira. Em palestra realizada na Universidade Federal do Paraná, Rubens Requião, além de batizar a teoria com o nome de desconsideração da personalidade jurídica, a partir da tradução da expressão *disregard of legal entity*, ressaltou que os juízes brasileiros não poderiam ficar indiferentes à utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica.⁴¹⁴

Nos anos que se seguiram à publicação do trabalho de Requião, a desconsideração foi objeto de várias obras, passou a ser invocada, constantemente, pela jurisprudência, e, até mesmo, pelo legislador, seja no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil ou na legislação especial. Atualmente, não se pode negar que a desconsideração da personalidade jurídica representa um termo já incorporado ao Direito brasileiro.

A presença constante da *disregard* no discurso jurídico não significa, contudo, que os problemas relacionados à sua utilização tenham sido solucionados. Da confusão patrimonial⁴¹⁵, passando pela subcapitalização,⁴¹⁶ até chegar aos

Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

⁴¹⁴ No artigo, Requião, após analisar a autonomia patrimonial em nosso ordenamento, discorre sobre os principais pressupostos e requisitos para a aplicação do instituto, conferindo, nessa análise, grande destaque ao caráter excepcional da teoria e, principalmente, ao elemento subjetivo que marcara a construção de Serick. Além de destacar que a desconsideração não visava à invalidação da personificação, mas apenas à sua ineficácia para a solução do caso concreto, Requião procurou identificar textos normativos que teriam já recepcionado o instituto, como nos casos em que a própria lei já estabelecia a responsabilidade de diretores e conselheiros de uma sociedade anônima, os quais, ao atuarem na condição de órgão, haviam descumprido obrigações legais ou estatutárias. REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. (Disregard doctrine)*. V. 410, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12-24, dez.1969.

⁴¹⁵ No lugar da fraude e do abuso, presentes na construção de Serick, Comparato afirmou que a desconsideração estaria associada ao desvio de função da pessoa jurídica. Seguindo essa interpretação funcional do instituto, o critério fundamental para se constatar o desvio, e consequentemente aplicar a desconsideração, seria a confusão de esferas jurídicas. Se a função geral da personificação era garantir a criação de um centro autônomo, haveria uma disfunção, segundo o raciocínio de Comparato, quando não se verificasse, na prática, a separação entre o patrimônio do sócio e o da sociedade. Não há como negar a influência da visão objetiva de Fábio Konder Comparato na elaboração do artigo 50 do Código Civil, já que a referência ao desvio de função e a confusão patrimonial eram elementos fundamentais de sua teoria objetiva, que dispensa a análise da intenção dos sócios. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Deve-se notar que, em face da destinação patrimonial, a confusão patrimonial pode ocorrer no âmbito do mesmo sujeito. Nesse caso, não haveria qualquer sentido em utilizar a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que a confusão de esferas jurídica alcança dois centros de interesses pertinentes ao mesmo sujeito. Podendo, nesse caso, falar de abuso da separação patrimonial sem desconsideração. Como destaca Renato Santagata: “Altro discorso vale se il controcredito della società è artificialmente creato per pregiudicare i creditori di uno dei patrimoni dedicati: in questo caso, tuttavia, il problema non attiene più alla fisiologica operatività della compensazione fra compendi destinati ma coinvolge la distinta tematica, complessa e delicata, dei rimedi agli abusi della separazione patrimoniale”. SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000, p.91.

⁴¹⁶ Na subcapitalização nominal ou formal os sócios transferem recursos para a sociedade por meio de empréstimos, como mútuo, tornando-se, assim, além de sócios, credores da própria sociedade. Diante do insucesso da sociedade, os sócios-credores recuperam o valor repasso, prejudicando,

problemas que envolvem os grupos societários,⁴¹⁷ constata-se a presença de diferentes casos, que apresentam como traço em comum apenas o fato de se relacionarem com uma sociedade personificada. Se, a princípio, a teoria de Serick conferia à desconsideração um caráter excepcional,⁴¹⁸ atrelando-a aos casos de abuso, atualmente, o instituto pode ser invocado quando a pessoa jurídica representa simples obstáculo para a reparação dos danos causados ao consumidor.⁴¹⁹ A ampliação dos pressupostos da desconsideração, apoiada em requisitos cada vez mais flexíveis, faz com que a *disregard* se apresente como uma verdadeira panaceia, como se a técnica fosse capaz de resolver qualquer problema causado por uma sociedade personificada.

O processo de hipertrofia da desconsideração se alimenta também da visão equivocada de que a técnica em questão representa um instituto descomplicado quando confrontado com os tradicionais remédios do direito privado, como a ação revocatória, declarações de nulidade, entre outros, os quais não apresentam a celeridade que é ínsita à técnica desconsiderante.⁴²⁰ Em algumas situações, no afã

assim, os demais credores. Já na subcapitalização material, constata-se que o capital social não se mostra compatível com a atividade escolhida, sendo nitidamente insuficiente para o funcionamento da sociedade.

⁴¹⁷ “Mas a questão do domínio ou controle de uma sociedade costuma ser, sobretudo, objecto da particular atenção dos autores que advogam a ‘desconsideração da personalidade jurídica’ quando esse domínio é exercido por outra sociedade comercial (ou seja, no âmbito das relações de coligação entre sociedades) ou, simplesmente, uma empresa. O problema tem uma dimensão exponenciada à luz daqueles ordenamentos onde não se encontra prevista, de forma organizada, a tutela dos interesses dos credores sociais nestas situações.” RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009, p.245.

⁴¹⁸ A afirmação, em vários julgados, de que a desconsideração representaria uma medida excepcional revela a presença do pensamento de Serick, como se vê em recente decisão do STJ: “Convém assinalar, para logo, que a ‘Disregard’ é medida de caráter excepcional [...] no caso ora em análise, é incontroverso que o capital social foi integralizado e que as atividades da sociedade foram encerradas, em função da morte do sócio-gerente, em 05 de agosto de 2000. Contudo, não houve a regular ‘baixa’ do registro na junta comercial. Tal circunstância, porém, não implica, por si só, em fraude ou abuso de direito e, tampouco, desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 846331/RS-(2006/0096483-0) 23/03/2010. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. In Diário de Justiça de 06/04/2010.

⁴¹⁹ BRASIL. Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.../§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (grifo nosso).

⁴²⁰ Nesse sentido: “A concepção que vem sendo formulada a respeito da teoria da desconsideração da pessoa jurídica como meio processual expedito e descomplicado é fruto dos inúmeros equívocos e abusos praticados pelos juízes ao aplicarem-na aos casos concretos.” CEOLIN, Ana Carolina Santos. *Abuso na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002,

de se buscar a “justiça do caso concreto” pela rápida via da desconsideração, a técnica é invocada mesmo em situações nas quais não se verifica qualquer abuso ou desvio por parte dos sócios. A utilização da desconsideração no Direito do Trabalho representa um exemplo eloquente desse processo. Ainda que não exista previsão da responsabilidade ilimitada de sócios ou de algum dispositivo semelhante ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, a necessidade de garantir o pagamento do empregado faz com que a desconsideração seja utilizada, em face da simples insolvência da sociedade, para imputar responsabilidade aos sócios e administradores.⁴²¹

Nos casos da utilização da desconsideração para a responsabilização dos administradores não sócios, constata-se, inclusive, a dissociação da técnica da sua própria essência. Se a desconsideração representa um instrumento destinado a afastar a autonomia patrimonial da sociedade, não há, em tese, sentido em utilizá-la para responsabilizar os administradores pelas dívidas da sociedade. De acordo com o artigo 50 do Código Civil, o juiz poderá estender os efeitos de determinada obrigação aos bens particulares dos administradores, que passam, assim, a receber idêntico tratamento àquele conferido aos sócios.⁴²² Como foi visto no discurso da alteridade subjetiva, destaca-se, como efeito da personificação, a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade. Representa um grave equívoco equiparar a posição dos sócios com a de administradores e empregados, fazendo com que os ricos do negócio lhes sejam atribuídos sem a devida contrapartida.⁴²³

p.149.

⁴²¹ “Ora as decisões se apegam ao caráter alimentar dos créditos trabalhistas; outras vezes firmam-se no fato de que o empregado não pode suportar os riscos do empreendimento, e noutras, ainda, utilizam-se das disposições legais contidas no Código Tributário Nacional que autorizam a ampliação da responsabilidade dos sócios quando o assunto refere-se a créditos tributários – e não trabalhistas – ressalte-se. Também o Código de Defesa do Consumidor é frequentemente invocado, a despeito de tratar de relações consumeristas e não laborais.” SOUZA, Sueli Baptista de. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

⁴²² BRASIL. Artigo 50 do Código Civil de 2002: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

⁴²³ Como destaca Gustavo Tepedino: “Daí afirmar-se com razão, que a ‘responsabilidade do administrador decorre de ato ilícito, que de origem legal ou convencional’. E isto porque, aos administradores reserva-se uma margem de escolha nas decisões a tomar, sendo indispensável à gestão societária a liberdade para acerto e erro, sem que de uma infeliz decisão resulte necessariamente sanção [...] afinal, *tertius non datur*, ou bem o ato do administrador circunscreve-se no âmbito de escolhas socialmente admissíveis, ou pratica ilícito, deflagrando-se sanções contra a sua atuação pessoal.” TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Desconsideração da Personalidade

A interpretação da técnica da desconsideração como principal instrumento para a atribuição de responsabilidade aos administradores deve ser vista com cuidado, uma vez que os pressupostos que acompanham o discurso da responsabilidade civil, como o dano, nexo de causalidade e culpa, são simplesmente descartados quando se trata da desconsideração.⁴²⁴ Isso não significa que os administradores não devam ser responsabilizados pelos seus atos em face dos danos provocados no exercício da sua função. O que se questiona é a utilização da desconsideração no lugar do sistema da responsabilidade civil dos administradores, como se a existência de uma aparente equivalência de resultados fosse capaz de apagar as substanciais diferenças presentes em cada técnica.⁴²⁵

Como a teoria tradicional, pautada simplesmente no abuso da autonomia patrimonial, não se mostra capaz de retratar todas as situações que recebem o rótulo de desconsideração, surgiram novas doutrinas e classificações. Com efeito, haveria uma teoria maior em contraposição à teoria menor⁴²⁶; uma concepção

Jurídica. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre o Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.07.

⁴²⁴ Da mesma forma, como ressalta Alexandre do Couto e Silva ao comentar a *business judgment rule*, que protege os administradores no processo de decisão: “[...] a *business judgment rule* evita que os tribunais se envolvam em complicados processos de tomada decisão – tarefa que eles não estão devidamente equipados para executá-la. Os administradores são, na maioria dos casos, mais qualificados para tomada de decisões que os juízes”. SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 192.

⁴²⁵ A esse respeito, o projeto de lei 2.426/03, voltado para corrigir os problemas do artigo 50, estabelece um modelo de ineficácia relativa, de forma que não seja mais possível a extensão da desconsideração aos sócios e administradores que não tenham praticado o ato abusivo. Ao mesmo tempo, o projeto se preocupa em estabelecer um procedimento para que a desconsideração possa ser utilizada. Segundo a redação dos artigos 2º e 3º, a parte que se julgar prejudicada pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial deverá indicar, em requerimento específico, sem a necessidade de processo de conhecimento, quais os atos praticados e os administradores ou sócios que foram beneficiados. “Artigo 3º§1º: O Juiz, ao receber a petição, ou mesmo nos casos em que verificar, de ofício, a presença dos pressupostos que autorizem a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilização direta dos membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, mandará instaurar o incidente, em autos apartados, determinando o chamamento dos terceiros eventualmente atingidos em seus patrimônios pessoais para se defenderem no prazo de 05 dias, facultando-lhes a produção de provas. Em seguida, decidirá o incidente, e dessa decisão, de natureza interlocutória, caberá recurso ao tribunal competente.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/178011.pdf>>. Acesso em 22/01/2010.

⁴²⁶ Com a redação do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC, Fábio Ulhoa Coelho passou a sustentar que seria necessário separar a teoria maior da desconsideração, referente aos casos de abuso e desvio de função, da teoria menor, que, como na referida hipótese, permite a utilização da desconsideração independente da constatação de abuso ou fraude. Deve-se notar que a intenção do autor ao utilizar o termo teoria menor não era, a princípio, criar uma nova teoria da desconsideração, mas, no fundo, criticar a forma como a desconsideração vinha sendo utilizada até então, independente de qualquer pressuposto. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35. Acontece a separação das teorias acabou, na prática, contribuindo para legitimar a idéia de que o CDC teria estipulado uma nova forma de desconsideração, como se observou em 2004, quando o STJ, no julgamento de recurso especial relacionado ao desabamento do Shopping Osasco, confirmou o entendimento de que o parágrafo 5º do artigo 28 estaria relacionado à teoria menor da

objetiva,⁴²⁷ que se afastaria do subjetivismo que marcara a teoria de Serick; e, por fim, uma concepção que defenderia a utilização da desconsideração de forma invertida, para permitir que a obrigação que seria, inicialmente, do sócio, fosse estendida à sociedade personificada.⁴²⁸

A desconsideração inversa é um exemplo de como a visão unitária da *disregard* pode ser utilizada para retratar técnicas que se mostram, no fundo, distintas. Nessa modalidade invertida, há uma neutralização dos efeitos que resultam da atribuição da personalidade jurídica, para permitir, principalmente, que os credores dos sócios possam cobrar os seus créditos perante a própria sociedade. Em sua versão original, retratada pelo próprio Serick, essa modalidade invertida era utilizada para combater o desvio fraudulento de bens para a pessoa jurídica.⁴²⁹ No

desconsideração.

⁴²⁷ Fábio Konder Comparato, ao contrário da visão subjetiva, seguindo a tendência de objetivação do instituto no direito alemão, defendia que a desconsideração deveria ser invocada em face de critérios objetivos. No lugar da fraude e do abuso, presentes na construção de Serick, Comparato afirmou que a desconsideração estaria associada ao desvio de função da pessoa jurídica. COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴²⁸ A *disregard doctrine*, como já destacado, permite ao juiz, diante de uma situação concreta, suspender os efeitos que decorrem da atribuição de personalidade jurídica à sociedade. Inicialmente, a obrigação deveria ser imputada à sociedade, mas como a pessoa jurídica estaria sendo utilizada para ocultar uma conduta abusiva, os sócios são chamados para responder pessoalmente por aquela situação. Haveria também a possibilidade de se recorrer à desconsideração com o intuito de que a sociedade responda por obrigações pessoais do próprio sócio. De fato, a princípio, o que se vê nessa situação é uma aplicação invertida da desconsideração, porquanto, nestes casos, não é o sócio que se responsabiliza pela sociedade, mas sim esta em nome daquele. Em geral, a desconsideração inversa procura combater o desvio de bens. O devedor, procurando resguardar o seu patrimônio do credor, transfere seus bens para a sociedade sobre a qual detém o total controle ou participa. Assim, o credor, no momento em que for exigir o adimplemento do referido crédito, não poderá acionar a pessoa jurídica, cujo patrimônio não se confunde com o de seus sócios. A desconsideração inversa ou invertida não representa um instituto novo. Rolf Serick, responsável pela sistematização da teoria na década 50, já havia percebido que a desconsideração era aplicada pelos tribunais também para coibir as transferências fraudulentas do patrimônio do devedor à pessoa jurídica. Nos últimos anos, a desconsideração inversa tem sido invocada, principalmente, no direito de família. Entre as hipóteses assinaladas para aplicação da desconsideração no contexto familiar, destaca-se, a princípio, a utilização do instituto nos casos envolvendo alimentos. Na determinação dos rendimentos que servirão de base para obrigação alimentar, pode ocorrer de o alimentante tentar demonstrar uma capacidade econômica que não condiz com a sua verdadeira situação financeira. Para a prática dessa simulação, a pessoa jurídica pode ser utilizada para encobrir os seus verdadeiros rendimentos, quando, por exemplo, o cônjuge sócio transfere bens para a sociedade da qual faz parte com a intenção de demonstrar uma falsa situação econômica. Além dos alimentos, a desconsideração é vista como um importante instrumento para combater fraudes praticadas na meação de bens entre os cônjuges.

⁴²⁹ Segundo o próprio Serick: “Es frecuente el caso de que un deudor trata de salvar sus bienes de la acción de los acreedores a base de fundar una sociedad a la que transmite todo su patrimonio o partes esenciales del mismo. Las concretas situaciones de hecho en que puede comprobarse que los acreedores sufren un perjuicio de tal clase son muy numerosas.” SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p.109. Sem utilizar o termo desconsideração inversa, Rolf Serick cita vários casos, nos quais se verificava a transferência fraudulenta de bens para a pessoa jurídica. No caso *Booth v. Brunce*⁴²⁹, membros de uma *partnership*, que passava por graves problemas financeiros, fundaram uma sociedade para a qual transferiram todo o patrimônio da

Brasil, essa modalidade tem sido invocada também em questões que envolvem o Direito de Família, como nos casos em que o cônjuge, para fraudar à meação, transfere bens para a sociedade da qual faz parte.⁴³⁰

A desconsideração é utilizada para que o bem transferido retorne ao patrimônio do cônjuge e passe a constar do próprio acervo que será partilhado. Nessa situação, não se pode negar que a autonomia patrimonial representa um obstáculo para que o cônjuge prejudicado possa recuperar o bem transferido, uma vez que, pelo Direito, o patrimônio do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade. Porém, como o ordenamento permite que a penhora recaia sobre a cota do sócio, o cônjuge pode preferir transferir a sua participação social para os outros sócios, retirando-se, assim, da sociedade. Mesmo não representando um instrumento adequado, uma vez que a autonomia patrimonial não representa um obstáculo nesse caso, observa-se, em algumas decisões, a utilização da desconsideração para permitir o retorno da cota ao acervo do cônjuge.⁴³¹ É sempre importante separar a desconsideração das situações em que o próprio ordenamento já disponibiliza outros instrumentos para a declaração de invalidade de determinado

sociedade anterior. Na decisão do caso, o tribunal afastou a argumentação de que as sociedades eram distintas, considerando que a segunda sociedade era apenas uma continuação da primeira. Outro caso citado por Serick foi *First National Bank of Chicago v. Treben Co.*, julgado em 1898. Treben era um devedor insolvente, que criou uma sociedade conjuntamente com seus familiares, tendo lhe transferido todo o seu patrimônio mobiliário. Em razão daquela situação, seus credores procuraram executar a sociedade recém fundada. O tribunal, consoante a decisão anterior, entendeu que a sociedade criada na verdade se confundia com o próprio sócio, propugnando, assim, pelo levantamento da personalidade jurídica. SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p.110.

⁴³⁰ Nesse sentido: “A desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família. Na desconstituição do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome da pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor.” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.45. Conferir também Rolf Madaleno: “[...] a aética fraude engendrada pela forma societária para burlar, reduzir ou esvaziar a meação patrimonial, a par de servir ao sistema causal da separação judicial brasileira, por conduta desonrosa, precisa encontrar na aplicação episódica da *disregard* um expedito e descomplicado meio processual de impedir a subtração fraudulenta dos bens patrimoniais do casamento, evitando cair, como refere Zannoni, numa visão estreita, que tem conduzido doutos a sustentar que a fraude segue confinada às vetustas normas da fraude pauliana, quando está posto a serviço do decisor a eficiente e descomplicada teoria da desconsideração da personalidade jurídica;” MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.33.

⁴³¹ O próprio Rolf Madaleno se refere a um exemplo no qual o juiz se valeu da desconsideração para permitir que as quotas da sociedade, fraudulentamente doadas pelo cônjuge ao seu genitor, retornassem ao patrimônio do primeiro. MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 65.

negócio jurídico por erro, dolo, ou simulação. Se, em face do caso concreto, há a possibilidade de anular ou tornar ineficaz a transferência sem que, para tanto, seja necessário afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, não há sentido em se recorrer a uma medida como a desconsideração.

Não há como falar da hipertrofia da desconsideração no Direito brasileiro sem mencionar o seu maior exemplo: o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor.⁴³² Na tentativa de disciplinar a técnica, foi estabelecido que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou do contrato social, sendo que, em sua parte final, há ainda a referência à má administração, nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou invalidade da pessoa jurídica.

Todas as hipóteses retratadas no dispositivo, retirando o abuso da pessoa jurídica, afastam-se dos pressupostos tradicionais da desconsideração, sendo que, em alguns casos, o legislador acabou se referindo a situações que são, na verdade, correlatas a outros institutos. A prática, por exemplo, de atos com excesso de poder ou estranhos ao objeto social guardam relação com a teoria *ultra vires*, que não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica.⁴³³ Da mesma forma, a referência à má administração revela mais uma vez a tentativa do legislador de equiparar a responsabilidade civil dos administradores com a técnica da desconsideração.

O problema se torna ainda mais grave quando se constata que a redação do

⁴³² BRASIL. Artigo 28 do CDC: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

⁴³³ Há ainda uma nítida confusão entre a desconsideração e a chamada teoria *ultra vires*, quando o artigo trata do excesso de poder e da violação do objeto social. Como já havia observado José Lamartine Corrêa, não há que se falar em desconsideração quando o sócio ou administrador praticam determinado ato estranho ao objeto da sociedade. Além de disciplinarem situações diferentes, não se pode esquecer que as duas teorias, desconsideração e *ultra vires*, tiveram desenvolvimentos distintos, sendo inegável o declínio, mesmo na própria Inglaterra, da teoria *ultra vires* em face da tutela do terceiro de boa-fé que negocia com a sociedade. "[...] não há qualquer desestimação do princípio da autonomia ontológica da pessoa jurídica nas circunstâncias de admitirem determinados dispositivos de lei a responsabilidade dos diretores em caso de comportamento doloso ou culposo ou que viole diretamente a lei ou os estatutos sociais (ou contrato social). Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou gerente agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência)- a responsabilidade será sua por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito seu, por fato próprio." OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

artigo 28 inspirou também a redação de outros dispositivos, como se observa no artigo 18 da Lei 8.884/94⁴³⁴, referente à defesa da concorrência e ainda no artigo 4º da Lei 9.605/98, que trata da defesa do meio ambiente.⁴³⁵ Como se vê na redação desse último dispositivo, o juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao do meio ambiente. Trata-se, com exceção da referência ao meio ambiente, da mesma redação prevista no parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. A referência ao simples obstáculo, permite ao juiz afastar a personalidade jurídica uma vez constatada a falta de recursos da sociedade para pagamento de suas dívidas. À luz dessa perspectiva, não haveria mais relevância em analisar os reais motivos que levaram a pessoa jurídica àquela situação de insolvência, consagrando, assim, a ideia de que o simples inadimplemento já implica em uma presunção de abuso ou má administração.⁴³⁶

Essa interpretação não se mostra consentânea com a realidade empresarial, na qual se verifica que o insucesso no exercício de determinada atividade econômica pode ocorrer mesmo em face da adoção das melhores práticas na gestão do negócio. Talvez, a intenção do legislador tenha sido a de garantir que parte dos credores, como os consumidores, tenham um tratamento diferenciado. A pergunta que deve ser feita é se o meio utilizado, no caso a desconsideração, apresenta-se apto para alcançar essa finalidade? Na parte destinada à responsabilidade diferenciada, essa questão será devidamente analisada.

De acordo com a tese sustentada no presente trabalho, essa hipertrofia da desconsideração não pode ser vista como um processo isolado. A ampliação desordenada dos pressupostos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica representa, no fundo, um reflexo da própria naturalização da pessoa jurídica.

⁴³⁴ BRASIL. Art.18 da lei 8884/94:“A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei , fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁴³⁵ BRASIL. Art. 4º da Lei 9.605/1998: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.”

⁴³⁶ No julgamento do desabamento do Shopping Osasco, o relator do recurso especial, Ministro Ari Pargendller, concordou com o argumento dos administradores para excluí-los do pólo passivo, entendendo que o parágrafo 5º do artigo 28 do CDC não poderia ser interpretado de forma isolada, somente podendo ser aplicado nas hipóteses descritas no *caput* do artigo. O posicionamento do relator foi, no entanto, superado pela análise da Ministra Nancy Andrighi, que, utilizando a teoria menor, defendeu que o parágrafo 5º do CDC teria aplicação autônoma, de forma que a desconsideração poderia ser invocada, naquela situação, independente de abuso ou desvio.

A autonomia patrimonial, perfeita ou imperfeita, é expressa por meio de uma norma que reconhece determinadas condições para sua implementação. Quando a autonomia patrimonial passa a ser vista apenas como uma consequência do processo de personificação, o destaque conferido ao sujeito abstrato acaba por ofuscar a relevância normativa da própria separação patrimonial.

Seria ingênuo supor que a modulação subjetiva do ordenamento está presente apenas na descrição do fenômeno jurídico, facilitando a formação de proposições jurídicas. Além de permitir uma visão unitária na descrição do crédito, do débito e da propriedade, essa modulação, apoiada na dualidade pessoa natural-pessoa jurídica, interfere também na construção de um sistema de técnicas e remédios destinados a combaterem eventuais abusos.

Se a unidade conceitual do termo pessoa jurídica permite um tratamento unitário de um complexo de situações jurídicas, os problemas que se relacionam com esse complexo não deveriam receber um tratamento unitário e generalizante? O equívoco nesse raciocínio está no fato de se pensar que a confusão patrimonial, a subcapitalização, o desvio fraudulento de bens e a má administração somente podem ser combatidos com uma técnica capaz de neutralizar os efeitos que resultam da atribuição da personalidade jurídica.

A ampliação dos pressupostos da desconsideração não pode ser vista como um processo de evolução natural da técnica. Se, no Brasil, constata-se essa tendência de hipertrofia, em outros países, como na Alemanha e na Itália, verifica-se exatamente o contrário: a tentativa de se restringir a utilização da técnica da desconsideração. Para que isso possa ser feito, cumpre, antes de mais nada, separar a técnica da desconsideração dos pressupostos que autorizam a sua utilização.

5.2 Problemas da desconsideração e o método da *disregard*: uma distinção necessária

5.2.1 A desconsideração em três tempos

O primeiro cuidado que deve ser tomado na análise da técnica da “desconsideração da personalidade jurídica” consiste em ressaltar que o termo empregado não descreve de forma precisa a técnica que lhe é inerente. Como foi visto na classificação de José Lamartine Corrêa de Oliveira, se nos sistemas chamados de maximalistas, como se via na Alemanha e também na Itália, havia, inicialmente, uma tentativa de relacionar a personificação à limitação da responsabilidade dos sócios, no Brasil, ao contrário, nunca existiu esse tipo de conexão.⁴³⁷ No ordenamento brasileiro, da atribuição da personalidade jurídica não resulta, necessariamente, a autonomia patrimonial perfeita, já que existem formas societárias personificadas, como a sociedade em nome coletivo, cujos sócios respondem, ilimitadamente, pelas obrigações sociais.⁴³⁸

Além da imprecisão do termo utilizado para a descrição da técnica, outro problema diz respeito à presença de metáforas na descrição da desconsideração. Nos julgados norte-americanos sobre a *disregard* é comum, como já havia percebido Fábio Konder Comparato, deparar-se com as frases *piercing the corporate veil* (penetrando no véu da companhia), *lifting the corporate veil* (levantando o véu da companhia) ou *cracking open the corporate shell* (quebrando a concha da sociedade).⁴³⁹ Em 1929, Benjamin Cardozo afirmou que a doutrina do *veil piercing* encontrava-se “*enveloped in the mists of metaphor*”.⁴⁴⁰ Como essas metáforas dificultam a análise dos pressupostos que determinam a utilização da desconsideração, há a necessidade de revelar não o “véu da pessoa jurídica”, mas as estruturas que se encontram presentes nas decisões que se valem dessas figuras de linguagem.

A utilização de metáforas para expressar a técnica da desconsideração não

⁴³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.128.

⁴³⁸ “A sociedade em nome coletivo caracteriza-se como único tipo societário no Direito brasileiro em que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas dívidas da sociedade. Nessa medida, os sócios – que necessariamente serão pessoas físicas –responderão, pelas obrigações sociais, de forma pessoal (com patrimônio próprio), subsidiária (a responsabilidade do sócio é sempre em grau subsidiário nas sociedades personalizadas), solidária (os credores podem exigir a integralidade do valor de seus créditos de qualquer dos sócios) e ilimitada (respondem com todas as forças do patrimônio social).” CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277.

⁴³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2005, p.355.

⁴⁴⁰ Na opinião do então juiz da *New York Court of Appeal*, seria importante vigiar essa proliferação de metáforas, que, inicialmente, criadas a partir de dispositivos para liberar o pensamento, acabavam, muitas vezes, por escravizá-lo. A passagem é comentada em: VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil* (European Company Law Series). New York: Wolter Kluwer, 2007, p. 136.

representa uma particularidade presente apenas nos Estados Unidos. Como destaca Edoardo Courir, na Alemanha, a possibilidade de afastar a personalidade jurídica para responsabilizar os sócios é também descrita com um termo figurado: *Durchgriff*, que remete à ação de atravessar alguma coisa.⁴⁴¹

O tema da desconconsideração (*Durchgriff*) na Alemanha, como observa Nadia Zorzi, articula-se em três níveis diferentes.⁴⁴² A princípio, há o debate acerca do que a doutrina daquele país chama de *Durchgriffsprobleme*. Nesse ponto, o importante é determinar em que situações seria possível recorrer à técnica da desconconsideração. Desse modo, quando a análise volta-se para os problemas da desconconsideração, busca-se investigar quais são os pressupostos que permitem ao juiz afastar a personalidade jurídica da *GmbH*, correspondente, no Brasil, à sociedade limitada. Atualmente, são destacados três tipos de casos: a confusão de atividades e patrimônios, as relações de domínio nos grupos societários e as situações de subcapitalização.⁴⁴³

Uma vez conhecidos os pressupostos, cumpre investigar o método. Em que consiste exatamente desconsiderar a personalidade jurídica? Tradicionalmente, observa-se o afastamento momentâneo da autonomia patrimonial da sociedade para imputar aos sócios uma responsabilidade que, a princípio, seria da própria pessoa jurídica. Com efeito, nessa situação constata-se a utilização da desconconsideração para a determinação da responsabilidade, isto é, uma *Durchgriffshaftung*.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ “Come negli Stati Uniti, anche in Germania l’attività delle corti rivolta al superamento della barriera societaria è indicata con un nome altamente evocativo: *Durchgriff*, cioè l’azione di afferare attraverso qualche cosa. In questo caso, si afferrano i beni dei soci attraverso il velo o lo schermo societario.” COURIR, Eduardo. *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*. Milano: Giuffrè, 1997, p.63.

⁴⁴² ZORZI, Nadia. *L’abuso della personalità giuridica-Tecniche sanzionatorie a confronto*. Padova: CEDAM, 2002, p.44.

⁴⁴³ “As situações em que, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência defendem o recurso à desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade comercial com vista à responsabilização do sócio pelas dívidas sociais, ou a redução teleológica das normas que consagram que os sócios não respondem perante os credores sociais (embora por vezes ainda se fale, mesmo neste casos, em desconconsideração) resumem-se, em regra, a três grandes grupos de casos: subcapitalização material (originária ou superveniente) controlo da sociedade por um sócio e mistura de patrimônios.” RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁴⁴ Não se pode confundir essa técnica com a utilização do termo desconconsideração para fins de imputação. Para evitar essa confusão, costuma-se separar a desconconsideração para fins de imputação (atribuição), da desconconsideração para fins de responsabilidade. Como na obra de Serick, o termo desconconsideração (*durchgriff*) era utilizado para contemplar essas duas situações, é importante separá-las. No caso *Bank of United States v. Devaux*, por exemplo, não se verifica a utilização da desconconsideração para fins de responsabilidade, uma vez que a autonomia patrimonial da sociedade não foi atingida. Em 1809, como a Constituição dos Estados Unidos limitava a jurisdição federal às questões que envolviam cidadãos de diferentes Estados, o *Chief Justice* Marshall, com o objetivo de

A separação entre os problemas (*Durchgriffsprobleme*) e o método (*Durchgriffshaftung*) permite um terceiro nível de análise: a investigação da existência de técnicas alternativas à desconsideração para fins de responsabilidade (*Durchgriffshaftung*). A utilização desse modelo faz com que a técnica tenha o seu campo de incidência reduzido, na medida em que nem todas as situações descritas, inicialmente, como hipóteses de desconsideração serão solucionadas pela via da *disregard*. Ao retratar essa tendência, Nadia Zorzi recorre à imagem de uma pirâmide invertida, formada por uma base ampla, na qual se encontram todas as situações descritas como hipóteses de desconsideração; e por um vértice, constituído pela técnica da *disregard*, que não representa mais a principal via para a solução de todos aqueles problemas:

Il sistema complessivo ruotante intorno al *Durchgriff* può essere così raffigurato come una piramide rovesciata, la cui base, relativa ai *Durchgriffsprobleme*, è ancora molto ampia, ma il cui vertice, relativo alla propria *Durchgriffshaftung*, implicante il disconoscimento dell'alterità soggettiva, si presenta ormai, dopo un percorso alquanto contrastato, come autentica rarità.⁴⁴⁵

O famoso caso envolvendo o comerciante Salomon pode ser utilizado como um exemplo dessa tendência. Presença obrigatória em todos os livros e artigos que tratam da desconsideração, esse julgado é apresentado como o primeiro caso de aplicação da técnica da desconsideração. Na maior parte das descrições, observa-se a preocupação em destacar que a conduta de Salomon representa uma típica hipótese de abuso, justificando, assim, a utilização da desconsideração. No entanto, subjacente à genérica expressão “abuso da pessoa jurídica”, é importante investigar qual foi realmente a hipótese que autorizou, em um primeiro momento, a neutralização da autonomia patrimonial da sociedade. Uma vez delimitado o problema, passa-se à terceira etapa: haveria, atualmente, uma técnica alternativa

garantir a competência das cortes federais, no lugar de analisar o domicílio de uma *corporation*, levou em conta o fato de que cada sócio residia em estados diferentes. Nesse sentido Maria de Fátima Ribeiro: “Por *Haftungsdurchgriff* ou *Durchgriffshaftung* entende-se, geralmente, a operação que permite fazer responder o sócio de responsabilidade limitada de uma sociedade comercial directamente perante os credores sociais [...] impõe-se, antes de mais nada e para a compreensão do sentido do mecanismo que conduz à responsabilização directa dos sócios perante os credores sociais, a distinção entre *Durchgriff* de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e *Durchgriff* de responsabilidade; nesse último caso, diversamente do que se passa nos casos *Durchgriff* de imputação, não está em causa a utilização da pessoa colectiva para camuflar certas características, comportamentos ou conhecimentos dos sócios [...]” RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009, p.134.

⁴⁴⁵ ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica: tecniche sanzionate a confronto*. Padova: CEDAM, 2002, p.03.

para resolver aquela mesma situação?

5.2.2 Desconstruindo Salomon

Aaron Salomon, bem sucedido comerciante inglês de couro e calçados por mais de 30 anos, resolveu transformar o seu negócio em uma sociedade. A *Salomon & Co. Ltd* foi fundada em 1892, sendo que, do capital total registrado apenas seis ações foram distribuídas entre sua mulher e seus cinco filhos, ficando o restante com o próprio Salomon.⁴⁴⁶ Como o comerciante havia também transferido o seu estabelecimento para a nova sociedade, foram emitidas obrigações, na forma de debêntures, em seu nome, de forma que, além de sócio majoritário, Salomon tornou-se também o principal credor da sua própria sociedade.⁴⁴⁷ Após um ano de funcionamento, a sociedade já estava com dificuldades para pagar as suas dívidas, o que acabou ensejando a sua liquidação. Uma vez constatado que os bens eram insuficientes para o pagamento de todos os credores, havia a necessidade de se determinar se a obrigação emitida em favor de *Salomon* era válida e se deveria ser paga em detrimento dos demais credores quirografários.⁴⁴⁸

Tanto o juiz Vaughan Williams, como a *Court of Appeal* sustentaram que a sociedade deveria ser indenizada por Salomon, que continuou sendo o verdadeiro proprietário do negócio. Deve-se notar que a fundamentação da responsabilidade não resultava do fato de *Salomon* deter quase que a totalidade das ações, mas da finalidade para a qual a sociedade havia sido criada, isto é, “uma corporação para fins ilegítimos”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil* (European Company Law Series). New York: Wolter Kluwer, 2007, p. 120-125.

⁴⁴⁷ Na transferência ficou ajustado que o valor a ser pago pelo estabelecimento seria de £ 39.000 – quantia considerada, posteriormente, exagerada. Desse valor, £ 10.000 foram pagos com a emissão de debêntures, que conferiam a Salomon uma garantia real sobre todos ativos da sociedade; £ 20.000 com ações da própria sociedade e o restante em dinheiro. VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil* (European Company Law Series). New York: Wolter Kluwer, 2007, p.121.

⁴⁴⁸ Todos os ativos foram utilizados para o pagamento de Salomon, que ainda ficou com um crédito de £ 7800. Os demais credores afirmaram que a sociedade era apenas um *agent* de Salomon, que, enquanto principal, deveria indenizá-la para que os seus créditos fossem honrados. VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil* (European Company Law Series). New York: Wolter Kluwer, 2007, p.121.

⁴⁴⁹ “The company must, therefore, be regarded as a corporation, but as a corporation created for an illegitimate purpose. Moreover, there having always been seven members, although six of them hold

Quando o caso chegou a *House of Lords*, a decisão, por unanimidade, foi revista, à argumentação de que os atos praticados por Salamon não poderiam ser confundidos com os atos da própria *company*. Além do mais, todo o procedimento legal previsto para o reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade havia sido respeitado. A legislação exigia para a constituição de uma *company* a presença de no mínimo sete membros, com pelo menos uma ação cada. No entanto, não havia nenhuma exigência de que eles tivessem um interesse substancial na atividade exercida.

Segundo o entendimento do tribunal, a teoria da agência, como foi visto na primeira instância, não poderia ser utilizada para justificar a responsabilidade de Salamon. De acordo com Lord Halsbury, em voto que se tornou clássico, somente existiriam duas opções: “the limited company was a legal entity or it was not”, isto é, ou a sociedade é pela lei uma entidade distinta dos seus sócios e, assim, a atividade econômica exercida lhe é imputada e não ao seu membro, ou ela não existe como distinto sujeito de direito e, portanto, não poderia agir como *agent* de qualquer pessoa.⁴⁵⁰ Segundo Paola Manes, a decisão no caso Salomon teve um grande impacto no Direito inglês, contribuindo para admissão, posterior, da *one-man company* e, principalmente, para afirmação do princípio *separate corporate personality*, que consagra a autonomia da *company* em relação aos seus membros.⁴⁵¹

Tendo em vista o modelo de análise apresentado anteriormente, como

only one 1l. share each, Mr. Aron Salomon cannot be reached under s. 48, to which I have already alluded. As the company must be recognised as a corporation, I feel a difficulty in saying that the company did not carry on business as a principal, and that the debts and liabilities contracted in its name are not enforceable against it in its corporate capacity. But it does not follow that the order made by Vaughan Williams J. is wrong. A person may carry on business as a principal and incur debts and liabilities as such, and yet be entitled to be indemnified against those debts and liabilities by the person for whose benefit he carries on the business. The company in this case has been regarded by Vaughan Williams J. as the agent of Aron Salomon. I should rather liken the company to a trustee for him - a trustee improperly brought into existence by him to enable him to do what the statute prohibits. It is manifest that the other members of the company have practically no interest in it, and their names have merely been used by Mr. Aron Salomon to enable him to form a company, and to use its name in order to screen himself from liability. This view of the case is quite consistent with *In re George Newman & Co.*” Voto de Lindley LJ In: MANES, Paola. *Il superamento della personalità giuridica: L’esperienza inglese*. Padova: CEDAM, 1999, p.140.

⁴⁵⁰ “[...] either the limited company was a legal entity or it was not. If it was, the business belongs to it and not to Mr. Salomon. If it was not, there was no person and no thing to be an agent at all; and it is impossible to say at the sametime that there is a company and there is not.” Voto do Lord Halbury. In: MANES, Paola. *Il superamento della personalità giuridica: L’esperienza inglese*. Padova: CEDAM, 1999, p.139.

⁴⁵¹MANES,Paola. *Il superamento della personalità giuridica. L’esperienza inglese*. Padova:CEDAM.1999.p.139

poderia ser diagnosticado o problema que ensejou o debate sobre a responsabilidade pessoal de Salomon?

Para enfrentar essa questão, parte-se do seguinte ponto: no processo de capitalização da Salomon & Co., o principal sócio se tornou credor da sociedade, ao lhe transferir recursos por meio de empréstimos. Ao fazê-lo, o problema referente ao financiamento da sociedade foi resolvido sem que isso implicasse, contudo, o aumento da responsabilidade dos sócios no exercício da atividade desenvolvida. Ao mesmo tempo, todo esse processo gerou uma vantagem substancial para o credor-sócio, que, em face do seu poder de influir nas decisões da sociedade, poderia, como aconteceu com o caso analisado, estabelecer condições mais favoráveis de reembolso. No lugar da genérica expressão “abuso da pessoa jurídica”, observa-se uma situação de subcapitalização formal ou nominal⁴⁵², que pode ser definida nos seguintes termos:

Tratar-se-á de uma sub-capitalização formal, quando dispendo a sociedade dos meios necessários ao exercício da sua actividade, esses meios resultem não do capital próprio, mas de empréstimos que lhe são feitos pelos sócios. O capital social é, no caso, desadequado ao objeto social, ainda que o patrimônio social não o seja por virtude dos empréstimos efectuados.⁴⁵³

Uma vez caracterizado o problema, deve-se investigar a técnica. O caso Salomon representa realmente um exemplo da aplicação da desconsideração para fins de responsabilidade, ou seja, da chamada *Durchgriffshaftung*?

Confrontando a decisão da primeira instância com o julgamento da *Court of Appeal*, tem-se que o liquidante buscava, na verdade, a invalidação das debêntures e a responsabilização de Salomon perante a sociedade. Na própria decisão da *Court of Appeal*, observa-se, no voto de Nathaniel Lindley, a afirmação de que os credores não poderiam acionar diretamente Salomon, mas apenas a sociedade da qual ele fazia parte, como se observa na seguinte passagem:

In a strict legal sense the business may have to be regarded as the business of the company; but if any jury were asked, Whose business was it? they

⁴⁵² “Una vez discutidos algunos de los aspectos centrales de la infracapitalización material, hemos de prestarle atención a la infracapitalización nominal, que se produce cuando la sociedad está correctamente financiada por los socios, pero la financiación se hace en buena parte a través de capital de crédito y no a través de capital de responsabilidad. El problema de esta segunda categoría de infracapitalización reside en que la insuficiencia de medios propios se suple por parte de los mismos socios mediante préstamos a la sociedad.”

⁴⁵³ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social – noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.223.

would say Aron Salomon's, and they would be right, if they meant that the beneficial interest in the business was his. I do not go so far as to say that the creditors of the company could sue him. In my opinion, they can only reach him through the company.⁴⁵⁴ [grifo nosso].

A técnica da desconsideração para fins de responsabilidade consiste na neutralização da separação patrimonial para a responsabilização dos sócios perante os credores sociais. Se, no caso, não se verifica esse modelo, mas a responsabilização do sócio perante a própria sociedade, não há que se falar de um *Haftungsdurchgriff*, mas de uma responsabilidade interna. Como lembra Maria de Fátima Ribeiro, embora não se promova, pela via direta, a satisfação dos credores sociais, seus interesses não deixam de ser tutelados, tendo em vista que com essa responsabilidade interna o patrimônio social é restabelecido e, conseqüentemente, a garantia dos credores.⁴⁵⁵

Mesmo que o caso Salomon não represente um bom exemplo para a demonstração da técnica da *Haftungsdurchgriff*, não se pode negar que, em tese, poderia ter sido utilizada a técnica da desconsideração para permitir a responsabilidade direta de Salomon perante os credores sociais. Em face dessa situação hipotética, que não ocorreu no julgamento em questão, haveria a necessidade de se passar ao terceiro plano, no qual se procura investigar meios alternativos à técnica da desconsideração.

5.2.3 Subcapitalização nominal sem desconsideração

Em relação às formas de combate à subcapitalização nominal, nota-se certa tendência de, no lugar do recurso à desconsideração, buscar a requalificação forçada dos empréstimos feitos pelos sócios, como tem-se assistido no direito

⁴⁵⁴ Voto de Nathaniel Lindley. In: MANES, Paola. *Il superamento della personalità giuridica: L'esperienza inglese*. Padova: CEDAM, 1999, p.139.

⁴⁵⁵ “Os modelos de responsabilização interna, embora não possam prover à satisfação directa dos credores sociais, podem prover à tutela dos respectivos interesses, por duas vias possíveis. No caso de a sociedade exercer o seu direito e exigir ao sócio o ressarcimento dos danos que este lhe causou com a sua actuação, o patrimônio social será beneficiado e, com isso, a garantia dos credores sociais. Recorde-se que, à partida, no âmbito da sociedade por quotas – e se nenhum tipo de responsabilidade pessoal dos sócios tiver sido contratualmente estabelecido – o patrimônio social constitui a única garantia dos credores sociais; pelo que a tutela deste patrimônio, e todas as formas de reintegração ou ressarcimento dos prejuízos que lhe são causados, vai redundar, necessariamente, na tutela dos interesses dos credores da sociedade.” RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009, p.63.

comparado. Segundo Paulo de Tarso Domingues, após a influência de julgados nesse sentido, a solução da conversão forçada foi adotada pelo legislador alemão, com a lei de 4 de julho de 1980, designada GmbH-Novelle, nos § 32a e 32b da GmbH.⁴⁵⁶ De acordo com a redação do § 32 a, o sócio que conceder empréstimo à sociedade não poderá pedir o seu reembolso em processo de falência ou concordata, se ficar constatado que, no momento do empréstimo, a melhor solução seria o aumento do capital, tendo em vista os parâmetros de um comerciante diligente. Para fins de aplicação dessa disciplina, são equiparadas aos empréstimos as operações que lhes sejam equivalentes do ponto de vista econômico, como na aquisição pelos sócios de um crédito de terceiro em face da sociedade. Se, na mesma hipótese, é feito um empréstimo de terceiro, com garantia de um sócio, este deverá restituir à sociedade o valor no ano precedente à declaração de falência.⁴⁵⁷

Da conjugação dos dispositivos, nota-se a preocupação do legislador com o correto financiamento da atividade, haja vista que os aportes dos sócios devem ser feitos de forma a não prejudicar os terceiros que negociam com a sociedade. Nas situações de instabilidade econômico-financeira de uma sociedade, os sócios deverão se preocupar com a forma pela qual serão feitos os aportes, sob pena da requalificação forçada dos seus empréstimos.

Ainda que influenciado pela legislação alemã, o legislador português buscou, contudo, uma solução diferente da anterior, com a consagração do regime de suprimentos. Aqui, o que se vê é a apresentação de uma nova qualificação jurídica para os empréstimos, tratados como contratos de suprimentos. De acordo com o artigo 243 do Código das Sociedades Comerciais, o contrato de suprimentos pode resultar de um empréstimo em dinheiro ou de um negócio, no qual, o sócio estipula com a sociedade a postergação dos seus créditos.⁴⁵⁸ Tanto na primeira situação –

⁴⁵⁶ “A fim de obviar a um tal resultado, tem-se assistido, em direito comparado, a uma requalificação forçada dos empréstimos efectuados pelos sócios, equiparando-os a entradas destinadas a aumentar o capital social. Assim sucedeu na Alemanha, onde –na sequência de orientação jurisprudencial em sentido idêntico – tal solução foi legislativamente consagrada nos parágrafos 32a e 32b da GmbHG.” DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.224.

⁴⁵⁷ “Ha invece efficacia di indice della presenza di una crisi economica il fatto che la società sia costretta a fare ricorso alla concessione di garanzie da parte dei suoi soci per ottenere credito. In ogni caso, i crediti nascenti dalla concessione di finanziamenti a titolo di capitale di prestito sono da iscriverne tra le passività del bilancio, almeno fino a quando non ne sia deliberato il rimborso ai soci.” HITER, Heribert. *Lo sviluppo del diritto dell'impresa e delle società*. Germania negli anni 2000-2006. In: *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 2008, p.543.

⁴⁵⁸ PORTUGAL. Código das Sociedades Comerciais. Art. 243.º n.º 1: “Considera-se contrato de suprimento o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível,

que alcança, além do dinheiro, outras coisas fungíveis – como na segunda, o crédito deve apresentar um “caráter de permanência”, o qual é presumido nas hipóteses em que se verifica a previsão de reembolso superior a um ano.⁴⁵⁹

Além desses créditos não poderem ser utilizados para fundamentar pedido de falência, caso essa venha a ser declarada, esses aportes somente poderão ser reembolsados depois de pagas as dívidas da sociedade, sendo ainda vedada a compensação de seus créditos com os créditos por suprimentos.⁴⁶⁰ Ao mesmo tempo, serão revertidos a favor da massa falida os reembolsos de suprimentos feitos no ano anterior à sentença declaratória. Por fim, as garantias reais prestadas pela sociedade relativas às obrigações de reembolso, como aconteceu no caso envolvendo Salomon, serão consideradas nulas.⁴⁶¹

Da mesma forma, o legislador italiano também procurou uma solução para o problema da subcapitalização nominal, sem que, para tanto, fosse necessário recorrer à técnica da desconsideração. Como ressalta Portale, a doutrina italiana já há bastante tempo se preocupava com as situações nas quais os contratos de mútuo eram utilizados pelos sócios para contornar o regime de responsabilidade estabelecido pelo legislador, ou seja, quando aparentes empréstimos apresentavam, na verdade, uma *causa societatis*.⁴⁶²

Com a intenção de reforçar a tutela de terceiros não sócios, foi estabelecida no artigo 2467 do Código Civil italiano a postergação do reembolso dos empréstimos, que são, assim, tratados como capital de risco, sujeito à destinação do capital social.⁴⁶³ Ao mesmo tempo, os reembolsos feitos aos sócios no ano que antecede à declaração de falência deverão ser restituídos.

ficando aquela obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade, ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que, em qualquer dos casos, o crédito fique tendo características de permanência.”

⁴⁵⁹ Em ambas as situações, é necessário que o crédito tenha caráter de permanência, presumindo-se tal característica quando seja estipulado um prazo de reembolso superior a um ano ou ainda – se não tiver sido feita qualquer estipulação quanto ao prazo ou este tenha sido estipulado em período inferior a um ano – quando o sócio não utilizar a faculdade de exigir o reembolso durante um ano. DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.224.

⁴⁶⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.225.

⁴⁶¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.224.

⁴⁶² PORTALE, Giuseppe B. *Capital sociale e conferimenti nella società per azioni*. Milão: Giuffrè, 1969, p.120.

⁴⁶³ ITÁLIA. Código Civil. Art. 2467: “Finanziamenti dei soci:[1] Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.[2] Ai fini del

Embora preserve a autonomia dos sócios no financiamento, são estabelecidos limites a essa liberdade, de forma que o sócio poderá ser penalizado com a postergação do reembolso quando demonstrado que, no momento do empréstimo, a sociedade se encontrava em situação financeira precária ou de excessivo desequilíbrio patrimonial. Ao contrário do ordenamento português, não há uma nova qualificação do aporte feito pelo sócio, sendo o reembolso apenas postergado até a satisfação dos outros credores.⁴⁶⁴ Para descrever essa situação, o legislador fez referência ao termo financiamento, que alcança outras hipóteses além dos empréstimos feitos pelos sócios, como, por exemplo, quando o aporte é feito por terceiro em face da garantia prestada pelo próprio sócio.⁴⁶⁵

É importante notar que nem todo empréstimo será considerado indevido. Para a caracterização do empréstimo irregular, isto é, passível de punição, foram utilizados dois critérios. Segundo o critério da razoabilidade (*ragionevolezza*), deve-se analisar se um terceiro, naquelas mesmas condições do sócio-financiador, não teria optado, no lugar do empréstimo, pelo aumento do capital. O outro critério diz respeito às condições patrimoniais e financeiras, uma vez que o reembolso somente será adiado se ficar demonstrado que o financiamento ocorreu quando a sociedade já apresentava sintomas de um desequilíbrio financeiro ou patrimonial.⁴⁶⁶

Ao contrário dos exemplos mencionados, não se nota no Brasil a mesma preocupação com os problemas gerados pela subcapitalização nominal. O dispositivo que mais se aproxima da questão encontra-se na legislação falimentar, no artigo 83 da Lei 11.101/85, que disciplina os empréstimos feitos pelos sócios,

precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.”

⁴⁶⁴ “La postergazione ex art. 2467 c.c. non dà luogo a una riqualificazione formale del rapporto tra il socio e la società relativamente ai « finanziamenti » erogati dal medesimo socio (11). Essa costituisce un espediente tecnico diretto, per determinati « finanziamenti », a dispiegare effetti sul piano dei rapporti con le pretese degli altri creditori (12), senza che ciò implichi il superamento ex lege di una diversa volontà delle parti quanto alla natura dei mezzi erogati.” BALP, G. I finanziamenti dei soci « sostitutivi » del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative. In: *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 345.

⁴⁶⁵ “Tra le forme indirette di finanziamento, anche le garanzie per debito altrui, personali e reali (fideiussioni, avalli, contratti autonomi di garanzia; costituzione di diritti di pegno e ipoteca), prestate a favore della società senza rinuncia al diritto di regresso realizzano figure mediate di prestito suscettibili di condurre alla irripetibilità delle somme escusse dal creditore della società beneficiaria garantita”. BALP, G. I finanziamenti dei soci « sostitutivi » del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative. In: *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 2007, p.347.

⁴⁶⁶ BALP, G. I finanziamenti dei soci « sostitutivi » del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative. In: *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 2007, p 348.

como créditos subordinados.⁴⁶⁷ Segundo Gustavo Saad Diniz⁴⁶⁸, como a liquidação não pressupõe a falência da sociedade, a regra do artigo 83 não disciplina adequadamente o problema da subcapitalização nominal, ao contrário do já revogado artigo 349 do Código Comercial de 1850, no qual se encontrava a seguinte redação:

Nenhum sócio pode exigir que se lhe entregue o seu dividendo enquanto o passivo da sociedade se não achar todo pago, ou se tiver depositado quantia suficiente para o pagamento; mas poderá require o depósito das quantias que se forem apurando. Esta disposição não compreende aqueles sócios que tiverem feito empréstimo à sociedade os quais devem ser pagos das quantias mutuadas pela mesma forma que os outros quaisquer credores.⁴⁶⁹

Em face da revogação do artigo 349, no caso envolvendo as sociedades limitadas, a melhor solução, como aponta ainda Gustavo Saad Diniz, seria o artigo 1059 do Código Civil de 2002, ao estabelecer a obrigação dos sócios à reposição dos lucros e das quantias retiradas em prejuízo do capital.⁴⁷⁰ Uma vez constatado que houve o reembolso dos sócios em função de empréstimos feitos para a sociedade, o artigo 1059 poderia ser invocado para a devolução do pagamento indevidamente recebido.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ “Pagos os créditos subquirográficos, passa-se à satisfação da última classe dos credores que concorrem na falência: os por créditos subordinados. São subordinados os créditos que os sócios e os administradores sem vínculos de emprego com a sociedade falida desfrutam em face da pessoa jurídica, além daqueles que por lei ou contrato venham assim previstos, como é o caso do credor por debêntures subordinadas (...)”. CAMPINHO, Sergio. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, p.419.

⁴⁶⁸ “Torna-se evidente a admoestação de violação da própria natureza das contribuições dos sócios para arcar com as venturas e desventuras sociais. Assim, fica tomada a posição quanto ao empréstimo feito pelo sócio (mencionado na segunda parte do art. 349 do CCom), que na liquidação da sociedade atendia a regra específica e ficava condicionada ao pagamento dos credores. Nem mesmo a consideração de crédito subordinado do art. 83, VIII, ‘b’, da LF é suficiente na superação da lacuna, porque o dispositivo da legislação falimentar é aplicável depois de ocorrida a decretação da quebra, que pode extinguir a sociedade (art. 1044 do CC, dependendo da opção de realização do ativo). Se a sociedade não chegar a falir, mas houver liquidação (com subsistência da pessoa jurídica – artigo 51 do CC) não se tem mais a previsão específica da legislação revogada.” DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p.167.

⁴⁶⁹ BRASIL. Código Comercial de 1850. Artigo 349.

⁴⁷⁰ “Assim sendo, em tema de sociedade limitada, o artigo 1059 do CC dispõe que ‘os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital’. No processo de interpretação e aplicação do texto, será possível qualificar o pagamento de empréstimo como ‘quantia retirada’ da sociedade. Por consequência, seria aplicável o art. 1080 do CC, dispondo que as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram”. DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p.168.

⁴⁷¹ BRASIL. Código Civil de 2002. Artigo 1059: “Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou

Mesmo que não exista uma única forma de regulamentação dos problemas gerados pela subcapitalização nominal, foi demonstrado que a técnica da desconsideração para fins de responsabilidade não representa a melhor opção para combater esse tipo de situação. É importante assinalar que não se trata propriamente de um problema da técnica, mas principalmente das teorias que se sucederam na tentativa de discipliná-la.

5.2.4 Da desconsideração à teoria da aplicação de normas

Nas várias tentativas de sistematização da técnica toma-se como ponto de partida uma visão unitária de pessoa jurídica, sem que esse próprio unitarismo seja questionado. A visão distorcida do conceito enseja, como era de se esperar, um resultado também distorcido: uma teoria generalizante da desconsideração.

Essa forma de abordagem fica bem nítida quando se analisa o próprio trabalho de Serick. Embora seja inegável a sua contribuição, não se pode esquecer, na construção da sua teoria subjetiva da desconsideração, da forte influência do unitarismo, que se revelava em dois pontos fundamentais. Primeiro, no entendimento de que a pessoa jurídica representaria um ente dotado de uma essência meta-jurídica, contribuindo, assim, com a própria naturalização do termo. Segundo, ao pressupor que a desconsideração seria indiferente aos vários tipos de pessoa jurídica.⁴⁷²

A reação ao unitarismo de Serick começou na própria Alemanha, logo após a publicação da sua obra. Ao invés de uma teoria generalizante pautada nas figuras do abuso e da própria pessoa jurídica, ganhou destaque uma nova concepção voltada para a análise do significado e da finalidade presente em cada norma. O principal expoente dessa corrente foi Müller-Freienfels, responsável por deslocar o debate do abuso para a aplicação de normas.⁴⁷³

quantia se distribuírem com prejuízo do capital.”

⁴⁷² Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.176.

⁴⁷³ Segundo Nadia Zorzi: “All’ interno della dottrina generale sul Durchgriff, oggetto di indagine, si discosta più marcatamente dalla prospettiva finora complessivamente tratteggiata un autore, Müller-Freiefels. Nel suo lavoro, che trae spunto da un’acurata critica del saggio di Serick, egli abbraccia infatti quella che è già stata ricordata come teoria dello scopo della norma o Normzwecklehre. Questa

Evitando o caminho do abuso de direito, trilhado pelas construções teóricas mais comuns sobre a desconsideração da personalidade, Muller-Freienfels articulou, para o problema da desconsideração, uma alternativa que passa pela análise, diante do caso concreto, da aplicabilidade de uma norma à pessoa coletiva, tendo em vista a sua *ratio* (finalidade) e significado – alternativa que foi posteriormente desenvolvida por Rehbindler e por Helmut Coing.⁴⁷⁴

Em substituição à ideia unitária de pessoa jurídica, adota-se a compreensão de que a pessoa coletiva é uma imagem simbólica, um termo voltado a retratar um conjunto complexo de relações e normas jurídicas.⁴⁷⁵ Rompe-se, também, com a noção de que a desconsideração é um problema generalizável. Nessa teoria, a desconsideração é situada como um problema de aplicação de normas.

Na própria questão envolvendo a subcapitalização nominal, foi visto que o regime de limitação de responsabilidade dos sócios deve ser pensando segundo determinadas condições, uma vez que, na verdade, mas do que limitar, o que se observa é uma transferência do risco para os credores que negociam com a sociedade. Entre as várias condições presentes para justificar a separação patrimonial, destaca-se o correto financiamento da sociedade.

Quando os sócios realizam empréstimo para a sociedade como forma de atenuar a sua responsabilidade, o risco dos credores é indevidamente elevado, o que pode justificar uma requalificação dos aportes ou, como no caso italiano, uma simples postergação do reembolso. Tanto na primeira como na segunda hipótese, verifica-se que a solução para esse tipo de problema não está propriamente no

teoria, a dire il vero, precorre e si inserisci in un contesto metodológico di più ampio respiro che, a rigore, sembra estraniarsi rispetto a quello del Durchgriff. In base ad essa infatti, come è stato acutamente rilevato, si pone un problema di imputazione giuridica e di interpretazione ed applicazione di norme". ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica-Tecniche sanzionatorie a confronto*. Padova: CEDAM, 2002, p. 27.

⁴⁷⁴ ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica-Tecniche sanzionatorie a confronto*. Padova: CEDAM, 2002, p.28.

⁴⁷⁵ "Em alternativa às construções que, para uma solução Durchgriff, partem do abuso do direito (subjetivo ou objetivo), surgiram as chamadas teorias da aplicação da norma. Neste âmbito, impôs-se sobretudo a construção de Müller-Freienfels (surgida em reacção às posições de Serick), que visa a resolução dos problemas Durchgriff tendo em conta o sentido e a finalidade da norma cuja aplicação está em causa para decidir, em concreto, se essa norma vai aplicar-se à pessoa colectiva. Para esta teoria a pessoa colectiva não é unidade (Einheitsform), pelo que a questão Durchgriff não pode ser um problema generalizável da personalidade jurídica da pessoa colectiva: trata-se de um problema de aplicação da norma. A pessoa colectiva é uma imagem simbólica, uma expressão destinada a representar um complexo de relações jurídicas e de normas. O centro das atenções desvia-se da própria pessoa colectiva para a norma a aplicar, operação para a qual deve procurar-se 'o seu fim, a sua função e os interesses que tutela'." RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a "desconsideração da personalidade jurídica"*. Coimbra: Almedina, 2009, p.108.

plano do sujeito abstrato, mas no confronto das normas que disciplinam os regimes de separação patrimonial. Essa mudança de perspectiva, do sujeito para a disciplina normativa da autonomia patrimonial, não se restringe à subcapitalização, alcançando também as questões que envolvem a transferência do risco para os chamados credores involuntários, como será analisado em seguida.⁴⁷⁶

5.3 Enfoque normativo da Autonomia Patrimonial

5.3.1 Justificativa e pressupostos de abordagem

Como se viu no último item, à exceção da teoria da aplicação das normas, o tema da autonomia patrimonial é constantemente trabalhado em conjunto com a técnica da desconsideração da personalidade jurídica. Esse enlace, forjado pelas construções mais tradicionais, acaba por reduzir as discussões sobre autonomia patrimonial às hipóteses de abuso da pessoa jurídica e a uma conseqüente lógica binária de solução: havendo abuso, esvazia-se a autonomia patrimonial; não havendo, permite-se a incidência de uma perfeita autonomia.

Nessa forma de compreensão, a autonomia patrimonial é situada como um acessório inseparável e estático da pessoa jurídica, na medida em que incide de maneira plena ou é totalmente afastada na exata proporção que se mantém ou se desconsidera, a depender da constatação de abuso, a personalidade jurídica do ente coletivo.

Ocorre que a noção de autonomia patrimonial ocupa espaço bem mais abrangente do que sugere esse olhar. Em uma disputa entre sócios, ligados a uma mesma pessoa jurídica, a análise da autonomia patrimonial pode ser determinante,

⁴⁷⁶ “É notável, por outro lado, que todas as teorias desenvolvidas a partir da Normzwecklehre relativizam, com maior ou menor intensidade, a própria pessoa jurídica como sujeito de direito e a importância de sua penetração como um método de atribuição de responsabilidade aos sócios. A responsabilidade decorre da aplicação da norma ao caso concreto (pela identificação de centros de imputação), interpretada com base nas funções do princípio da separação, ou da pessoa jurídica. Trata-se de uma relativização da importância instrumental da Durchgriff que pautará uma destacada tendência de extinção”. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, p.155.

sem que se cogite qualquer questão de abuso da pessoa jurídica.

Para se ter alguma ideia do conjunto de situações implicadas pela noção de autonomia patrimonial, e da intensidade com a qual incidirá nessas situações, é necessário abordá-la com ênfase em seu caráter normativo. A autonomia patrimonial representa uma norma jurídica que inspira soluções legislativas e judiciais, mas qual é a sua estrutura normativa?

Quando a teoria da aplicação das normas afirma que o problema da descon sideração é na verdade um problema normativo – a determinação do significado e da finalidade das normas aplicáveis ao caso – avança no sentido que se aponta nesse trabalho, para situar a questão em plano mais abrangente; mas parece descuidar de algumas considerações essenciais a uma abordagem normativa, entre elas, a diferença entre texto e norma.

Não há como identificar a finalidade de uma norma sem conhecer-lhe, previamente, a estrutura; saber como se comporta e, conseqüentemente, como é aplicada. E para que toda essa tarefa seja factível, é essencial que se tenha em mente que a norma não tem um significado a ser decifrado, porque já corresponde, em si, ao significado de outro elemento, o texto de norma. A norma, o significado do texto, é que pode ter estrutura de regra ou de princípio, não o texto.

É comum flagrar alguns juristas especulando sobre a estrutura normativa de dispositivos legais ou constitucionais – especulações do tipo: “o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, é uma regra ou é um princípio?”⁴⁷⁷ Como ficará claro adiante, trata-se de um exercício mental inócuo. O jurista que investe em atividade dessa natureza toma para si uma missão impossível, exatamente por ignorar a distinção entre normas e textos jurídicos.

O dispositivo citado e todos os demais dispositivos constitucionais e legais são textos normativos, meros enunciados, expressões verbais. Não correspondem às normas que se colocam a regular situações fáticas, normas que efetivamente se aplicam aos casos concretos. Há um processo de compreensão, interpretação ou, mais precisamente, de reconstrução, que conecta texto e norma, evidenciando, portanto, a distância que há entre essas duas noções.

Friedrich Müller elabora um quadro conceitual de referência obrigatória para

⁴⁷⁷ Art. 5º, *caput*, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]” BRASIL. Constituição Federal de 1988.

a análise das normas jurídicas. Em seu projeto hermenêutico de uma “metódica estruturante”, Müller enfatiza a impossibilidade de assimilação entre norma e texto de norma. Para este autor, o texto de norma é tão-somente o ponto inicial, a baliza para a construção da norma de decisão. O processo de produção da norma de decisão é integrado por dois elementos: (1) o domínio da norma, isto é, “os fatos que podem estar tematicamente em conexão com a norma em questão”⁴⁷⁸; (2) o programa da norma, ou pauta ordenadora, “obtida no decurso da interpretação do texto da norma”⁴⁷⁹.

Assim, o processo de concretização da norma de decisão é, para Müller, realizado por meio da conjunção desses dois elementos – o setor fático para o qual possivelmente se dirige o texto de norma e o teor literal do texto com os recursos interpretativos auxiliares. Verifica-se, portanto, que Müller traz para o interior da construção normativa um elemento fático, fazendo constar da norma de decisão aspectos das relações da vida, objeto que a norma se coloca a regular.

Isto ocorre porque uma das grandes finalidades da elaboração de Müller é exatamente contornar a separação entre ser e dever ser, entre realidade e norma. O autor, que se situa no marco pós-positivista, julga necessário, para tal objetivo, trazer a realidade para dentro do processo de construção da norma. Tal como descrito pelo autor, esse processo transcende a mera densificação do texto normativo, havendo efetivamente uma construção: “este conceito designa não a circunscrição de uma dada norma geral ao caso, mas o produzir de uma norma jurídica geral no quadro da resolução de um determinado caso”⁴⁸⁰.

A decisão judicial, na ótica de Müller, é sempre formulada a partir da norma que o próprio juiz construiu. O modo pelo qual Müller descreve esse processo de construção normativa torna pertinente a observação crítica de Karl Larenz, de que “a quota da legislação é avaliada por Müller (...) em termos demasiado escassos”⁴⁸¹. As linhas que Müller dedica ao tema podem conduzir à conclusão de que a pretensão normativa é inaugurada apenas pelo sujeito concretizante do texto de norma, o que representaria uma leitura um tanto reducionista da questão.

⁴⁷⁸ MÜLLER, Friedrich *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 184.

⁴⁷⁹ MÜLLER, Friedrich *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 180.

⁴⁸⁰ MÜLLER, Friedrich *apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.183.

⁴⁸¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 184. p.185.

O legislador, quando da elaboração dos chamados textos de norma, já esboça, sem dúvida, ainda que de um plano abstrato, uma pretensão regulativa. É verdade que tal pretensão não chega a gerar por si só a norma de decisão, mas possui importante papel em sua construção. Nesse sentido, adiantou-se desde o início que o mais apropriado seria falar em reconstrução, já que esse termo evidencia, de um lado, que a norma não está dada pelo texto normativo e, de outro, que ela começa a ser produzida pelo próprio legislador.

Curiosamente, ao lado da referência obrigatória da construção de Müller, que se situa no plano pós-positivista, é necessário registrar que a distinção entre texto e norma mereceu antes a atenção de Hans Kelsen⁴⁸², em suas anotações sobre as normas jurídicas. Ao refletir sobre a atividade de interpretação jurídica, Kelsen contemplou a existência de normas gerais, de escalão superior, produzidas por órgãos legislativos; e normas individuais, de escalão inferior, criadas pelo poder judiciário, para a resolução dos casos concretos.

Kelsen não estabelece uma distinção qualitativa entre as atividades de legislação e aplicação do Direito, ambas são exercitadas por meio de atos de vontade, constitutivos do Direito: “a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Esses dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito”⁴⁸³. O grau em que se exerce a criação do Direito é que diferencia, por vezes, as atividades de legislação e aplicação: “a aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma”⁴⁸⁴. O positivista, portanto, reconhece que o texto produzido pelo legislador não corresponde à norma que será aplicada ao caso individual.

Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa⁴⁸⁵.

⁴⁸² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998., p. 260-261.

⁴⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 261.

⁴⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 265.

Em sua formulação fica mais evidente do que em Müller a forte relação que há, contudo, entre o texto produzido pelo legislador e a norma de decisão, já que esta será construída dentro de um campo semântico já contornado pelo legislador: “a norma jurídica geral é sempre uma moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”.⁴⁸⁶

A norma jurídica corresponde, em Kelsen, ao “sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”⁴⁸⁷, termos que se aproximam do conceito semântico de norma, elaborado por autores como Robert Alexy. Este autor distingue a norma do enunciado normativo, sendo a primeira aquilo que se encontra ordenado, proibido ou permitido; enquanto o segundo seria meramente a manifestação verbal da norma⁴⁸⁸.

A elaboração normativa de Alexy não engloba a noção de “domínio normativo”, presente em Müller. Do cotejo entre as propostas desses dois autores, equiparam-se as noções de “dispositivo de direito fundamental” e “norma”, de Alexy, às respectivas noções de “texto de norma” e “programa normativo” de Müller. Desse modo, enquanto o primeiro autor traz para o conceito de norma apenas os dados lingüísticos, o segundo agrega os dados reais⁴⁸⁹.

É necessário pontuar que Alexy reconhece a importância dos dados reais para a decisão judicial, mas não julga apropriado situá-los no conceito da norma, conduzindo-os a um plano mais amplo, por ele designado de “argumentação jurídica”. Nesse plano, encontram-se presentes todos os fatores que em algum sentido repercutem na decisão judicial, fatores cuja inserção, por outro lado, no próprio conceito de norma seria inviável. Alexy, nesse ponto, faz reparo à construção de Muller, por entender que os dados reais são critérios para a decisão judicial e não elementos da norma de decisão⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 272.

⁴⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 06.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 51.

⁴⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.75.

⁴⁹⁰ “El hecho de que sea posible una fundamentación iusfundamental correcta para la adscripción a una disposición de derecho fundamental es el *criterio* que permite decir que la norma en cuestión es una norma de derecho fundamental. Pero, hay que distinguir claramente entre el criterio para una

Significativa, ainda, a contribuição de Humberto Ávila para a distinção ora prestigiada, no sentido de que:

normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.⁴⁹¹

A segunda parte da assertiva de Ávila evidencia que não há “correspondência biunívoca”⁴⁹² entre texto e norma, isto é, que a presença de um não implica a necessária presença do outro. Para corroborar essa tese, o autor oferece o exemplo do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, texto que faz referência à “proteção de Deus”. Argumenta Ávila que essa referência textual não implica a existência de qualquer norma⁴⁹³. Por outro lado, há normas que não encontram correspondentes em textos, dispositivos, a exemplo da norma da segurança jurídica, da certeza do Direito⁴⁹⁴.

Há também texto normativo que dá origem a mais de uma norma, hipótese que confere lógica ao mecanismo de controle de constitucionalidade sem redução do texto, em que se considera inconstitucional apenas uma das normas possíveis de um determinado texto normativo⁴⁹⁵. Importante a ressalva de que um mesmo texto de norma pode, inclusive, dar origem a normas de tipos diferentes, como no caso do já citado texto do *caput*, do art. 5º, CF/88, a partir do qual pode ser depreendida, de um lado, a igualdade enquanto norma principiológica, que deve ser buscada na máxima medida possível; e, de outro, a norma, do tipo regra, de proibição de tratamento discriminatório sem razão fundada⁴⁹⁶.

Por fim, existem textos normativos que, em conjunto, dão origem a apenas

determinada propiedad y el objeto que satisface o no el criterio y que, por lo tanto, tiene o no tiene la propiedad. Un criterio de algo es diferente a un elemento de algo”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 79.

⁴⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

⁴⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.22.

⁴⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

⁴⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.23.

⁴⁹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22-23.

⁴⁹⁶ A distinção entre regras e princípios será enfocada no tópico seguinte.

uma norma. Essa última possibilidade parece representar a hipótese da norma da autonomia patrimonial. Posta de lado a sua estrutura, que será analisada em momento posterior, a norma em questão projeta sua validade no ordenamento jurídico brasileiro em vigência por intermédio de um conjunto de textos normativos positivados.

No Código Civil de 1916, havia o texto do art. 20 – “as pessoa jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” – o qual, solitariamente, já dava origem à norma da alteridade subjetiva. Ocorre que o legislador, quando da elaboração do Código Civil de 2002, acabou conferindo validade à norma da alteridade subjetiva de uma forma distinta, visto que, na legislação em vigor, essa norma passa a ser depreendida não de um texto de norma isolado, mas de um conjunto de textos.

Dissociar as noções de texto e norma é fundamental para que se possa adentrar a análise da estrutura normativa, isto porque, como será estudado a seguir, regras e princípios são espécies diferentes de normas e não de textos de normas.

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas⁴⁹⁷.

Nesse sentido, ao invés de se perquirir sobre a existência de regras ou princípios em um enunciado, é necessário reconstruí-lo, até chegar a uma norma, segundo a qual algo estará permitido, ordenado ou proibido. Obtida a norma, é que se poderá compreender o seu tipo.

5.3.2 Espécies normativas e respectivos modos de aplicação

Na abordagem da metodologia jurídica, é comum que se realize a distinção entre regras e princípios. Ao longo do século XX, essa distinção foi proclamada por diversas vozes, que se valiam de inúmeros critérios distintivos. Entre eles, no entanto, destacam-se dois, como os mais utilizados – o da generalidade e o da

⁴⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

importância.

O critério da generalidade é aquele de acordo com o qual regras e princípios são separados em função do grau de generalidade: “según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas com um nível relativamente bajo de generalidad”⁴⁹⁸. Alexy pontua que esse critério não deve ser confundido com o conceito de *universalidade* de uma norma, o qual denota que uma norma é válida para todos os indivíduos de uma classe aberta e, que não se trata de uma norma individua, da mesma forma que uma norma universal pode ser ao mesmo tempo especial, isto é, com grau mínimo de generalidade.

Outra forma de distinção amplamente utilizada é a que toma por base a importância da norma para o ordenamento jurídico. Larenz parece adotar essa linha de distinção entre regras e princípios, quando concebe os últimos como “pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas”⁴⁹⁹. Ao lado de Larenz, Humberto Ávila situa a concepção de Josef Esser, para quem “princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”⁵⁰⁰. O critério da importância ganhou forte adesão na doutrina brasileira, sendo bastante citada a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o princípio jurídico é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo como critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁵⁰¹.

Embora tal critério venha sendo bem recebido pela doutrina brasileira e conte também com nobres adeptos no direito comparado, como já aludido, não cumpre a função, a que se propõe, de fornecer um parâmetro que realmente auxilie na identificação de normas do tipo regras e de normas do tipo princípio. Para Ávila, “os princípios são reverenciados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

⁴⁹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 184.

⁵⁰⁰ ESSER, Josef *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.27.

⁵⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.629/630.

compreende-los e aplicá-los”⁵⁰².

Alexy diagnostica a insuficiência das teses que se baseiam em critérios como o da generalidade, chamando-as de frágeis. Atribui correção apenas às teses que se colocam a examinar a estrutura das normas, tomando-as em seu aspecto qualitativo.

Nesse sentido, Alexy reconhece na construção de Dworkin a presença de uma tese forte de distinção entre regras e princípios. Tal fato, no entanto, não impede que Alexy proponha algumas reformulações à teoria do americano, como será visto adiante.

Dworkin atribui dimensão de peso aos princípios, e a lógica do “tudo ou nada” às regras⁵⁰³. De modo semelhante, Alexy propõe uma distinção estrutural entre regras e princípios:

[...] los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de haberse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o u principio⁵⁰⁴.

A distinção qualitativa de Alexy, a qual será adotada nesse trabalho, traz implicações, ainda, para o modo de aplicação dos tipos de normas. É comum a circunstância de haver mais de uma norma, independentemente do seu tipo, informando a solução de um caso individual. Se tais normas veiculassem mensagens muito distintas, como normalmente ocorre, a aplicação isolada de uma levaria a uma solução incompatível com a que se depreenderia da aplicação isolada da outra norma.

Se a hipótese descrita ocorre entre normas do tipo princípio, trata-se do caso de colisão entre princípios, que reclamará resolução diferente da que demanda a

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

⁵⁰³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.

situação de conflito entre regras.

As regras, segundo a distinção de Alexy, constituem razões definitivas e ensejam determinações, de modo que o conflito entre normas desse tipo pode, primeiramente, ser solucionado por meio da inserção de uma cláusula excepcional em uma das regras que se contradizem. Alexy exemplifica essa possibilidade com o conflito entre uma eventual proibição de que se abandone a sala de aula antes do sinal indicativo de término da aula e a ordem de que se abandone tal local em situação de incêndio.

Se o alarme de incêndio soar antes do sinal indicativo de término da aula, surge a oposição entre os juízos de dever ser, que, entretanto, pode ser contornada por meio da introdução de uma exceção à primeira regra para a hipótese de alarme de incêndio⁵⁰⁵. É o que frequentemente ocorre com tipos penais e tributários, em que as regras ali contidas já devem prever todas as suas exceções.

Não se verificando, entretanto, uma cláusula excepcional, o conflito entre duas regras operará no plano da validade jurídica, que, por sua vez, não comporta graduação. As normas ou são válidas e, portanto, produzem consequências jurídicas; ou são inválidas. No caso especial das regras, que representam razões definitivas, a validade implica a produção das exatas consequências previstas por elas e, assim, na hipótese de contradição insuperável entre duas regras, uma delas necessariamente será declarada inválida. Nesse momento, entram em cena parâmetros como “*lex posterior derogat legi priori*” e “*lex specialis derogat legi generali*”, para a definição de qual será declarada inválida.⁵⁰⁶

É exatamente por possuírem a característica de determinar comportamentos a serem necessariamente adotados, por gerarem obrigações definitivas, que as regras se aplicam na modalidade de subsunção. Mas a subsunção em Alexy não retrata o processo mecanicista descrito pelos formalistas, em que se opera um enquadramento límpido da norma, premissa maior, na premissa fática menor.

Por adotar o conceito semântico de norma, como já explicado, a subsunção de uma regra envolve antes a reconstrução do texto normativo, até se chegar à norma do tipo regra a ser aplicada ao caso individual. A subsunção, em Alexy, é um processo complexo, pois a determinação da premissa maior – norma – é na verdade

⁵⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.88.

um processo reconstrutivo e não meramente cognitivo.

A colisão entre princípios, por sua vez, envolve razões *prima facie* para normas e não determinações definitivas⁵⁰⁷, o que quer dizer que as normas do tipo princípio não descrevem consequências jurídicas exatas a serem rigorosamente cumpridas, mas, sim, estabelecem a promoção máxima, permitida pelas condições jurídicas e fáticas, de certas finalidades.

Por tal razão, quando princípios entram em colisão, isto é, estabelecem a maximização de finalidades opostas, a solução é totalmente distinta, pois não se opera no plano da validade jurídica, mas sim na dimensão de peso dos princípios. É a dimensão de peso que possuem os princípios permite que, no caso de colisão, um princípio ceda em face do outro, sem que isso comprometa a sua validade.

[...] lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso⁵⁰⁸.

Os princípios, assim, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, realizam-se em graus diversos, muito embora se deva procurar realizá-los em grau máximo. Ocorre que, em diversas situações, a máxima realização de um princípio implica uma diminuição exagerada da aplicação de outro. As possibilidades fáticas de maximização dos fins veiculados por princípios são aferidas a partir de um exame de adequação e necessidade, o qual será abordado mais adiante.

Por sua vez, as possibilidades jurídicas de otimização de um determinado fim são verificadas, no caso de colisão, por meio do mecanismo da ponderação, que funciona com a seguinte lógica: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de um principio, tanto mayor deve ser la importancia del cumplimiento del outro”⁵⁰⁹.

Assim, levando em consideração as circunstâncias do caso individual, realiza-se a ponderação entre os princípios colidentes, processo do qual resulta o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios,

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 101-102.

⁵⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Trad. de Manuel Atienza. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* In, nº 05, Alicante, 1998, p. 147.

isto é, são descritas as condições jurídicas em que um princípio precede o outro. Note-se que a precedência é condicionada, pois não há qualquer tipo de hierarquia abstrata entre princípios que possa originar relações absolutas de precedência.⁵¹⁰

A ponderação entre princípios dá origem, assim, a um enunciado de precedência condicionada de um princípio sobre outro – “(P1 P P2) C2” – segundo o qual se estabelece que na circunstância jurídica “C2” o princípio “P1” precede (P) o princípio P2. Desse enunciado, reconstrói-se a regra “C2 – R”, segundo a qual, verificada a hipótese C2, a regra “R” deve ser a ela subsumida. O resultado de toda ponderação entre princípios é, portanto, uma regra⁵¹¹.

5.3.3 A técnica da proporcionalidade na construção da autonomia patrimonial diferenciada

Ao lado dos níveis dos princípios e das regras, deve ser situado, segundo Alexy, um outro nível no sistema jurídico, o qual veicule uma teoria da argumentação jurídica, que possibilite dizer, sobre as bases dos dois primeiros, como é possível uma decisão racionalmente fundamentada⁵¹².

Para a construção de um modelo completo de sistema jurídico, que possibilite a racionalidade na aplicação das normas jurídicas, Alexy propõe a máxima da proporcionalidade.⁵¹³

O postulado da proporcionalidade, assim, coloca-se a orientar especificamente a resolução da colisão entre princípios jurídicos, seja no momento da produção legislativa, seja no ato da decisão judicial. Esse postulado é constituído

⁵¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 95.

⁵¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 97.

⁵¹² ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Trad. de Manuel Atienza. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 05, Alicante, 1998, p.149.

⁵¹³ A ideia da proporcionalidade – comumente identificada como um princípio – encontra-se, como já visto, em um plano diferente dos princípios jurídicos, situando-se no plano da argumentação jurídica ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 111. Assim, será adotada nesse estudo a terminologia utilizada por Ávila – postulado da proporcionalidade – para que sejam evitadas equiparações equivocadas: “superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno nas metanormas. Esses deveres situam-se em um segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

por três elementos ou três etapas: a adequação; a necessidade; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

A adequação corresponde a uma análise em que se procura verificar se o meio utilizado é realmente capaz de conduzir à realização do fim pretendido. Trata-se de um exame de meios e fins. Em relação à relativização do princípio da autonomia patrimonial, é necessário analisar, inicialmente, se a separação patrimonial representa realmente um óbice para que se possam alcançar os efeitos pretendidos. Se a separação patrimonial não se coloca como um obstáculo na circunstância apreciada, não há razão para se afastar o princípio da autonomia patrimonial, tendo em vista que essa medida não promoverá o resultado esperado. Entretanto, o simples exame da adequação não coloca um fim ao processo, sendo necessário também investigar se a medida é necessária.

Passando-se pelo teste da adequação, adentra-se em seguida no exame da necessidade. Resta neste momento saber se a medida contemplada, ainda que adequada ao fim, é de fato a que menos compromete o princípio a ela contraposto, o que equivale à escolha do meio menos drástico⁵¹⁴. Verifica-se nessa fase a existência de meios alternativos àquele inicialmente cogitado, mas que igualmente promovam o fim pretendido. Trata-se, portanto, de uma comparação entre os meios, que toma por base dois critérios: a igualdade na adequação e o critério do meio menos restritivo⁵¹⁵.

O mecanismo da ponderação corresponde exatamente à terceira etapa do postulado da proporcionalidade, que também é chamada de proporcionalidade em sentido estrito. Pelo que já foi visto, sabe-se que este é o momento de aplicação dos princípios, em que são estabelecidas condições fáticas e jurídicas para a precedência de um princípio sobre outro, o que é feito mediante uma comparação entre as vantagens da adoção da medida e seus efeitos colaterais, representados no nível da restrição ao princípio oposto⁵¹⁶.

Os princípios são mandados de otimização com respeito a possibilidades

⁵¹⁴ “Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que ‘el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo’ se infiere del carácter de principios de las normas de derecho fundamental”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 114.

⁵¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

⁵¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124.

jurídicas e fáticas. As possibilidades jurídicas, conforme já visto, são verificadas no momento da ponderação, de que resulta o estabelecimento de uma procedência condicionada. As possibilidades fáticas, por outro lado, são determinadas pelos exames da adequação e da necessidade⁵¹⁷.

É bastante comum, no campo epistemológico, que se rotulem referenciais teóricos como superados, datados; assim como se considerem “malditos” determinados autores, que tiveram as suas teorias utilizadas para fins condenáveis ou em períodos históricos sombrios.

Na realidade, essa avaliação é sempre reducionista, pois uma teoria pode ter sido esgotada e efetivamente superada em face de um objeto de análise, e ainda se mostrar útil para iluminar outra ordem de problema. Nesse sentido, a categorização de teorias entre novas e velhas, e a marginalização de alguns autores em prestígio a outros são posturas acadêmicas pouco produtivas.

A teoria que se optou por utilizar na parte conclusiva desse trabalho é alvo de críticas quando pensada como proposta de modelo de decisão judicial. Trata-se da técnica da proporcionalidade, nos moldes propostos por Alexy. Mal compreendida, a teoria soa como um convite ao juiz para que solucione toda sorte de conflito à base de uma subjetiva ponderação de princípios, a despeito do que dispõe o conjunto normativo projetado pelo Poder Legislativo. Sem entrar no mérito das vantagens e desvantagens da adoção dessa técnica no plano da aplicação do Direito, o que dessa teoria interessou a esse trabalho foi a parte voltada à fundamentação do Direito, à produção normativa.

O instrumental fornecido pela técnica da proporcionalidade, que compõe o plano da argumentação jurídica, é bastante útil para análise de soluções legislativas que procuram compor conflitos de normas principiológicas. Isto porque a partir do uso dessa técnica, as regras institucionais (criadas pelo legislador) são concebidas como produto de uma ponderação entre princípios, como resultado de uma ordem de precedência estabelecida entre as normas conflitantes, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas.

Assim, adotando-se esse instrumental teórico, ao se analisar uma dada regra prevista em lei, procura-se identificar esse conjunto de circunstâncias que determinaram a precedência de um princípio sobre o (s) outro (s), de modo que a

⁵¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112-113.

regra resultante possa ser bem compreendida e corretamente aplicada às situações concretas.

A partir da distinção entre regras e princípios e entre os seus respectivos modos de aplicação, a norma da autonomia patrimonial deve ser tratada como um princípio. O que autoriza a considerar a estrutura da norma da autonomia patrimonial como *prima facie* é a constatação de que essa norma é aplicada pelo legislador de maneira gradual: (1) ora exerce um peso maior como razão normativa (possibilitando uma separação patrimonial perfeita, na qual não há responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade); (2) ora cede parcialmente em face de outras normas do tipo princípio (garantindo apenas uma separação patrimonial imperfeita – responsabilidade subsidiária dos sócios pelas dívidas da sociedade); (3) em alguns casos cede por completo (hipótese de responsabilidade direta de sócios pelas dívidas da sociedade).

Para que os exemplos acima articulados não reforcem a concepção de que a separação patrimonial está vinculada à personificação, importante sublinhar que essa aplicação gradual da norma da autonomia patrimonial pode ocorrer no âmbito de um mesmo sujeito: (1) aplicação integral – quando os credores do patrimônio especial não podem agredir o patrimônio geral; (2) aplicação parcial – quando o patrimônio geral responde em via subsidiária pelas dívidas do patrimônio especial; (3) afastamento da norma – quando os credores do patrimônio especial podem diretamente acionar o patrimônio geral.

O que determina a intensidade de aplicação do princípio da autonomia patrimonial é justamente o conjunto fático e normativo no qual será aplicado. Esse conjunto influencia diretamente o legislador na formulação de regras que componham o conflito entre autonomia patrimonial e outros princípios.

Ao procurar sistematizar os julgados que envolviam a desconsideração, Serick tinha tanta consciência da importância do instituto, que articulou todo o seu trabalho tendo em vista o caráter excepcional da desconsideração. Ao sustentar, em abstrato, que o princípio da autonomia patrimonial representaria a regra e a desconsideração, a exceção; o autor, entretanto, descontextualiza a norma do caso concreto, além de não dispensar tratamento preciso à estrutura da norma da autonomia patrimonial, que é norma do tipo principiológico, como foi analisado.

Somente confrontando a autonomia com outros princípios poder-se-á estabelecer aquele que deverá ter maior peso em determinada situação. É

necessário perceber que essa mudança de perspectiva não faz com que o princípio da autonomia patrimonial tenha a sua validade ou mesmo a eficácia comprometida. Trata-se de questão afeta à aplicação das normas jurídicas, a qual encontra nas etapas anteriores do postulado da proporcionalidade parâmetros de racionalidade.

Com a técnica da proporcionalidade, analisam-se regras pertinentes à autonomia patrimonial com atenção ao conjunto normativo que ditou a maior ou menor intensidade de aplicação desse princípio. Tome-se por objeto de análise a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, §5º, já mencionada nessa pesquisa.

Esse dispositivo nitidamente faz preceder o princípio da proteção do consumidor em relação ao da autonomia patrimonial: “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

No mesmo sentido deve ser compreendido o enunciado do art. 4º, da lei 9605/98: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Também nessa hipótese foi estabelecida a precedência do princípio da proteção do meio ambiente sobre o princípio da autonomia patrimonial.

Em ambos os casos, a utilização de uma palavra tão vaga como “obstáculo” faz com que os enunciados não consigam transparecer o conjunto de normas e fatos que condicionaram a ordem de precedência estabelecida pelo legislador brasileiro. No caso do CDC, não fica claro se a ordem de precedência fixada se justifica tão somente pelo contexto envolver relações de consumo ou se outras circunstâncias também seriam relevantes, como o correto financiamento da sociedade.

A disciplina da autonomia patrimonial diferenciada no ordenamento jurídico italiano já não abre espaço para essa dúvida. De acordo com a redação do Código Civil italiano (art. 2447, *quinquies*, parágrafo 3º), nas obrigações contratadas em relação ao específico negócio, a sociedade responde nos limites do patrimônio destinado; nas obrigações que resultam do fato ilícito é estabelecida a responsabilidade ilimitada da sociedade.

A solução do legislador italiano estabelece a precedência da proteção das vítimas de um ato ilícito extracontratual sobre o princípio da autonomia patrimonial, deixando claro que a autonomia na hipótese é diferenciada, ou imperfeita, porque não houve a possibilidade da renegociação do risco – supõe-se a falta de

informação do credor, o que é determinante para que a sua tutela prevaleça sobre a autonomia patrimonial.

Considerando a importância da informação na tutela dos credores, o legislador italiano introduziu, no âmbito da destinação patrimonial, uma responsabilidade diferenciada nos casos das obrigações provenientes de ato ilícito, de forma a garantir às vítimas dos danos decorrentes do exercício da atividade separada o completo acesso ao patrimônio geral da sociedade.

Resta claro, assim, que a opção da especialização da responsabilidade encontra o seu fundamento na ideia segundo a qual o credor, somente quando bem informado, encontra-se em condições de assumir corretamente o risco. Conseqüentemente, se as diferentes categorias de credores não podem acompanhar, da mesma forma, o comportamento do devedor, é importante garantir uma tutela diferenciada, segundo a capacidade de cada grupo.

Com esse tratamento diferenciado, percebe-se que não foi reconhecida uma autonomia patrimonial perfeita, uma vez que as vítimas poderão, em relação aos danos provocados no exercício da atividade segregada, buscar a satisfação dos seus créditos no patrimônio geral da própria sociedade.

No caso brasileiro, o legislador até se mostra ciente das vantagens e desvantagens presentes no processo de limitação da responsabilidade dos sócios, como se observa no Código de Defesa do Consumidor e na legislação ambiental. No entanto, em face da forte presença da modulação subjetiva no ordenamento brasileiro, o debate sobre a autonomia patrimonial diferenciada acaba se perdendo quando confrontado com um sistema que apresenta toda uma profilaxia voltada para os abusos da pessoa jurídica.

As construções mais corriqueiras sobre a desconsideração, centradas nessa noção de abuso e em uma visão unitária da pessoa jurídica, desviaram o foco do ordenamento brasileiro, que, ao priorizar a proteção do consumidor sobre a autonomia patrimonial, não sinalizou se existiriam condições para essa precedência. Se fosse fixada alguma condição, como feito no ordenamento italiano, com o quesito informação do credor⁵¹⁸, seria possível identificar a incidência de outros princípios a conformarem o grau de incidência da autonomia patrimonial, e, conseqüentemente,

⁵¹⁸ Ainda que esse quesito, nos moldes estabelecidos pelo legislador italiano, revele-se muito apegado à perspectiva contratual para distinção dos credores, em linha semelhante à análise econômica do Direito, criticada no capítulo 4 desse trabalho.

seriam justificadas, de maneira mais forte, as desvantagens em se reduzir a aplicação do princípio precedido.

Também a dispensa inequívoca de qualquer condição para a precedência seria mais elucidativa do que a opção dúbia do legislador brasileiro, pois deixaria claro que basta o princípio de proteção ao consumidor para justificar a baixa incidência do princípio da autonomia patrimonial.

A presente pesquisa não tem a pretensão de substituir o legislador nessa escolha, apresentando o melhor juízo de precedência entre os princípios. Porém, critica a falta de clareza dos critérios que nortearam a escolha presente no CDC, na medida em que acaba transferindo o ônus de valorar as vantagens e desvantagens, presentes no processo de limitação da responsabilidade dos sócios, para o aplicador do Direito. Este, por sua vez, ainda muito apegado à modulação subjetiva do ordenamento, acaba se limitando a reproduzir o já desgastado discurso da desconsideração.

CONCLUSÃO

A desnaturalização proposta neste trabalho, como foi destacado nos capítulos anteriores, procurou romper com a ideia de que por trás do termo pessoa jurídica existiria algum ente a ser descrito. Para tanto, foi importante aproximá-la das situações em que o termo é empregado, tendo em vista sempre as condições que envolvem a sua utilização no caso concreto.

Essa aproximação demonstrou, a princípio, que o termo não tem uma função linguística-descritiva. Na verdade, a pessoa jurídica simplifica uma série de fatos e comportamentos, que, com a personificação, passam a ser tratados de forma específica e unitária. Constituindo um conceito auxiliar da Ciência do Direito, o instituto deve ser visto como um símbolo incompleto, que facilita a formação de enunciados jurídicos, na medida em que remete o intérprete a outros elementos do próprio ordenamento.

Como destacaram os nominalistas, as situações descritas pelo termo poderiam ser até mesmo expressas sem a utilização desse símbolo incompleto. Todavia, é necessário perceber a importância da simplificação promovida pela pessoa jurídica, ao contribuir para uma maior operacionalização de todo o sistema, garantindo a articulação das várias peças que compõem o ordenamento.

No período em que os juristas se preocupavam em estabelecer a natureza da pessoa jurídica, restava claro que a grande preocupação era com o aspecto semântico do termo. As teorias realistas, tanto a substancial como a formal, pretendiam identificar o objeto representado pelo nome “pessoa jurídica”. No entanto, como a pessoa jurídica representa um símbolo incompleto, o estudo da sua semântica, entendida como a referência do signo a objetos metalinguísticos, mostra-se inócuo, haja vista que não existe qualquer ente descrito por aquele termo.

No lugar da semântica da pessoa jurídica, que apenas contribuiu para o isolamento do instituto, é necessário perceber que a importância da pessoa jurídica se encontra no seu aspecto sintático. A sintaxe, ao contrário da semântica, representa um plano de investigação que procura observar a relação do signo linguístico com os outros signos que fazem parte do sistema. Nessas relações, cumpre observar as regras de sintaxe, que determinam as várias possibilidades de articulação do termo para a formação de enunciados jurídicos.

O processo de naturalização da pessoa jurídica é reforçado pela forma como são utilizados os conceitos de personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício aplicados, indistintamente, à pessoa natural e à pessoa jurídica. Conseqüentemente, as razões que determinaram a personificação do ser humano são negligenciadas, como se fosse possível equipará-las aos motivos presentes na atribuição de personalidade jurídica às sociedades, fundações e associações. Ao contrário do que ocorre com o ser humano, a personificação dos entes coletivos representa um instrumento para a consecução de determinados objetivos.

Entre as razões que informam a atribuição de personalidade jurídica às sociedades, fundações e associações destacam-se: i) simplificação de situações jurídicas complexas com a constituição de um centro unitário de imputação; ii) a articulação patrimonial, na medida em que o reconhecimento do novo sujeito implica também a afirmação de uma estrutura patrimonial autônoma; iii) constituição de um sistema de imputação direta dos atos praticados pelos órgãos da pessoa jurídica; iv) estabilização do processo de coordenação de ações funcionalmente integradas, representado pela ideia de organização.

Se, por um lado, essas razões justificam o próprio processo de personificação, ensejam, por outro, uma visão deturpada dos fenômenos que são retratados pelo termo pessoa jurídica, como se vê quando: i) a visão unitária da pessoa jurídica, importante nas relações com terceiros, reverbera para o interior do sujeito personificado, comprometendo a apreciação das complexas situações que se articulam no interior das sociedades, fundações e associações; ii) a personificação passa a ser vista como o único instrumento capaz de garantir a destinação de um patrimônio a determinada finalidade; iii) a intermediação orgânica cria a ilusão de que o processo de imputação de direitos e deveres da pessoa jurídica representa um processo completo, à semelhança daquele previsto para a pessoa natural; iv) a organização passa a ser vista como monopólio da pessoa jurídica, quando, na verdade, a existência de uma estrutura para a coordenação das ações é uma característica inerente ao próprio fenômeno associativo.

As diferenças que separam a pessoa jurídica da pessoa natural não se restringem às razões da personificação. Como foi visto, no modelo de Alexy, as posições normativas que resultam de um direito subjetivo poderiam ser sintetizadas em três tipos: (1) direito a alguma coisa; (2) liberdade; (3) competência. A ideia de que o significado de cada posição descrita é indiferente ao titular representa um

equivoco, gerado pela própria naturalização da pessoa jurídica. Se no caso da pessoa natural a unidade de interesses resulta da figura singular do ser humano, no caso da pessoa jurídica, o centro de interesses é unificado em função de um ordenamento particular, que coordena as atividades, meios e fins daquela organização. Com efeito, não há como compreender o predicado da frase “a sociedade X tem um direito” sem confrontá-lo com o ordenamento particular da própria pessoa jurídica.

A fim de evitar qualquer confusão na interpretação dessas posições normativas, cumpre reconhecer que o modelo de imputação, no caso da pessoa jurídica, revela-se de forma incompleta, uma vez que a referência ao sujeito abstrato não alcança, definitivamente, os verdadeiros destinatários da imputação. A afirmação de que um ente personificado titulariza determinado direito ou dever representa, assim, uma informação parcial, que somente se completa quando confrontada com o ordenamento interno da sociedade, associação ou fundação envolvida. O reconhecimento da incompletude que caracteriza esse processo de imputação tem importância prática, uma vez que exige do intérprete a análise, em concreto, de como a informação parcial da titularidade será processada pelo filtro da organização da pessoa jurídica em questão.

Além da imputação incompleta, foi demonstrada também a necessidade da releitura da relação jurídica como vínculo intersubjetivo. A análise do sujeito titular como elemento externo da relação jurídica contribui com o processo de desnaturalização, na medida que garante a unidade conceitual fornecida pelo termo pessoa jurídica sem, no entanto, comprometer a diversidade de situações que podem se desenvolver no interior do grupo. Como a ideia de imputação subjetiva não se mostra mais capaz de retratar, em alguns casos, o complexo mecanismo de coordenação que se articula no interior de determinados entes, nota-se a necessidade de dissociar o processo de imputação da figura do titular. Essa relativização do conceito de titularidade permite uma mudança de perspectiva, uma vez que o intérprete deverá condicionar a solução do caso concreto à análise das relações que se desenvolvem entre os distintos centros de interesses constituídos no interior do mesmo sujeito.

A revisão do processo de imputação e da própria noção de titularidade tem consequências também na interpretação das situações existenciais. A referência de um direito fundamental a uma pessoa jurídica somente adquire significado quando

confrontada com os indivíduos que, em função do contrato ou estatuto, apresentam-se como destinatários indiretos. A questão da titularidade dos direitos fundamentais, pautada em rótulos abstratos, como a figura da associação de direito privado, pode causar outros prejuízos, que, no fundo, representam apenas o outro lado do mesmo problema.

Na análise das prerrogativas que resultam da tutela constitucional da liberdade de associação não há espaço para análises superficiais, como se o simples rótulo “pessoa jurídica de direito privado” já justificasse a não-interferência estatal no funcionamento do grupo. Para que se evitem os riscos da naturalização, verifica-se a necessidade de abandono das abordagens mais abstratas das associações *stricto sensu*, a partir da adoção de uma análise em concreto das atividades desempenhadas, bem como dos efetivos impactos gerados para os seus participantes.

Além da subjetividade e da titularidade, a naturalização da pessoa jurídica, como destacado, compromete também a descrição do fenômeno empresarial. A construção do ordenamento jurídico em torno da centralidade conferida ao sujeito abstrato produz um problema na configuração jurídica da empresa: a concepção de que a pessoa jurídica representa o principal protagonista no exercício da atividade empresarial. Para evitar essa visão distorcida, deve-se reconhecer a autonomia conceitual da própria atividade em um contexto no qual a ação se coloque em um plano de destaque, ao desvincular-se de qualquer referência subjetiva. Em alternativa à relação sujeito-ação, que sempre orientou o ordenamento, plasma-se um novo modelo, no qual o sujeito passa a ser interpretado em função da própria atividade.

No quarto capítulo foram confrontados dois modelos a partir dos quais se verificou a tentativa de reduzir o papel do sujeito abstrato na descrição do fenômeno empresarial. Na teoria do “nexus of contracts”, a metáfora da pessoa jurídica é substituída por uma outra metáfora – a do contrato. Já na reforma do direito societário italiano de 2003, percebeu-se uma relativização do papel da pessoa jurídica para a descrição do fenômeno empresarial.

Com a técnica da destinação patrimonial a um específico negócio, disciplinada pelo legislador italiano, não há mais dúvida da possibilidade de constituição de centros de interesses autônomos no âmbito do mesmo sujeito. Trata-se de fato de um novo modelo de organização da atividade da sociedade por ações.

Se, por um lado, a disciplina escolhida evidencia formas de fracionamento da garantia e do risco, observa-se, por outro, uma preocupação crescente com a tutela dos credores, que passam a receber um tratamento diferenciando, de acordo com a origem dos seus créditos.

Ainda que existam vários problemas, não se pode negar o forte valor simbólico presente na disciplina da destinação patrimonial. A técnica da destinação, ao ofuscar os problemas referentes à determinação da titularidade, desperta o odernamento para a dimensão objetiva do fenômeno empresarial, destacando a organização da atividade de empresa, sem que, para tanto, seja preciso invocar qualquer figura subjetiva.

A alteração da configuração subjetiva, com a adoção de um modelo que destaca o papel da atividade e da organização, não produz consequências apenas na forma de se descreverem as estruturas que compõem o fenômeno empresarial. Não se pode pensar que velhos problemas, como a confusão patrimonial, estariam resolvidos apenas pelo fato de o legislador ter encontrado uma nova forma de contemplar juridicamente a empresa. Do mesmo modo, não haveria sentido em se invocarem velhas técnicas, como a desconsideração, construídas em torno do modelo sujeito-patrimônio, para enfretar problemas que dizem respeito à relação entre centros pertinentes ao mesmo titular. Daí a importância em se apresentar uma nova forma de abordagem da patologia da destinação patrimonial, distante da tradicional referência ao sujeito-titular, com novos remédios completamente adaptados ao contexto da despersonalização da empresa.

Quando a análise da personificação, em confronto com outras formas de separação, desprende-se da perspectiva estrutural, observa-se que essas diferentes disciplinas representam técnicas funcionalmente análogas, uma vez que podem, em um dado contexto, ser utilizadas para a redistribuição do risco da atividade para os credores. Com a constatação dessa equivalência funcional não se busca ofuscar as diversidades estruturais que marcam esses institutos, mas destacar a existência de problemas que são comuns, como ocorre, por exemplo, quando o risco é transferido para terceiros que não se encontram em condição de repassá-lo.

A limitação da responsabilidade dos sócios promove a redistribuição do risco da atividade para as pessoas que negociam com a sociedade. A leitura da autonomia patrimonial pela ótica do sujeito abstrato ensejou uma visão unitária da própria separação, que seria, assim, indiferente à natureza do crédito. Se por um

lado existem credores que podem proteger os seus próprios interesses, renegociando o risco com a sociedade, há, por outro, credores que se mostram incapazes de fazê-lo.

Em face da disparidade que envolve os credores, o legislador italiano, ao regular a destinação patrimonial na sociedade anônima, apresentou um regime diferenciado para as vítimas de danos, as quais, ao contrário dos demais credores, poderão acionar o patrimônio geral da sociedade. Com essa autonomia patrimonial diferenciada, rompe-se com a visão unitária da limitação da responsabilidade, pela qual se conferia o mesmo tratamento a credores que se encontravam, na prática, em posições completamente diversas.

A distinção, em abstrato, entre credores voluntários e involuntários não se mostra adequada à delimitação da autonomia patrimonial diferenciada. Da natureza contratual do crédito, não se pode extrair a conclusão de que o credor se encontrava em condições de negociar os riscos que lhe foram transferidos. A dependência fática de consumidores, empregados e fornecedores faz com que esses credores possam apresentar um poder de negociação reduzido, impedindo, assim, a renegociação do risco assumido.

A construção da autonomia patrimonial diferenciada não representa uma particularidade do Direito italiano. No Brasil, verifica-se também a presença de dispositivos legais que procuram afastar, em face de determinados credores, a chamada autonomia patrimonial perfeita. Entretanto, como se destacou nesse trabalho, a solução articulada tanto no Código de Defesa do Consumidor, quanto na legislação ambiental, encontra-se atrelada ao discurso da desconsideração, fazendo com que a aplicação da autonomia patrimonial tenha como norte a análise do abuso.

Constatado o problema dessa associação, o presente trabalho fez a opção de analisar a estrutura normativa da autonomia patrimonial, a fim de que fosse identificado o âmbito de proteção dessa norma e o seu modo de aplicação. Encontrou na teoria da argumentação jurídica instrumental apropriado para situar a autonomia patrimonial como um princípio jurídico, tendo em vista a sua estrutura *prima facie*, isto é, a circunstância de a autonomia patrimonial corresponder a uma norma cujo alcance e intensidade de aplicação condicionam-se ao conjunto de circunstâncias fáticas (partes envolvidas, possibilidade de renegociação dos riscos, adequação do financiamento à atividade exercida) e jurídicas (outras normas aplicáveis ao caso, como proteção ao consumidor e ao meio ambiente).

Adotou-se no trabalho o modelo normativo proposto por Alexy, de acordo com o qual toda regra é fruto da ponderação de princípios colidentes, ponderação que impõe o estabelecimento de uma ordem de precedência condicionada entre os princípios. A partir dessa ordem de precedência, cogita-se uma medida que: (1) seja apta a atingir a finalidade colocada pelo princípio precedente – adequação; (2) seja a menos gravosa para o princípio precedido – necessidade; (3) cujos efeitos benéficos justifiquem, em fina sintonia, os efeitos deletérios que possa causar – ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Se a medida cogitada para superação do conflito principiológico atende aos três exames citados, é considerada proporcional e assume a estrutura de uma regra institucional.

O que mais importou, desse instrumental teórico, à presente pesquisa foi o fato de a ordem de precedência a ser estabelecida entre os princípios, para formulação da respectiva regra institucional, estar condicionada a um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas que ajudam a compreender os fundamentos que influenciaram a sua criação, e, conseqüentemente, auxiliam a sua correta aplicação.

Sob esse prisma, foi analisado o enunciado do art. 28, §5º, do CDC, pelo qual se verifica a precedência do princípio da proteção ao consumidor sobre o princípio da autonomia patrimonial. Criticou-se o fato de o legislador brasileiro não deixar claro se haveria condições para que essa ordem de precedência se verificasse ou se a proteção ao consumidor prevaleceria invariavelmente sobre a autonomia patrimonial, ditando sempre uma autonomia diferenciada.

Comparou-se a legislação brasileira com o ordenamento italiano, em que se verifica a opção por fixar, como condição para a autonomia diferenciada, a impossibilidade de renegociação do risco ou falta de informação, para a tutela maior ou menor do credor.

A técnica da proporcionalidade foi utilizada nesse trabalho para iluminar o problema de fundamentação do Direito, a construção de normas a partir do princípio da autonomia patrimonial; e não para reflexão do plano da decisão judicial. Entretanto, pode-se evidenciar que a falta de clareza da legislação brasileira com relação às circunstâncias que fundamentam a precedência da proteção do consumidor sobre o princípio da autonomia patrimonial sobrecarrega o juiz com o ônus de avaliar as repercussões positivas e negativas da limitação da responsabilidade dos sócios.

Como os aplicadores do Direito também se encontram inebriados pela

modulação subjetiva do ordenamento, cria-se um círculo vicioso, no qual a constante referência à *disregard* na legislação alimenta a profusão de decisões judiciais que a invocam, processo que legitima a hipertrofia da técnica da desconsideração.

Mas não há como combater essa hipertrofia sem desocultar o problema que lhe dá causa, e as suas mais variadas manifestações. Nessa forma de descrição, presente nos principais discursos da pessoa jurídica, não há como negar a presença da naturalização, isto é, a utilização do termo como se existisse uma perfeita similitude entre o caso descrito e situações correlatas à pessoa natural, isoladamente considerada. É justamente por essa via, que tanto a noção unitária do patrimônio como a ideia da universalidade da responsabilidade foram facilmente transpostas para a sociedade-personificada.

Ressalte-se que a desnaturalização não procura criticar o simples intercâmbio de conceitos entre situações individuais e coletivas, uma vez que a transposição de modelos e disciplinas para outros contextos, diferentes do original, impede a proliferação constante de novas categorias desnecessárias. Mas, se não é esse o problema, qual a dificuldade de se aceitar que o modelo sujeito-patrimônio ultrapasse as fronteiras da experiência individual?

A resposta é simples: o esquecimento. A construção dessa aparente identidade entre situações coletivas e individuais pode obscurecer a diversidade que lhes é inerente. Quando se desvela o véu da personalidade de uma sociedade, para usar a metáfora comum ao tema, pode-se encontrar uma pluralidade que destina recursos para a realização de finalidades, que seriam de difícil obtenção de forma singular, mas nunca o sujeito abstrato, projetado pelo individualismo metodológico.

REFERÊNCIAS

ALCARO, F. *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica*: significato di una evoluzione. Milão: Giuffrè, 1976.

ALCHIAN, Armen A; DEMSETZ, Harold. Production, Information Costs, and Economic Organization. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 62, n. 5, p. 778-781, dez. 1972.

ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.5, p. 139-151, 1998.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido; RESTA, Giorgio. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*. Torino: UTET, 2006.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n.29, jul./dez.2006.

AMATO, Diana Vincenzi. *Associazioni e tutela dei singolo: una ricerca comparata*. Napoli:Jovene,1984.

AMATUCI, Carlo. *Fatto illecito della società e responsabilità proporzionata dei soci*.Milão: Giuffrè, 2002.

ANGELICI, Carlo. *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale*. Padova: Cedam, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 271-297.

ARANGIO-RUIZ, V. *La società in Diritto Romano*. Napoli: Casa Editrice Dott, 1950.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè,1975.

_____. *Problemi Giuridici*. Tomo Primo. Milão: Giuffrè,1959.

_____. *Saggi di diritto commerciali*. Milão: Giuffrè,1955.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2000. V.1.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n.104, p.109-126, out./dez.1996.

AULETTA, G. Attività. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè,1958.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BACCETI, Niccolò. *Creditori Extracontrattuali, Patrimoni Destinati e Gruppi di Società*. Milão: Giuffrè, 2009.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

BAINBRIDGE, Stephen M. Abolishing Veil Piercing. *The Journal of Corporation Law*, Iowa, n. 26, 2001.

BALP, G. I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative. *Rivista delle società*, Milão, p. 345-, 2007.

BARTHÉLEMY, Martine. *Asociaciones: una nueva era de la participación*. Tradução de María Ferrer Simó. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

BARUCHEL, Nathalie. *La Personnalité Morale en Droit Privé: éléments pour unethéorie* (Bibliothèque de Droit Privé). Paris: L.G.D.J, 2004. T.410.

BASILE, Massimo; FALZEA, Angelo. *Persona Giuridica*. In: ENCICLOPEDIA Del Diritto. Roma: Giufrè, 1980. V.10.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves,1951.

BIANCA, Mirzia. Atto negoziale di destinazione e separazione. *Rivista di Diritto Civile*,Padova, n.1, 2007.

BARUCHEL, Nathalie. *La Personnalité Morale en Droit Privé: éléments pour une théorie* (Bibliothèque de Droit Privé). T. 410. Paris: L.G.D.J, 2004.

BASILE, Massimo; FALZEA, Angelo. *Persona Giuridica*. In: *Enciclopedia Del Diritto*. v.10. Roma: Giufrè, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951.

BIANCA, Mirzia. Atto negoziale di destinazione e separazione. *Rivista di Diritto Civile*, I, Padova: CEDAM, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunita, 1977.

_____. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone editora, 1999.

BRANCO, Paulo G. Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRESCIA MORA, Conceta. *Finanziamento e partecipazioni all'impresa: profili evolutivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

BRUDNEY, Victor. Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract. *Colum. L. Rev.* 1403, novembro, 1985.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CALISON, J. William; VESTAL, Allan W. Contractarianism and Its Discontents: Reflections on Unincorporated Business Organization. *Law Reform Suffolk U. L. Rev.* n. 493, 2008.

CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y coletiva: mecanismos económicos

y jurídicos de articulación. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 13, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOBASSO, Mario. *L'imputazione di conoscenza nelle società*. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARRIÈRE, Paolo. Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti. In: *La Riforma delle Società di Capitali – Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. *Sociologia aplicada à Administração*. São Paulo: Atlas, 2002.

CASTRO Y BRAVO, Frederico. *La Persona Jurídica*. Madrid: Civitas, 1984.

CEOLIN, Ana Carolina Santo. *Abuso na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. v.1. Barcelona: Fundacion Cultural del Notariado, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. v.1. T.III. Coimbra: Almedina, 2004.

COURIR, Edoardo. *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*. Milão: Giuffrè, 1997.

CRISTIANO, Romano. *Conceito de empresa*. São Paulo: Ed.Arte & Cultura, 1995.

CUNHA, Paulo. *Do Patrimônio*. Lisboa: Minerva, 1934.

D`ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analyse del linguaggio*. Padova: CEDAM, 1989.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

DI SABATO. *Instituzioni di Diritto Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2006.

DOGLIOTTI, Massimo. Comunione e Condominio. In: *Trattato di Diritto Civile - diretto da Rodolfo Sacco*. v. 7. Torino: UTET, 2009.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípio e funções*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DUARTE, Diogo Pereira. *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio*. Lisboa: Almedina, 2007.

DUFOUR, Alfred. La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Tomo II, XI/XII. 1982/1983.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

ESPIRITO SANTO, João. *Sociedade por quotas e anônimas — vinculação: objecto social e representação plural*. Coimbra: Almedina, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FALZEA, Angelo. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridiche*. Milão: Giuffrè, 1923.

FARINA, Franco. *L'aquisto della qualità d'imprenditore*. Padova: Cedam, 1985.

FERRARA, Francesco. *Teorie delle Persone Giuridiche*. 2.ed. Torino: Unione Tip-Editrice Torinese, 1923.

FERRER CORREIA, A. A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. In: *Estudos vários de Direito*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982.

FERRI JR, G. Patrimonio e gestione: spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obbligazioni*. gen-feb, n. 1-2, 1992.

FERRO-LUZZI, Paolo. La disciplina dei patrimoni separati. La Riforma delle Società di Capitali. *Rivista delle Società*. Milão: Giuffrè, 2002.

_____. *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè, 2001.

_____. Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, n.7-8-9, 2005.

FIMMANÒ, Francesco. *Patrimoni destinati e tutela dei creditore nella società per azioni*. Milão: Giuffrè, 2008.

FONSECA, Fabiana Rodrigues da. *As sociedade limitadas nos microssistemas societários*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In: _____. *Direito Societário Contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FREITAS, A. Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. v.1. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: FARRAR, STRAUS AND GIROUX, 2009.

FUSARO, Ariana. *I Diritti della Personalità dei Soggetti Collettivi*. Padova: CEDAM, 2002.

GALGANO, Francesco. *Il costo della persona giuridica*. *Rivista delle società*. Milão: Giuffrè, 1968.

_____. *Persone giuridiche: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli Editore, 2006.

_____. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Mulino, 1976.

_____. *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*

(Studi per un libro sulle persone giuridiche), In: *Rivista di Diritto Civile*, ano XI, n.6, nov-dic, 1965.

_____. *Trattato di Diritto Civile*. V. I, Padova: CEDAM, 2010.

GENNARI, Francesco. *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*. Padova: CEDAM, 2005.

GIORGIANNI, Michele. *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*. In: *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, II, Milão: Giuffrè, 1963.

GIOVANNI, Francesco di. *Persona Giuridica: Storia Recente di un concetto*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Perché L'Europa ha bisogno di una costituzione?* In: BONACCHI, Gabriella. *Verso la Costituzione Europea: una Costituzione senza Stato*. Bologna: Mulino, 2001.

_____. *Pesamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *The Postnational Constellation: politic Essays*. Cambridge: MitPres, 2001.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios Filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HAMLY, D. W. *Uma História da Filosofia Ocidental*. Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

HANSMANN; KRAAKMAN. Toward unlimited shareholder liability for corporate torts. *Yale Law Journ.* v. 100,1991.

HART, Herbert L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. *The Law Quarterly Review.* v. 70, 1954.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil.* Barcelona: Ariel, 1987.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.* Lisboa: Europa-América, 1997.

HIEZ, David. *Étude Critique de la Notion de Patrimoine en Droit Privé Actuel.* Bibliothèque de Droit Privé – T. 399. Paris: L.G.D.J, 2003.

HITER, Heribert. Lo sviluppo del diritto dell'impresa e delle società in Germania negli anni 2000-2006. *Rivista delle società.* Milão: Giuffrè, 2008.

IAMICELI, Paola. *Unità e separazione dei patrimoni.* Padova: CEDAM, 2003.

IGLESIAS, Gema Rosada. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2004.

IRTI, Natalino. Teoria generale del diritto e problema del mercato. *Rivista di Diritto Civile,* Padova: Cedam, parte I, 1999.

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado.* Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1970.

JESSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics.* n.3, 1976.

LAMANDINI, Marco. *I patrimoni «destinati» nell'esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6.* La Riforma delle Società di Capitali-*Rivista delle Società.* Giuffrè: Milano, 2003.

LA TORRE, Massimo. *La lotta contro il diritto soggettivo: Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista.* Milão: Giuffrè, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone editora, 1993.

_____. *Prefácio à segunda edição da Crítica da Razão Pura*. Tradução de Raimundo Vier (Textos seletos). Petrópolis: Vozes, 1974.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LA LICATA, Donatella. *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procedure*. Tradução de Lukas K. Sosoe. Paris: Les Presses de l'Université Laval, 2001.

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 1940.

_____. *Exposição dos motivos complementares*. In: *Código Civil: Anteprojetos*. v. 05. Brasília: Senado Federal, 1973.

_____. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

_____. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAJO, Adolfo Di. *Responsabilità e Patrimonio*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

MANES, Paola. *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*. Padova: CEDAM, 2005.

_____. *Il superamento della personalità giuridica: l'esperienza inglese*. Padova: CEDAM, 1999.

MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milão: Giuffrè, 2000.

MASSAMORMILE, Andrea Pisani. Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi. La Riforma delle Società di Capitali – *Rivista delle Società*. Giuffrè: Milão, 2003.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MILLARD, Eric. Hauriou et la théorie de l'institution. *Droit et Société*, 30/31, 1995.

MIRANDA VALVERDE, Trajano de. Comentários à Lei de Falência. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. *Na medida da*

pessoa humana: estudos de direito civil. Rio de Janeiro:Renovar, 2010.

_____.O princípio da solidariedade. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA ALVES, J.C. *Direito Romano*. v.1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEF, Frédéric. *A linguagem*: uma abordagem filosófica. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

_____. A Teoria das pessoas jurídicas no 'Esboço' de Teixeira de Freitas. Superação e Permanência. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Abril/Junho/ Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais,1987.

_____. *Conceito da pessoa jurídica*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1962.

OPPO, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, parte I, Padova: CEDAM, 2002.

_____.Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*. Parte I, Padova: CEDAM, 2003.

_____.L'impresa come fattispecie. *Rivista di Diritto Civile*. Parte I, Padova: Cedam,1982.

ORESTANO, Ricardo. Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. *Azioni, Diritti soggettivi Persona giuridiche*. Roma: Il Mulino, 1969.

_____.*Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano*. Torino: Giapicheli, 1968.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*: introdução ao Direito

Civil-Teoria Geral do Direito Civil. v.I. 22. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Carolina. *Enti e diritti della persona*. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. In: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna: Zanichelli Editore,1975.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale-secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

_____. La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara. *Rassegna di Diritto Civile*. Napoli: ESI,2004.

_____. *La persona e i suoi diritti: problema del diritto civile*. Napoli:Edizioni Scientifiche Italiane,2005.

_____. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane,2005.

_____. PASQUALE, Femia. *Nozioni Introduttive e principi fondamentali del diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POSNER, Richard A. The rights of creditors o affiliated corporations. *The University of Chicago Law Review*. v. 43, 1976.

PORTALE, Giuseppe B. *Capital sociale e conferimenti nella società per azioni*. Milão: Giuffrè,1969.

PUGLIATTI, Salvatore. Il Rapporto giuridico unissogetivo. In: *Studio in onere di Antonio Cicu*. v.II. Milão: Giuffrè, 1951.

_____. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Giuffrè, 1954.

QUIEVY, Jean-François. *Anthropologie Juridique de la Personne Morale*. Bibliothèque de droit Prive.T.510.Paris: LGDJ, 2009.

RAIMO, Raffaele Di. *Le associazioni non riconosciute: funzione, disciplina, attività*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. (Disregard doctrine)*. v. 410, São Paulo: Revistas dos Tribunais,1969.

RESTA, Giorgio. *Autonomia Privata e Diritti della Personalità*. Napoli: Jovene Editore, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores sociais da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBSTEIN, Larry E. *The rise of the unincorporation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: Tra diritto e non diritto*. Milão: Fetrinelli Editore, 2007.

ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico: Studi sul Concetto, le fonti e i caratteri del Diritto*. Parte Prima. Pisa: Tipografia Editrice Ca. Mariotti,1917.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *Tû-Tû*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROSSI, Guido. Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo a risolvere. In: BALZARINI, P.; CARCANO, G.; MUCCIARELLI, G. *Gruppi di Società – Atti del Convegno Internazionale di studi*. Milão: Giuffrè, 1998.

ROSSI, Guido; STABLINI, Alessandra. Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario. In: *La Riforma delle Società di Capitali – Rivista delle Società*. Giuffrè: Milano, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A fattispecie empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SALOMONE, Luigi. *Gestione e separazione patrimoniale*. Padova: CEDAM, 2001.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine Generali del Diritto Civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1944.

SANTAGATA, Renato. *Patrimoni Destinati e Rapporti Intergestori*. Torino: Giappichelli, 2000.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. I. 4.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1950.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCARPELI, Uberto. *Contributo all'analisi del linguaggio normativo, memorie dell'Acc. Delle scienze di Torino*, serie 3ª, Tomo , parte II., n 1, 1959.

SCHWAB, Jürgen. *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958.

SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SIMONART, Valérie. *La Personalité Morale en Droit Privé Comparé: L'unité du concept et ses applications pratiques- Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pay-Bas et Suisse*. Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1995.

SOLARI, Giole. *Individualismo e Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 1959.

_____. *Storicismo e Diritto Privato*. Torino: Giappichelli Editore, 1959.

SOUSA, Sueli Baptista. *Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada: aspectos legais e constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SPADA, Paolo. Destinazioni patrimoniali ed impresa (patrimonio dell'imprenditore e patrimoni aziendali. In: DORIA, Giovanni. *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*. Torino: Gianpichelli, 2010.

_____. *Diritto Commerciale: parte generale*. Padova: CEDAM, 2004.

_____. Persona jurídica e articolazioni del patrimônio spunti legislativi recenti per un antico dibattito. *Rivista di Diritto Civile*. Parte I, Padova: CEDAM, 2002.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Celso de Albuquerque Duvivier Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Crise das fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

_____. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 30, p. 53-77, 2007.

_____. O novo e o velho Direito Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Tradução de Nathalie Boucquey. Bruxelas: L.G.D.J., 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Da democracia na América*. Trad: Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1988.

UBILOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VANDEKERCKHOVE, Karen. *Piercing the Corporate Veil (European Company Law Series)*. New York: Wolter Kluwer, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della personalita giuridica delle societa di capitali nella common law e nella civil law*. Milão: Giuffre Editore, 1964.

VINCENTI, Umberto. *Diritto senza identità: la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Roma: Laterza, 2007.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editoria da Universidade de São Paulo, 2001.

ZATTI, Paolo. *Persona giuridica e soggettività*. Padova: CEDAM, 1975.

WITZLEB, Normann. The protection of corporations from intrusive media: a German perspective. *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, V. 13, pp. 77-112, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

ZOLT, Eric; GULATI, Mitu; KLEIN, William. Connected Contracts. *University of California Law Review*. n.47, 2000.

ZOPPINI, Andrea. Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni. *Rivista di Diritto Civile*. Parte I. Padova: CEDAM, 2002.

_____. I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati). *Rivista di Diritto Civile*. Parte I. Padova: CEDAM, 2002.

ZORZI, Nadia. *L'abuso della personalità giuridica: tecniche sanzionatorie a confronto*. Padova: CEDAM, 2002.