

Fábio Konder Comparato
Calixto Salomão Filho

O PODER DE
CONTROLE NA
SOCIEDADE ANÔNIMA

4ª edição

EDITORA
FORENSE

poder da vontade (*Willensmacht*, *Willensherrschafft*), 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 comteano no campo do direito,⁶ e Hans Kelsen, continuador do neokantismo formalista da Escola de Marburgo.

Ora, o conceito de pessoa é, indissolivelmente, 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 diáspora 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 encon-

tra 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. É 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 idéia 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 idéia 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 encontra 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 idéia de um direito subjetivo e de sujeitos de direito, como algo independente das normas.¹⁰

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".

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

8 *Ibidem*, p. 263.

9 *Ibidem*, p. 322.

10 *Ibidem*, p. 324/325.

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 atribuição dos efeitos dos atos do pai ou tutor ao filho ou ao tutelado, por exemplo. Em ambas as hipóteses, fala-se, artificialmente, em direi-

11 *Ibidem*, pp. 327 e ss.

12 *Ibidem*, pp. 330/331.

13 *Ibidem*, pp. 286/287.

tos ou obrigações daqueles a quem são atribuídos pela lei os efeitos desses atos ou omissões.¹⁴

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 impõem 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

14 *Ibidem*, p. 308.

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.

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 seguidores, na primeira metade do século passado. Interpretadas *ad litteram*, sem nenhum cuidado de crítica histórica, as sentenças medievais – *universitates nomina sunt iuris et non personarum*, e *collegium in causa universitatis fingatur una persona* – foram jadas 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 afeioçar, 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 medievo, 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 idéia 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 idéias 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.

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.

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.

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.