



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP, Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito da Universidade de Paris.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor do Institut d'études politiques de Paris (Science Po).

O PODER DE CONTROLE NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Lucas Santamma
2014

6ª Edição,
revista e atualizada



Rio de Janeiro

Capítulo I

SENTIDO E VALOR DA PESSOA JURÍDICA

99. Submetida aos ataques radicais do positivismo e do nominalismo, o conceito de pessoa jurídica – ninguém mais o nega – está em plena crise.¹ No plano teórico, rejeitam-se as explicações tradicionais do instituto, consideradas mais ou menos viciadas de “essencialismo”. No campo das soluções problemáticas, avulta a corrente propugnadora do afastamento da separação patrimonial, conforme as circunstâncias, em nome da equidade.

Para esses resultados práticos, exerceu decisiva influência o progressivo reconhecimento do controle societário, como fenômeno insuprimível da realidade jurídica. A personalidade jurídica cede o passo, na exata medida em que o controle ascende ao primeiro plano da problemática societária e comanda soluções específicas, incompatíveis com o absolutismo da separação patrimonial.

As considerações que se seguem têm por objeto relatar o trabalho de revisão crítica do conceito de pessoa jurídica e as características salientes da doutrina da desconsideração da personalidade coletiva, para os fins da aplicação de soluções mais adequadas aos casos concretos.

A) A revisão crítica do conceito de pessoa jurídica

100. Para se compreender o sentido geral dessa crise doutrinária é preciso recolocá-la no curso da evolução da ideia de sistema jurídico, como objeto da ciência do direito. A ideia de sistema implica a redução à unidade de uma multiplicidade de elementos, aparentemente desordenados, e representa, como tal, o grande objetivo das tentativas de explicação do mundo. Ora, essa ordenação sistemática de dados ou elementos pode ser concebida de duas maneiras: como unidade do tipo orgânico, implicando a coordenação de partes interdependentes, ou como unidade de tipo hierárquico,

¹ Cf. J. L. Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.

em que cada elemento é, a um tempo, subordinante e subordinado, ordenando-se todos eles, verticalmente, segundo os critérios da maior ou menor abstração e generalidade.² Este último tipo de sistema tem sido comparado, geometricamente, a uma pirâmide, cujo elemento fundamental não se encontra na base e sim no cume. À medida que se sobe em direção ao pináculo, os elementos do sistema perdem em concretização o que ganham em alcance ou extensão. O conceito fundamental é o mais geral de todos, mas, por isso mesmo, o mais abstrato.

A sistemática jurídica de tipo hierárquico foi levada ao extremo pela pandectística alemã, no século passado, e o conceito fundamental, colocado no cume da pirâmide, foi o de direito subjetivo. Quanto a este, os juristas de então nada mais fizeram do que aceitar as ideias mestras da filosofia das luzes, dos dois séculos anteriores. A ideia de direito subjetivo foi, com efeito, uma das armas de combate, mais largamente utilizadas pelos iluministas, contra o absolutismo político. O verdadeiro direito não seria a norma imposta pelo Estado absolutista e condenada pela razão natural, mas os direitos inatos de todo homem, enquanto manifestações de sua liberdade essencial. O desprezo pela normatividade e a exaltação da vontade individual, como expressão desses direitos-liberdades, decorriam inelutavelmente dessa concepção.

A reação cíclica contra esse subjetivismo vai desembocar no normativismo do início do século XX. Para ele, concorreram duas correntes filosóficas, de certa forma unidas na mesma rejeição da metafísica tradicional: o criticismo kantista e o positivismo. As ideias de liberdade e de vontade individual autônoma revelaram-se, desde logo, nessa perspectiva crítica ou cientificista, como dados pouco seguros sobre que fundar a ciência do direito. O único elemento concreto da realidade jurídica afigurava-se o chamado direito objetivo, isto é, o conjunto de normas.

Nota de Texto 60 É interessante notar que, sob outro ponto de vista, há continuidade entre a pandectística e o positivismo normativo. Como já observado na introdução, desde a ruptura entre moral e direito operada pelo racionalismo jurídico, o fundamento do direito passa a ser identificado na existência de um sistema racional e autointegrado de disciplina das relações sociais.

Essas duas características, busca da racionalidade científica e autointegração farão com que o direito passe a ser visto como uma construção lógica. O método da criação e interpretação do direito deixa de ser histórico-exegético e passa a exigir basicamente uma demonstração lógica.

² Cf. K. Larenz, *Storia del Metodo nella Scienza Giuridica*, Milão, Giuffrè, 1966, pp. 20/21; T. Sampaio Ferraz Jr., *Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais/EDUSP, 1976; N. Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Turim, s/d, Cap. III.

Ora, com base nessa ideia constrói a pandectística o chamado positivismo dogmático, concentrado em torno de sistemas lógicos e distantes das demandas sociais e éticas³ Daí, à reprodução desses esquemas lógicos em códigos (direito objetivo), não há grande dificuldade. O positivismo normativo surge nessa perspectiva como uma continuação natural do positivismo dogmático. Sua realização máxima está no BGB alemão de 1900.

Assim, a passagem da ideia de direito subjetivo ao objetivo (típico do positivismo normativo Kelseniano), ainda que represente uma inversão de perspectiva, se faz de maneira quase que natural dentro de um ambiente que já privilegiava a lógica em detrimento dos elementos humanos, históricos e valorativos.

Essa mutação no conteúdo sistemático da ciência jurídica, a rigor, já era prenunciada pelos últimos pandectistas. Assim, quando Brinz formulou a sua conhecida teoria da personalidade jurídica como um patrimônio finalístico (*Zweckvermoegen*), ele admitia, *ipso facto*, a possibilidade de direitos sem sujeito.⁴ Da mesma forma, quando Bernard Windscheid, debatendo-se nas sutilezas do seu psicologismo, conceituou o direito subjetivo como um poder da vontade (*Willensmacht, Willensherrschaft*), não lhe escapou a dificuldade constituída pelo fato de um direito subjetivo poder existir independentemente da vontade do seu titular, como no caso dos incapazes. Sua explicação, que julgamos hoje passavelmente sofisticada, teve, no entanto, larga aceitação e repercussão. Esse poder da vontade, ao qual se reduz todo direito subjetivo, não é, na verdade, do sujeito e sim o da própria ordenação jurídica (o que representa um salto lógico da vontade psicológica a um comando objetivado). O titular do direito subjetivo tem a possibilidade de fazer triunfar, judicialmente, o comando que a lei lhe confere em relação a outro sujeito; em uma palavra, tornada célebre, ele tem a pretensão (*Anspruch*). No campo do direito processual, essa concepção foi prontamente aceita, desde fins do século passado. Como escreveu Chiovenda, muito seguido entre nós, o objeto do processo não é uma relação jurídica litigiosa, mas a vontade concreta da lei.⁵

Mais radicalmente, porém, outros juristas não hesitaram em negar a própria existência de direitos subjetivos. Assim, Léon Duguit na França, corifeu do positivismo conteano no campo do direito,⁶ e Hans Kelsen, continuador do neokantismo formalista da Escola de Marburgo.

³ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 441 e ss.

⁴ De onde o nosso Pontes de Miranda haver acoimado essa concepção de "ontologismo desesperado" (*Tratado de Direito Privado*, cit., I, § 75, 1).

⁵ L. Duguit, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed. brasileira, I, p. 88.

⁶ Para Duguit, como sabido, não há direitos subjetivos e sim "situações jurídicas". A noção de pessoa jurídica é excluída de sua teoria do direito público, sendo substituída pela noção de "serviço público".

Ora, o conceito de pessoa é, indissolúvelmente, ligado ao de subjetividade jurídica. Negar a existência de direitos subjetivos implica, logicamente, a negação do conceito jurídico de pessoa. É o que Kelsen sustenta tranquilamente, fiel à lógica do seu sistema.

Recordemos, assim, *per summa capita*, essa concepção que continua a influir, poderosamente, no pensamento jurídico contemporâneo.

a) A rejeição do conceito de pessoa na “teoria pura do direito”

101. O dualismo “direito objetivo – direito subjetivo” representa, para Hans Kelsen, uma espécie de diplopia jurídica, um defeito de visão científica. Na ordem do “dever ser” não existe o que a teoria tradicional chama de direito subjetivo; há apenas normas e deveres jurídicos, ou seja, a imputação de sanções para certos atos ou omissões e a situação, em que se encontra alguém, de ter que comportar-se de certa maneira, se quiser evitar uma sanção.

A situação subjetiva, a que chamamos direito, nada mais é do que o reflexo de um dever. O verdadeiro sujeito da relação normativa é sempre o destinatário do dever, imposto pela norma. O indivíduo, em benefício do qual o sujeito do dever atua, é, propriamente, objeto do comportamento daquele, da sua ação ou omissão.⁷ Como se percebe, a inversão de perspectiva, em relação à doutrina clássica, é total. Para Kelsen, esse conceito de um direito subjetivo como simples reflexo de um dever jurídico pode, a rigor, auxiliar ou facilitar a representação da situação jurídica. Mas, sob o aspecto científico, é perfeitamente supérfluo. Ele foi posto em foco e considerado mesmo prioritário em relação ao dever, somente a partir do jusnaturalismo. E a razão econômica dessa concepção, segundo Kelsen, é evidente: tratava-se de defender a ordem capitalista e a instituição da propriedade privada contra a ação estatal.⁸

O mesmo se deve dizer do conceito de pessoa ou sujeito de direito. Em ambos os casos, “é decisiva a representação ou ideia de uma essência ou entidade jurídica, independente da ordem jurídica, de uma subjetividade jurídica que, por assim dizer, preexiste ao Direito, quer no indivíduo, quer em algo coletivo, e que o mesmo Direito apenas tem de reconhecer e necessariamente deve reconhecer, se não quer perder o seu caráter de Direito”.⁹ A função ideológica do conceito de pessoa é idêntica à de direito subjetivo: “serve para manter a ideia de que a existência do sujeito jurídico, como portador do direito subjetivo, quer dizer, da propriedade privada, é uma categoria transcendente, em confronto do Direito objetivo positivo, de criação humana e mutável; é uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da ordem jurídica en-

⁷ Cf. H. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1962, vol. I, pp. 247/248.

⁸ *Ibidem*, p. 263.

⁹ *Ibidem*, p. 322.

contra um limite insuperável”. Quando a ordem jurídica normativa não reconhece a propriedade privada como um direito imutável e inderrogável, fundado na natureza ou na vontade eterna de Deus, é indispensável defender essa ideia de um direito subjetivo e de sujeitos de direito, como algo independente das normas.¹⁰

Ora, a tarefa do jurista consiste, justamente, em eliminar essas “impurezas” ideológicas, que toldam a visão normativa da realidade.

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito de direito com o de pessoa e distingue as pessoas físicas ou naturais das chamadas pessoas jurídicas, consideradas criações da ordem jurídica. Mas a pessoa, como “suporte” de deveres e direitos (reflexos de deveres), não é algo distinto desse complexo de deveres e direitos, da mesma forma que uma árvore não *tem* tronco, ramos, folhas e flores, mas é o conjunto desses elementos. Assim, também, a pessoa não *tem* direitos e deveres jurídicos, mas simplesmente é o complexo desses deveres, é a personificação dessa unidade de deveres, atribuídos ao mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos. Neste sentido, a pessoa física é, também, uma criação do direito, uma pessoa “jurídica”.¹¹ E como esses deveres jurídicos, atribuídos unitariamente a um indivíduo ou grupo de indivíduos, são estatuídos por normas jurídicas, ou melhor, são normas jurídicas, o problema da pessoa em última análise, se resolve na unidade de um complexo de normas. Essa unidade normativa resulta, justamente, do fato de que o comportamento de um indivíduo ou grupo de indivíduos constitui o conteúdo dos deveres jurídicos, impostos pelas normas. “A chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo.”¹²

No que se refere à pessoa jurídica, usa-se, frequentemente, de linguagem figurada, para se dizer que os indivíduos que a compõem são seus órgãos. O que, na verdade, se quer dizer com essa metáfora é que a função exercida por certos indivíduos pode ser atribuída à comunidade. Daí a ficção de que a ação daqueles indivíduos é da própria comunidade. Mas a comunidade, aí, não deve ser hipostasiada, pois ela consiste, propriamente, na ordem normativa que regula o comportamento de uma pluralidade de indivíduos.¹³

Há, por conseguinte, na problemática da pessoa jurídica, uma questão de atribuição, a um grupo de indivíduos, dos efeitos do comportamento de um deles, considerado órgão ou representante. Questão em tudo análoga à da atribuição dos efeitos dos atos do pai ou tutor ao filho ou ao tutelado, por exemplo. Em ambas as hipóteses, fala-se, artificialmente, em direitos ou obrigações daqueles a quem são atribuídos pela lei os efeitos desses atos ou omissões.¹⁴

¹⁰ *Ibidem*, p. 324/325.

¹¹ *Ibidem*, pp. 327 e ss.

¹² *Ibidem*, pp. 330/331.

¹³ *Ibidem*, pp. 286/287.

¹⁴ *Ibidem*, p. 308.

Como explicar, logicamente, essa atribuição dos efeitos jurídicos do comportamento de um indivíduo à pessoa jurídica?

Kelsen lança mão, aí, de uma distinção deveras interessante. O comportamento humano regulado por uma norma jurídica, diz ele, compõe-se sempre de dois elementos: um elemento material, que consiste na ação ou omissão, e um elemento pessoal, que é o indivíduo que deve agir ou omitir-se. Ora, as normas legais que impõe deveres (ou direitos reflexos) às chamadas pessoas jurídicas são incompletas: elas determinam o elemento material do comportamento humano, isto é, o que deve ser praticado ou omitido mas não o elemento pessoal. Este é dado pelo contrato social, pelos estatutos ou atos constitutivos da pessoa jurídica, que se apresentam, diante do sistema legal, como uma ordenação jurídica particular (*Teilrechtsordnung*). Assim, a imputação de deveres às chamadas pessoas jurídicas obedece a um duplo mecanismo. A imputação legal é sempre indireta, no sentido de que depende, para sua aplicação, da imputação complementar dos atos constitutivos da sociedade, associação ou fundação.¹⁵

De qualquer forma, não se pode nunca falar em dever jurídico da pessoa coletiva. Para Kelsen, sujeito de um dever jurídico é o indivíduo que, pelo seu comportamento, pode provocar ou evitar a sanção, ou seja, o indivíduo que pode cometer ou deixar de cometer um ilícito. Assim, o chamado dever da pessoa jurídica é, na verdade, o dever dos membros que a compõem, ou, mais precisamente, o dever daqueles indivíduos designados pela ordenação jurídica parcial dos seus atos constitutivos. E recorrendo à conhecida distinção entre dever e responsabilidade, elaborada pela pandectística alemã dos últimos anos do século XIX,¹⁶ esclarece que a esse dever jurídico corresponde uma responsabilidade, que grava não os bens do titular do dever, mas os bens coletivos, separados pelos instituidores da sociedade, associação ou fundação. Da mesma forma, os direitos, se de direitos se pode falar em sentido não técnico, não pertencem a essa entidade misteriosa – pessoa jurídica – mas sim aos indivíduos que a compõem.¹⁷

Em suma, o que se chama pessoa, em direito, nada mais é do que o ponto de referência de um conjunto de normas jurídicas.

102. Sem retomar a apreciação crítica tantas vezes repetida dessa teoria, seja-nos permitido assinalar que, contrariamente às aparências, ela não representa um retorno puro e simples à doutrina da ficção. Esta última, como se começa a reconhecer, teve por assim dizer duas fases na história. A primeira é a dos glosadores e canonistas medievais, e a segunda corresponde à concepção de Savigny e de seus sequazes, na primeira metade do século passado. Interpretadas *ad litteram*, sem nenhum cuidado de crítica histórica, as sentenças medievais – *universitates nomi-*

¹⁵ *Ibidem*, p. 339.

¹⁶ Cf. F. K. Comparato, *Essai d'Analyse Dualiste de l'obligation en Droit Privé*, cit., Introdução.

¹⁷ H. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cit., pp. 331 e ss.

na sunt iuris et non personarum, e collegium in causa universitatis fingatur una persona – forjadas por Sinibaldo dei Fieschi (que se tornou o Papa Inocêncio IV) e retomadas por Baldo, que acrescenta à primeira delas *quoddam corpus intellectuale*, parecem afirmar o caráter fantasioso ou simulado das coletividades. Trata-se, no entanto, de conclusão errônea. Já se aventou que o verbo *fingere*, na Idade Média, não teria a mesma acepção do “fingir” atual.¹⁸ A hipótese é mais do que provável, pois o sentido principal do vocábulo, no latim clássico, é o de afeiçoar, amassar, modelar, fabricar, tanto materialmente – *fingere ceram* (Cícero, *De Oratore*, 3, 177), *fingere favos* (Cícero, *De Officiis*, 1, 157), *ars fingendi* (referindo-se à escultura: Cícero, *De Oratore*, 3, 26) quanto no sentido figurado – *a mente vultus fingere* (*idem*, *Tusculanae disputationes*, 3, 31), ou então *actor moderatur et fingit mentem ac voluntates* (*idem*, *De Legibus*, 3, 40). Ademais, quando os canonistas medievais escreveram as sentenças referidas, o que os preocupava era responder à indagação sobre quem seria o sujeito da Igreja como pessoa jurídica. Negando eles que fosse a multidão dos fiéis, o santo patrono, ou o edifício eclesiástico, preferiam interpretar a Igreja como uma hipótese de instituição divina, um *corpus mysticum*, na expressão de São Paulo.¹⁹ Ora, para o homem de fé e, sobretudo, para o medieval, tratava-se, obviamente, de uma realidade e não de uma ficção.

Bem se vê, por aí, o quanto difere essa posição medieval da teoria avançada por Savigny, no início do século passado, para quem a pessoa jurídica é uma criação do legislador. Aos canonistas sempre repugnou admitir que a Igreja, enquanto pessoa, fosse mera criação do legislador terreno.

A rejeição do conceito jurídico de pessoa, na “teoria pura do direito”, não se aproxima de nenhuma dessas posições. Afasta-se da ideia medieval de corpo espiritual, moldado à imagem da pessoa física, porque para Kelsen também esta é mera criação intelectual. Não se confunde, tampouco, com o ficcionismo de Savigny, porque na concepção “pura” do direito o legislador não cria coisa alguma: somos nós outros, juristas, que interpretamos, canhestamente, esse centro de imputação normativa como sujeito de direitos.

Se as ideias de Kelsen não foram aceitas integralmente por ninguém, é preciso, no entanto, reconhecer que elas exerceram, e continuam a exercer, a importante função de uma espécie de detergente do pensamento jurídico, ajudando-o, de fato, a purificar-se de um certo número de ilusões. Não se pode deixar de reconhecer que, a partir de Kelsen, a teoria da pessoa jurídica jamais voltará a ser o que era antes. A sua influência, aliás, transparece de forma nítida no pensamento de alguns importantes juristas coevos.

Assim é, por exemplo, com Ascarelli, como passamos a ver.

¹⁸ P. Ourliac e J. de Malafosse, *Histoire du Droit Privé*, t. 2, 2ª ed., Paris, PUF, 1971, p. 68.

¹⁹ Cf. F. Ruffini, *La Classificazione delle Persone Giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti Giuridici Minori*, Milão, pp. 36 e ss.

Nota de Texto 61 A diferença entre Savigny e Kelsen em matéria de pessoa jurídica se encaixa na passagem do positivismo dogmático da pandectística²⁰ para o positivismo normativo de Kelsen.

Como ressaltado no texto, a grande diferença está exatamente na posição atribuída aos direitos subjetivos. Para Savigny com a atribuição de direitos subjetivos há criação de sujeitos de direito, para Kelsen essa criação é produto da nossa interpretação.

À parte essa diferença, há na verdade uma continuidade, muito em linha com a concepção lógico racionalista do direito. Segundo ela, intérprete ou legislador podem criar centros de imputação objetivos de direitos, ainda que esses centros não sejam dotados de interesse próprio, sendo mera expressão do interesse de seus membros.

Essa concepção é extremamente influente e dominante na aplicação atual do direito e tem como sua característica marcante a ligação entre concepção da pessoa jurídica e do interesse social.

Duas são as linhas evolutivas que devem ser seguidas para entender a extensão dessa ligação. De um lado a evolução da relação entre teoria da ficção e contratualismo e de outro da relação entre teoria da realidade e institucionalismo.

a) A teoria da ficção e o contratualismo

Para entender bem a concepção de Savigny sobre as pessoas jurídicas,²¹ é necessário ter bem clara a realidade dogmático-jurídica que o autor tinha diante de si. A ele cabia explicar as pessoas jurídicas em um sistema que reconhecia no homem o centro “natural” de direitos e deveres. Devia fazê-lo, porém, não mais com base nos postulados liberais²² da escola naturalista, mas sim com base em conceitos jurídicos precisos, que a “vocaçãõ de seu

tempo para a ciência jurídica” impunha. Era preciso, portanto, dar ao conceito uma tonalidade mais jurídica, liberando-o do *realismo social* a ele atribuído pelo racionalismo jurídico.²³

A opção de Savigny pela explicação ficcionista ou normativa da pessoa jurídica justifica-se. A ficção é para ele um meio de afirmar o caráter artificial de tal atribuição, sem negar a realidade própria dos agrupamentos humanos aos quais é atribuída a personalidade jurídica. Savigny nunca negou a *soziale Realität des Verbandes* (realismo social da associação). Acreditava, no entanto, que tal realismo, por ser excessivamente múltiplo, não pertencia ao conceito de pessoa jurídica.²⁴

Segundo Savigny, a capacidade jurídica conferida a esses entes não é plena. O autor a reduz à capacidade patrimonial, o que é explicável menos à luz de rígidas posturas dogmáticas, e mais em função das condições econômicas e sociais vigentes à época. Em 1835, sobretudo na Alemanha, vigorava ainda um modo de produção pré-industrial, caracterizado pela inexistência de mercado nacional e de sistema bancário e creditício. Isso fazia com que existisse, de um lado, grande necessidade de instrumentos que permitissem o agrupamento de recursos e, de outro, grande preocupação com a solvência das pequenas (e frequentemente subcapitalizadas) empresas. Daí a preocupação em facilitar a criação de novos centros de imputação de direitos e deveres e a preocupação em negar a possibilidade de separação patrimonial livre.

Assim é que, em Savigny, é de particular importância o destaque dado aos pressupostos normativos para o reconhecimento da personalidade jurídica. Como a capacidade patrimonial era o dado mais importante, a pessoa jurídica permanecia uma ficção do direito, incapaz de gerar uma vontade própria.

²⁰ Apesar de formalmente ser membro da escola histórica, a obra de Savigny – especialmente do jovem Savigny – influencia decisivamente o pensamento da pandectística – cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 430. A convivência em Savigny da crença da realidade histórica e ao mesmo tempo, lógico-científica do direito evidencia-se aliás, no próprio título de suas obras principais, F. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin, Bei Deit und Comp, 1840.

²¹ Faz-se referência, obviamente, à teoria exposta no *System des heutigen römischen Rechts*, cit.

²² No sentido de não ligação a nenhum direito tradicional a ele atribuído por H. Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, Klostermann, 1962, p. 23, que esclarece as consequências de uma tal afirmação: “Die Hemmungen, die dem Streben nach systematischer Einheit die historische Gestalt des römischen Rechts entgegensetzen musste, wurden damit überwunden”.

²³ Cf. F. Wicacker, “Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts”, in *Festschrift Huber*, Göttingen, Schwartz, 1973, p. 363.

²⁴ Cf. W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1, 2, *Die juristische Person*, Berlin/Heidelberg/Nova Iorque/Tokio, Springer, 1983, p. 4. O autor vê, ao contrário, na teoria de Windscheid uma ficção no sentido próprio do termo porque ali se nega efetivamente a realidade pré-jurídica das corporações: “Der Unterschied zur Lehre Savignys besteht darin, dass nach Savigny den als juristische Person in Frage kommenden sozialen Gebilden, deren Existenz nicht in Frage steht, durch die Fiktion nur die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit = Vermögensfähigkeit beigelegt wird, während Windscheid nicht von der Wirklichkeit der Gebilde, sondern von der von ihm angenommenen Subjektlösigkeit der Rechte ausgeht und die Fiktion der juristischen Person nach Windscheid nur ein Bedürfnis der juristischen Technik befriedigt” (p. 16).

O artificialismo da pessoa jurídica reconhecido por Savigny e adotado por Kelsen nada mais é que uma consequência da concepção, não expressamente declarada, da sociedade como um ente capaz de atribuir personalidade jurídica aos interesses dos sócios como um conjunto. Esse conceito de pessoa jurídica é o que melhor se coaduna com os princípios contratualistas de direito societário. Para que se possa compreender essa afirmação, deve-se fazer uma análise mais detida do contratualismo.

O contratualismo é a concepção do interesse social que sustenta ser esse último coincidente com o interesse do grupo de sócios. Como é sabido, foi na doutrina e jurisprudência italianas que a concepção contratualista teve seu maior desenvolvimento.

É necessário, no entanto, fazer uma análise separada da lei e de uma particular (e hoje majoritária) interpretação doutrinária, que veio se afirmando sobretudo a partir da metade dos anos 60, que vê na disciplina societária uma disciplina exclusivamente contratual.

Deve-se, no entanto, esclarecer os sentidos que pode assumir o termo *contratualismo*. Pode-se dizer que o sistema italiano é tradicionalmente contratualístico na medida em que nega que o interesse social seja hierarquicamente superior ao interesse dos sócios. Trata-se, portanto, de um contratualismo definido por contraposição ao institucionalismo.²⁵

Deste contratualismo por antonomásia podem-se deduzir duas vertentes diversas: segundo a primeira, o interesse social é depurado de elementos externos. Define-se o interesse social sempre como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais. Pela segunda vertente, incluem-se na categoria sócio não apenas os atuais, como também os futuros. A perspectiva a longo prazo do interesse social ganha importância. Obviamente, nesse caso, assume relevância também o próprio interesse à preservação da empresa, motivo pelo qual afirma-se que essa variante contratualista, na prática, aproxima-se um pouco da teoria institucionalista.²⁶

²⁵ Cf. F. Galgano, *Diritto commerciale - Le società*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1987, p. 360, nota 9, que afirma: "é una teoria che si autodefinisce, polemicamente, 'contrattualistica' per sottolineare il fatto che essa respinge la concezione della società come 'istituzione' staccata dalle persone dei soci e la configura, all'opposto, quale rapporto contrattuale fra pib persone, che non involge altro interesse se non quello delle parti contraenti".

²⁶ Cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milão, Giuffrè, 1964, pp. 89 e ss.

Na primeira das versões acima mencionadas o interesse social é concebido como relativo apenas ao grupo de sócios atuais.²⁷ Um dos principais defensores desse tipo de concepção é Jaeger. Para ele, o interesse social não constitui um conceito abstrato, mas sim algo de concreto, definível apenas quando comparado com o interesse do sócio para aplicação das regras sobre conflito de interesses.²⁸

O autor chega a tal conclusão a partir de sua concepção particular do contrato de sociedade: como o contrato social é de execução continuada e o interesse social é o interesse do grupo de sócios,²⁹ aquele interesse social pode ser constantemente revisto e eventualmente desconsiderado de modo explícito quando se trata de decisão unânime dos sócios.

Mais recentemente, a segunda versão do interesse social vem prevalecendo de forma decisiva. Influenciado por concepções vindas da análise econômica do direito e pelas necessidades do mercado de capitais, passa a prevalecer entre os contratualistas concepção objetiva do interesse social. Lança-se mão do conceito de maximização das ações (cf. *infra* Nota de Texto 70).

Parce evidente que comum a ambas as versões – contratualismo clássico e moderno – é o fato da sociedade ser vista como instrumento de passagem e organização dos interesses particulares dos sócios. A ideia faz então círculo completo, retornando-se à teoria ficcionista que vê na pessoa jurídica ficção necessária para a passagem dos interesses – esses sim reais – dos sócios.

b) A teoria realista e o institucionalismo

A concepção da teoria realista é legado de Gierke, embora descrevê-la como uma teoria da pessoa jurídica não seja totalmente correto. Na verdade, para ele a pessoa jurídica tem pouca importância. Mais relevante é a realidade que está à base desse instituto jurídico. É por isso que a principal característica destacada na teoria de Gierke é o retorno da concepção do fenômeno associativo como *realidade social*.

²⁷ Cf. F. Galgano, *Diritto commerciale - Le società*, cit., p. 361.

²⁸ Cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., p. 218.

²⁹ O autor fez uma diferença entre "interesses de grupo", limitáveis temporalmente por representarem os interesses de um grupo determinado de pessoas e "interesses de série", cuja duração é naturalmente indefinida, pois representam sujeitos não todos determinados e não todos existentes ao mesmo tempo – cf. P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, cit., pp. 128 e ss.

O mérito de sua teoria está menos na coerência dogmática e mais no fato de ter chamado atenção para o perfil interno das associações. Muito dos aspectos por ele levantados são ainda hoje elementos centrais da teoria societária. A valorização da discussão sobre a estrutura e organização da sociedade é um exemplo. Outro exemplo é o organicismo, consequência direta da afirmação da vontade própria da sociedade. Também à sua decidida crítica à possibilidade de definir uma personalidade jurídica exclusivamente de direito privado, prende-se a discussão a respeito da capacidade delitual da pessoa jurídica.

Quanto aos passos necessários à afirmação dessa ampla capacidade das pessoas jurídicas, a teoria é de difícil avaliação do ponto de vista jurídico, e não totalmente convincente do ponto de vista lógico. Procedendo de maneira inversa, ou seja, partindo do reconhecimento da capacidade jurídica para depois chegar à justificativa da realidade existente, pode-se dizer que o primeiro passo de Gierke é tão ficcionista quanto a teoria de Savigny, pois quanto mais revela a capacidade dos fenômenos associativos de terem vontade própria, tanto mais a questão do reconhecimento da sua capacidade é deixada a cargo do legislador.

Gierke identifica o elemento que confere vontade própria à sociedade na pluralidade de seus componentes.³⁰ Segundo o autor, é essa capacidade de ter vontade própria que atribui *realidade* ao fenômeno associativo, único parâmetro aceitável para atribuição de personalidade jurídica.

Assim, a teoria realista explica o fenômeno da personalidade jurídica pelo reconhecimento de que uma associação ou corporação é capaz de ter vontade própria, embora a atribuição de personalidade a essa vontade careça de positividade jurídica.

É necessário ainda estabelecer a conexão entre a concepção realista de pessoa jurídica e a teoria institucionalista sobre a função das sociedades. O exercício é necessário, pois, como examinado, a teoria realista tem como propósito específico justificar a atribuição de personalidade a um fenômeno associativo, o que era privilégio dos seres humanos nascidos com vida. Ao fazê-lo, limita-se a imaginar que a pessoa jurídica tenha vontade própria, porém não se ocupa de analisar o processo de formação dessa

³⁰ O. von Gierke identifica a alma da corporação (sociedade) na vontade comum "(...) ihre Seele ist ein einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereinsorganismus" (*Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 474).

vontade. E aqui entra a contribuição da teoria institucionalista do direito societário, pois é ela que auxiliará na compreensão desse processo.

Com efeito, a doutrina institucionalista representa um modelo bastante consistente de explicação da realidade que a teoria de Gierke procurou captar para justificar a existência das pessoas jurídicas. O institucionalismo passa a definir e estudar a vontade própria da pessoa jurídica e suas formas de expressão.

c) Conclusão

Dessa relação, que se mostra historicamente necessária entre teoria da pessoa jurídica e do interesse social decorre uma conclusão muito interessante. Hoje a absoluta prevalência da teoria da ficção e de suas vertentes positivistas como a teoria normativa de Kelsen é poderoso fator em apoio da concepção contratualista da sociedade. Assim ainda que teoricamente discutível e sua prática muitas vezes superada, o contratualismo revive e predomina na interpretação doutrinária e jurisprudencial,³¹ por força de preconceitos individualistas e também de apoios inesperados, como o vindo da concepção dominante de pessoa jurídica.

Ora, a concepção contratualista é uma das mais poderosas barreiras ao estabelecimento de reais limites ao poder do controlador. Para isso contribui, portanto, sem dúvida e ainda que indiretamente, à vigente concepção de pessoa jurídica.

b) A pessoa jurídica como regula juris, segundo Ascarelli

103. Para Ascarelli, as teorias tradicionais sobre a pessoa jurídica partem de um pressuposto errôneo e chegam, por isso mesmo, a conclusões inaceitáveis.³² Elas admitem, todas, que a expressão "pessoa jurídica" se refira a um dado normativo unívoco ou, o que é pior, a uma realidade pré-normativa. Em consequência, concluem que se trata de um instituto análogo ao de pessoa física, uma espécie do gênero "pessoa", reconhecida como tal pelo legislador ou por ele assim considerada, ficticiamente. Assim, ao lado dos homens de carne e osso, haveria uma espécie de macroantropoides, igualmente dotados de personalidade.

³¹ A ponto de transformar sistemas com declarações expressas institucionalistas como a lei societária brasileira em sistemas que aplicados têm claro viés contratualista – cf. C. Salomão Filho, *O novo direito societário*, cit., pp. 36 e ss.

³² Os seus principais ensaios sobre o tema são: "Considerazioni in tema di società e personalità giuridica" (*Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 130); "Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società" (*ibidem*, p. 219); "Personalità Giuridica e sua portata" (*Problemi Giuridici*, I, cit., p. 235).

Ora, não existem em direito interesses e relações que não digam respeito unicamente aos homens. Por conseguinte, toda a disciplina jurídica concernente às pessoas jurídicas reduz-se, finalmente, a uma disciplina de interesses dos homens que as compõem, *uomini nati da ventre di donna*, como enfatizava. O chamado interesse social não pode deixar de ser o dos sócios e somente deles.³³ Toda e qualquer hipótese, aí, é de rejeitar-se. A esse respeito, Ascarelli relembra a sua conhecida interpretação da sociedade como um contrato plurilateral e afirma que as ações em que se divide o capital de uma sociedade anônima nada mais são do que “bens de segundo grau”.³⁴

Sem dúvida, a sociedade anônima, em suas origens, diferia profundamente da sociedade de pessoas tradicional, pois, enquanto esta era mero contrato, aquela se constituía por ato do Príncipe e se inseria, com a “incorporação”, no campo do direito público. Mas a liberdade de constituição das sociedades anônimas e a aquisição da personalidade jurídica pela obediência à lei comum, sem privilégios, acabaram anulando, totalmente, essa diferença. As sociedades por ações, tal como as demais sociedades, reduzem-se, todas, à categoria dos contratos plurilaterais.³⁵

Por outro lado, não se pode perder de vista, segundo afirma, que as ações não constituem um bem primário, mas surgem da constituição do capital social, com a entrega de bens ou dinheiro pelos acionistas subscritores. Todo o seu valor decorre, justamente, desses bens componentes do ativo social, como contrapartida contábil do capital, não sendo de admitir-se uma duplicação de valor, relativamente aos mesmos bens.³⁶

Tudo isso demonstra, para Ascarelli, que a expressão “pessoa jurídica” designa apenas um complexo de normas jurídicas com um mesmo centro de imputação. Ela nada mais é do que a expressão abreviada desse conjunto de normas. O que não significa – acrescenta – negar, mas, ao contrário, acentuar o valor instrumental dessa noção enquanto indicação de situações subjetivas, ditadas para os homens que compõem essas pessoas jurídicas.³⁷

Retomando o conhecido ensinamento de Paulo – *non ex regula jus summatur, sed ex jure quod est, regula fiat* (D. 50, 17, 1) – Ascarelli propõe uma distinção entre duas categorias de conceitos jurídicos: os que se referem a fatos típicos da realidade social (*fattispecie*) e os que se limitam a exprimir, condensadamente, um sistema normativo, a modo de autêntica estenografia legal. Os conceitos do primeiro tipo não

³³ T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 241; *Problemi Giuridici*, I, cit., pp. 236 e ss.

³⁴ T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, pp. 130 e ss., 140 e segs., 235 e ss.

³⁵ T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, pp. 133/134.

³⁶ Essa concepção, já por nós criticada alhures (cf. *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, cit., nº 31), é obviamente simplista, na medida em que suprime, justamente, qualquer valor específico ao controle. Ela é cotidianamente desmentida na vida econômica, onde ações de controle não têm valor igual ao de ações sem controle.

³⁷ T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, p. 168.

deixam de ser jurídicos, pois eles compõem a previsão normativa; mas o seu conteúdo é, sem dúvida, extrajurídico, porque se referem a uma classificação tipológica da realidade social. Por isso mesmo, em relação a eles, não se põe nenhum problema de definição jurídica: o seu sentido é o da linguagem comum. Assim, por exemplo, quando o Código Civil declara que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1º), está empregando a palavra “pessoa” no seu sentido comum, que dispensa qualquer definição propriamente jurídica. Ao contrário, quando edita a regra de que “é nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz” (art. 166, I), o mesmo Código se utiliza de vários termos ou expressões que não encontram correspondência na linguagem comum, porque, justamente, não se referem a uma classificação tipológica da realidade social e sim àquilo que Jhering denominou “construções jurídicas”,³⁸ isto é, conjuntos sistemáticos de normas, como “nulo”, “negócio jurídico” e “pessoa absolutamente incapaz”. Estes últimos conceitos, correspondentes às *regulae* da sentença de Paulo, são “mudos” em matéria interpretativa, no sentido de que não podem constituir uma premissa para a solução do caso de espécie. O intérprete não pode partir de tais conceitos para extrair consequências jurídicas mas deve, antes de tudo, perquirir qual o complexo de normas a que eles se referem e iniciar, então, a sua argumentação jurídica, unicamente a partir desse conjunto normativo, condensadamente expresso pela *regula*.³⁹

Os conceitos de “pessoa” e de “pessoa jurídica” são, tipicamente, dessa espécie. Diante de um desses termos, expresso em norma, o intérprete não se volta para uma realidade extrajurídica, mas deve, antes, perguntar-se a que tipo de complexo normativo esse termo alude. Tratando-se de “pessoa”, está a norma aludindo a homens, a

³⁸ R. von Ihering, *El Espíritu del Derecho Romano*, cit., pp. 248 e ss. Cf. a monografia de G. Lazzaro sobre o tema, *Storia e Teoria della Costruzione Giuridica*, Turim, Giappichelli, 1965.

³⁹ T. Ascarelli, *Problemi Giuridici*, I, cit., p. 169. Ascarelli aplicou essa distinção conceitual, pela primeira vez, no artigo “Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del titolo V, libro IV, del nostro Codice”, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1954, num fascículo em homenagem a Giacomo Molle, reimpresso em *Saggi di Diritto Commerciale*, cit., p. 567. Sustentou, então, que o conceito de “título de crédito”, tal como definido por Vivante, resumia o conjunto de elementos comuns a certos documentos jurídicos, disciplinados em lei. A partir do momento em que o legislador adotou esse conceito em “disposições gerais”, comuns a todos os títulos de crédito em espécie, das duas uma: ou ele repetiu, simplesmente, sob a forma genérica, as regras próprias de cada um dos documentos doutrinariamente considerados “títulos de crédito” – o que é uma inutilidade, em texto de lei – ou então, caso se esteja permitindo a “criação” de títulos de crédito atípicos, inominados, o legislador suscitou um autêntico círculo vicioso: essas disposições gerais se entendem aplicáveis aos “títulos de crédito”, e “título de crédito” é uma expressão que designa os documentos disciplinados por essas disposições gerais. Ascarelli voltou ao assunto, com maior vigor, em “Il problemi preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica”, em *Problemi Giuridici*, cit., I, p. 165, e também na nota 76 do artigo “Personalità Giuridica e Problemi delle Società”, em *Problemi Giuridici*, I, cit., p. 311.

coletividades ou a patrimônios “personalizados”? Tratando-se de “pessoa jurídica”, a norma está reenviando o intérprete à sistemática normativa das sociedades, das associações ou das fundações?

104. Por aí se percebe como o pensamento ascarelliano se aproxima, nessa parte, de Kelsen, conforme o mestre italiano, aliás, expressamente reconhece.⁴⁰ Mas o enfoque dado à questão é de índole operacional, ligado a uma preocupação hermenêutica primordial de aplicação normativa – e para Ascarelli interpretação e aplicação da norma não constituem dois momentos distintos, mas uma só operação mental –,⁴¹ preocupação essa de todo estranha à “teoria pura do direito”.

Ademais, a distinção entre conceitos destinados a classificar tipologicamente a realidade e conceitos de mera expressão normativa – uma das suas grandes contribuições à moderna ciência do direito – é, igualmente, estranha ao sistema de Kelsen, para quem a ciência jurídica é pura *Normwissenschaft*, sendo o primeiro tipo de conceitos, nessa perspectiva, pertinente a uma *Tatsachenwissenschaft*, de índole extrajurídica.

Por outro lado, é sensível a influência exercida no espírito de Ascarelli pelos especialistas da linguagem jurídica que vêm, há muito, denunciando o mito das “naturezas jurídicas”, e procurando restringir a indagação do jurista a um esclarecimento do sentido dos termos empregados na norma.⁴²

É por isso que nos parece importante terminar esta breve resenha das tendências críticas, a respeito do conceito de pessoa jurídica, com uma rápida exposição das teses nominalistas do direito contemporâneo.

c) *A pessoa jurídica reduzida à categoria de mero nomen juris*

105. Um dos mais fecundos ramos do positivismo filosófico do século XIX é, sem dúvida, o da nova lógica e o da teoria dos símbolos, ou semiótica. Fiéis ao ensinamento de Condillac, segundo o qual *une science n'est qu'une langue bien faite*, os filósofos matemáticos, ou especialistas da linguagem, procuraram reela-

⁴⁰ T. Ascarelli, *Saggi di Diritto Commerciale*, cit., pp. 166/167; *Problemi Giuridici*, I, cit., p. 238.

⁴¹ Cf., entre outros ensaios dedicados ao assunto, “Norma giuridica e realtà sociale”, *Problemi Giuridici*, I, cit., p. 68, no qual critica o formalismo kelseniano, “cego” para os valores históricos que enformam toda norma jurídica.

⁴² Cf., por exemplo, o seguinte passo: “*Il domandarsi perciò se una determinata collettività (per rimanere nell'ambito di queste) costituisca o meno una persona giuridica è porsi una domanda che, a rigore, è senza senso. Senso ha la domanda della disciplina giuridica applicabile. Una volta che questa sia determinata, il ricorso al termine 'persona giuridica' sarà o meno possibile... a seconda che se prescelga o non si prescelga questo segno per indicare quella normativa*” (*Problemi Giuridici*, I, cit., p. 247). O raciocínio é típico da “escola analítica do direito”.

borar, sistematicamente, as bases expressivas ou simbólicas do pensamento científico, abandonando qualquer pretensão “essencialista” ou metafísica, de acordo com a orientação fundamental do positivismo. Trata-se, antes de tudo, de testar a precisão desses instrumentos do labor científico, que são as palavras e as proposições, enquanto expressões simbólicas. Volta-se, assim, de certa maneira, ao nominalismo medieval de Duns Scott e, sobretudo, de Guilherme de Ockham, para quem os conceitos, enquanto universais, são meros símbolos sem correspondência na realidade, composta tão só de *individua*. Mas a preocupação moderna é menos especulativa do que prática, toda voltada, como está, para a problemática técnico-científica, que domina a civilização industrial.

Essa corrente filosófica acabou influenciando, poderosamente, no pensamento jurídico, dando origem a uma tentativa de completa reelaboração das bases metodológicas da ciência do direito.⁴³ Os representantes desse neopositivismo, ou nominalismo jurídico, partem, com efeito, de um enfoque totalmente diverso do “essencialismo” da ciência jurídica tradicional. Para eles, o gênero de questões a serem postas na ciência do direito não deve mais ser o tradicional – Que é o direito? Qual a natureza jurídica de tal ou qual instituto? – mas, antes, uma pura indagação de sentido: – Que significa tal palavra nesta proposição? Qual a consequência jurídica de determinada proposição legal ou contratual?

A preocupação maior da ciência jurídica tradicional, na análise das “naturezas jurídicas”, era a de chegar a definições perfeitas de todos os conceitos. Por isso mesmo, a *pièce de résistance* de todas as monografias acadêmicas consistia, precisamente, na definição dos institutos, em geral reservada para o último capítulo, como resultado de toda a elaboração mental, em forma silogística.

Para os representantes do neonominalismo jurídico, essa atitude intelectual parte de um pressuposto filosófico totalmente desmentido na vida real, qual seja o caráter eterno e imutável dos seres, como as ideias alcançadas pela visão noética, na filosofia de Platão. Assim, “contrato” não seria um símbolo, cujo significado deve ser perquirido no contexto da proposição jurídica normativa, mas uma entidade sempre igual a si mesma, desde a *conventio*, a *pollicitatio* e o *nudum pactum* do direito romano até os atuais contratos coletivos, impostos ou de adesão.

⁴³ Da extensa bibliografia, selecionamos H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, in *Logic and Language*, I, Oxford, 1955, p. 145; *idem*, “Definition and Theory in Jurisprudence”, in *Law Quarterly Review*, 1954, p. 37; Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turim, *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 1959; L. Bagolini, “Positivismo giuridico e analisi del linguaggio”, in *Riv. Trim. dir. procedura civile*, 1966, pp. 693 e ss.; K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, Centro Editor de America Latina, 1968; G. R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 1972; N. Bobbio, “Su la scienza del diritto come analisi del linguaggio”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342; H. Hatz, *Rechtssprache und juristischer Begriff*, Stuttgart Kohlhammer, 1963. Cf., igualmente, o volume XIX dos *Archives de Philosophie du Droit*, “Le langage du droit”, 1974.

Ademais, para os nominalistas, a ciência jurídica tradicional, no seu afã de tudo definir – isto é, pôr fins ou limites –, acaba se confundindo em puras logomaquias, sem o menor interesse prático. Na verdade, nem sempre a definição acrescenta um valor operacional ao sentido comum de um vocábulo. Ao contrário, na maior parte dos casos, ela é excessivamente abstrata e, por isso, não significativa. Quando dizemos, por exemplo, que um contrato é um acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais – definição habitualmente encontrada nos nossos manuais de direito civil – colocamo-nos em tal nível de generalidade que, dificilmente, poderemos utilizar essa definição como instrumento prático, na busca de soluções jurídicas concretas. Por que, então, segundo essa definição, o matrimônio ou a deliberação de uma assembleia-geral de acionistas não são, também, contratos e não devem ser qualificados como institutos do direito das obrigações? O titular de um fundo de comércio, que obtém a renovação judicial da locação do prédio, ainda se considera ligado ao proprietário por um contrato?

Para um dos maiores expoentes atuais da escola analítica de Oxford, Herbert L. A. Hart, todas essas aporias surgem do erro básico de se encararem os conceitos jurídicos como descritivos da realidade, quando na verdade eles “formulam conclusões jurídicas”. Quando dizemos que Tício vendeu o seu automóvel a Caio, não estamos descrevendo fatos e sim formulando conclusões de direito, isto é, atribuindo a Tício e a Caio determinados direitos e obrigações. Assim, segundo Hart, a característica própria dos conceitos jurídicos não é a descrição, mas a atribuição: dados certos fatos típicos, previstos por determinada regra jurídica, atribuem-se direitos e deveres a sujeitos nomeados.⁴⁴ Ora, o uso dos conceitos jurídicos, assim compreendidos, não é disciplinado por quaisquer regras semânticas, mas pelas próprias normas de direito. E essas regras são de tal complexidade, que se torna impossível saber o significado de um conceito jurídico, fora da proposição normativa em que ele se insere. É, portanto, sem sentido indagar o que é o direito, o que é o Estado, ou o que é a pessoa jurídica, isoladamente considerados, como se fossem arquétipos ou entes em si mesmos. O que se deve fazer, metodicamente, é desviar a atenção da palavra isolada para a proposição em que ela se encontra e dar, assim, em qualquer hipótese, uma interpretação contextual.

Os nominalistas chegam, destarte, à conclusão de que todos os conceitos jurídicos, tomados isoladamente, são “símbolos incompletos”, ou “palavras ocas”, como preferiu dizer Karl Olivecrona.⁴⁵ A expressão “símbolo incompleto” foi forjada por Frege, em fins do século passado⁴⁶ e retomada por Bertrand Russel, logo depois, para

⁴⁴ A observação, a rigor, é banal, com a ressalva do que se diz logo em seguida, pois corresponde à distinção entre juízos da realidade e juízos de valor (cf. M. Reale, *Filosofia do Direito*, cit., 1º vol., pp. 225 e ss.).

⁴⁵ K. Olivecrona, *Lenguage jurídico y realidad*, cit., pp. 34 e ss.

⁴⁶ Cf. G. Frege, *Grundgesetze der Arithmetik*, I, Jena, Verlag Hermann Pohle, 1893 e *Funktion und Begriff*, Jena, 1894.

designar, justamente, as palavras que nada significam de preciso, fora do contexto em que são utilizadas.

A expressão “pessoa jurídica”, segundo se afirmou, é um exemplo conspícuo de “símbolo incompleto”.⁴⁷ Fora do contexto normativo em que pode vir inserida, ela nada indica com precisão; portanto, o jurista jamais poderá perguntar o que é a pessoa jurídica, ou qual a sua diferença em relação à pessoa física,⁴⁸ mas sim a que se refere a expressão “pessoa jurídica”, numa norma determinada.⁴⁹

B) Balanço e resultados. a teoria da desconsideração da personalidade jurídica

106. Após esse formidável trabalho de revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, cuja pálida amostra procuramos dar nas páginas precedentes, força é reconhecer que a doutrina contemporânea acha-se em mora de levantar um balanço das diferentes análises e compor uma espécie de conta de resultados.

Poder-se-ia principiar por uma crítica histórico-sociológica das teorias tradicionais sobre o assunto, procurando torná-las mais concretamente compreensíveis, em função dos valores sociais que enformaram a sua elaboração. Já se fez valer, nessa perspectiva, que a teoria ficcionista de Savigny foi elaborada numa época em que a economia rural procurava libertar-se dos últimos privilégios feudais que a vinculavam, notadamente das corporações de “mão morta”; enquanto a economia comercial urbana se desembaraçava das remanescentes corporações de artes e ofícios, que entravavam a livre iniciativa empresarial. O Estado nacional era, portanto, naquela fase histórica, o grande protetor das liberdades contra a opressão provincial local. Os antigos “corpos” públicos não se podiam considerar entidades naturais, mas artificios absolutistas.⁵⁰ Em contrapartida, quando Gierke formulou a teoria orgânica, na segunda metade do século passado, os principais países da Europa Ocidental já haviam procedido à liquidação

⁴⁷ Cf. F. D'Alessandro, “Persone Giuridiche e Analisi del Linguaggio”, in *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*, vol. 1, Milão, 1969, p. 242.

⁴⁸ No Brasil, por exemplo, teríamos que acrescentar a esta indagação, para que ela tivesse sentido, a indispensável precisão a respeito do setor normativo ou ramo do direito em questão, pois no direito tributário a expressão “pessoa jurídica” tem, como sabido, uma acepção técnica diversa daquela que pode assumir no direito civil, ou no direito administrativo.

⁴⁹ F. D'Alessandro chega até a afirmar que “as proposições nas quais vem predicado ou imputado algo de uma pessoa jurídica não são tratadas semanticamente, mas sintaticamente” (“Persone Giuridiche e Analisi del Linguaggio”, cit., p. 284, nota 42), o que é um evidente exagero, pois no contexto normativo a expressão designa, certamente, uma realidade, e não um bem ideal, como os objetos da matemática.

⁵⁰ Cf. *Personalità Giuridica e Gruppi Organizzati*, trabalhos e relatórios da 5ª Convenção de estudo sobre problemas atuais de direito e processo civil, realizada em Trani, na Itália, editado por Giuffrè, Milão, 1971, p. 18.