

Contributo para o estudo da pessoa jurídica no direito civil brasileiro

Diogo Costa GONÇALVES*

RESUMO: O presente estudo, deseja contribuir para a história comparada da pessoa jurídica na ciência jurídica brasileira, após 1822, a evolução da figura na ciência jurídica europeia, do séc. XIX ao início do séc. XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa jurídica; codificação; desconsideração da personalidade jurídica; história do direito civil.

SUMÁRIO: § 1.º Origem e alcance da presente investigação. § 2.º A obra de Teixeira de Freitas e a origem de uma *dogmática brasileira* da pessoa jurídica. 1. A *Consolidação das Leis Cíveis* (1858) e a terceira sistemática. 2. As *personas de existência ideal* no Projeto de Código Civil (1860-1865). 3. Do *Projeto Teixeira de Freitas* ao Código Civil 1916. § 3.º A pessoa jurídica no Código Civil 1916. 4. *Pessoas naturais vs. pessoas jurídicas* e a questão terminológica. 5. Tipologia e sistematização das pessoas jurídicas. 6. O *realismo orgânico* de Clóvis Beviláqua. 7. A *secunda via* do realismo e a orientação de Pontes de Miranda. 8. O *institucionalismo* de matriz francesa. 9. A escola do *realismo técnico*. 10. Ensaio de *neo-negativismos*. § 4.º A questão do Novo Código. 11. Origem e princípios informadores da nova codificação. 12. Alterações significativas no regime das pessoas jurídicas. § 5.º A questão da desconsideração da personalidade jurídica. 13. Sequência; enquadramento dogmático do instituto da desconsideração. 14. A recepção brasileira do instituto. 15. Refluxo dogmático: a pessoa jurídica como *técnica de segregação patrimonial*. 16. Reflexos no *Projeto de Código Comercial* (2013). § 6º Sinopse.

ENGLISH TITLE: *Contribution to the Study of Legal Entity in the Brazilian Civil Law*

ABSTRACT: *This study wants to contribute to the comparative history of the legal entity in the Brazilian legal science, after 1822, the evolution of the figure in the European legal science, century. XIX to the beginning of the century. XXI.*

KEYWORDS: *Legal entity; codification; disregard doctrine; history of civil law.*

CONTENTS: §1st *Origins and reach of the present investigation.* §2nd *The works of TEIXEIRA DE FREITAS and the origins of a Brazilian dogmatic of legal entities.* 1. *The Consolidation of Civil Laws (1858) and the third systematic.* 2. *The persons of ideal existence in the Project of Civil Code (1860-1865).* 3. *From the Teixeira de Freitas Project to the Civil Code of 1916.* §3rd *Legal entities in the Civil Code of 1916.* 4. *Natural persons vs. Legal entities and the terminological matter.* 5. *Typology and systematization of legal entities.* 6. *Clóvis Beviláqua's organic realism.* 7. *The second path of realism and Pontes de Miranda's orientation.* 8. *The French-derived institutionalism.* 9. *The school of technical realism.* 10. *Essays of neo-negativisms.* §4th *The New Civil Code.* 11. *Origins and principles that have guided the new codification.* 12. *Main changes in the legal discipline of legal entities.* §5th *The matter of the disregard doctrine.* 13. *Follows; dogmatic classification of the disregard of legal entity.* 14. *Brazilian reception of the disregard doctrine.* 15. *Legal entities as a technique of patrimony segregation.* 16. *Reflexes on the Project of Trade Code (2013).* §6th *Synopsys.*

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Jurisconsulto.

§1º Origem e alcance da presente investigação

I – Nos estudos comemorativos do primeiro centenário da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná¹, RODRIGO XAVIER LEONARDO propunha, como desafio científico para o início deste século, a *reconstrução dogmática* da pessoa jurídica².

Em Portugal, o desafio não é menor. Na aurora do séc. XXI, a personalidade coletiva³ parece viver num ambiente crepuscular. Como dissemos noutro lugar, “*saboreia-se um sentimento de exaustão científica – dito está tudo o que havia a dizer –, acompanhado da aceitação resignada da sua inoperância dogmática.*”⁴.

II – A presente situação tem consequências.

Na impossibilidade de um desenvolvimento dogmático consistente, o espaço vital jusproblemático, no qual os institutos são gerados, tende a ser ocupado por novos dogmas e institutos, em articulação beligerante com as construções culturais anteriores, porque não se apresentam como um seu desenvolvimento interno, mas antes como uma construção justaposta ou novatória.

Do mesmo modo, há o risco das *recriações parcelares*: o desenvolvimento, em lugares particulares do sistema, de soluções jurídico-dogmáticas originais mas que se apresentam como um sucedâneo de soluções do Direito comum que, por serem desconhecidas ou não se encontrarem aprofundadas, não são tidas em conta no processo aplicativo⁵.

A utilização da noção de *empresa*, por exemplo, por mais balizada que se deseje, não resiste à invasão do espaço vital da pessoa jurídica, tantas vezes facilitada por variações linguísticas de origem sócio-económica. É a prova da fragilidade conceptual desta última e da sua incapacidade de conferir ao discurso uma dimensão de realidade.

¹ AA.VV., *Direito civil – Inventário teórico de um século*, 2012.

² RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na UFPR: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada”, *Direito Civil – Inventário teórico de um século*, 2012, 75-96, 93-94.

³ O termo *personalidade e pessoa coletiva* fixou-se, entre nós, a partir da obra de GUILHERME MOREIRA. Antes, os autores socorriam-se de conceitos vários como *peçoas jurídicas, moraes, sociaes, fictícias, abstractas, místicas*, etc. Com referências, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 490 e ss.

⁴ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 34.

⁵ Veja-se, a este propósito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3.^a ed., 2012, 151-153.

A reedição da noção de *individualidade* ou *subjetividade jurídica* oferece ao intérprete-aplicador formas de imputação jurídica que, apresentando-se como uma relativização da personalidade jurídica, acabam por prescindir ou superar o recurso à personificação⁶.

No espaço jurídico alemão, a introdução do conceito de *Rechtsträger*, na *UmwG* 1994 – em manifesta colisão com o espaço clássico da *juristische Person* – não pode deixar de reclamar uma nova elaboração dogmática do *de jure personarum*, com mais ou menos intensa continuidade⁷.

III – Os exemplos poder-se-iam multiplicar e, se bem ajuizamos, é nesta linha que a afirmação de RODRIGO XAVIER LEONARDO deve ser compreendida: “a pessoa jurídica, portanto, perdeu a sua centralidade e convive com diversos outros suportes para se alcançar o efeito da autonomia das esferas jurídicas e da separação patrimonial”⁸. E isso é sintoma – continua o autor – de uma *nova crise* da pessoa jurídica.

IV – Com a nossa investigação “Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada”⁹, procurámos propor à ciência jurídica contemporânea um renovado entendimento da pessoa jurídica, capaz de dotar a personificação, na aurora deste novo século, de uma dogmática suficientemente musculada e operativa na *praxis* jurídica.

Compreendemos a pessoa jurídica a partir de uma *dupla dimensão sistematizada*, como *tipo e conceito classificatório*.

Enquanto *tipo*, a pessoa jurídica goza de uma densidade dogmática própria. Tem um substrato jurídico-problemático bem identificado, perpassado por vectores axiológicos materiais que o informam. A sua ponderação confere ao intérprete-aplicador um modelo de decisão de casos concretos, operante no espaço dogmático do *jus privatum*. Consubstancia um micro-sistema onde nos é dado um padrão decisório simultaneamente problemático e sistematizado.

⁶ Veja-se, por exemplo, JORGE COUTINHO DE ABREU que sustenta que as sociedades não registadas não são pessoas coletivas, não têm personalidade jurídica, mas são uma subjetividade jurídica, já que “os sujeitos de direitos e deveres ou de relações jurídicas não têm de ser pessoas, não há identidade entre sujeitos de direito e pessoas” in *CSC em comentário*, I, 2010, 5.º, 98.

⁷ Com desenvolvimento, KARSTEN SCHMIDT, “Integrationswirkung des Umwandlungsgesetzes – Betrachtungen zur Dogmengeschichte und Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht”, *FS Peter Ulmer* 70. *Geburtstag*, 2003, 557-577.

⁸ RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica...” cit., 93.

⁹ Corresponde à *dissertação de doutoramento*, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e publicada pela Almedina, em 2015.

Enquanto conceito classificatório, a pessoa jurídica pode ser utilizada na ciência do Direito para operar o enquadramento geral de uma experiência normativa de imputação supra-individual transversal, plurifacetada, mas sem unidade dogmática. Surge como um elemento conceptual à disposição do legislador na conformação do sistema externo.

V – Ao longo da investigação histórico-dogmática conducente à elaboração daquela obra, deparámo-nos com um *desafio* que de imediato nos cativou. Em 1822, vigorava no Brasil Imperial o Direito pátrio português e as disposições de Direito especial de colônia, correspondentes às *cartas de doação, forais e regimentos dos governadores* outorgados antes da independência¹⁰. O domínio holandês sentido no nordeste não deixou marca nas instituições jurídicas do império¹¹.

O predomínio do nosso Direito pátrio, garantido *ab initio* pelo *princípio da continuidade* da ordem jurídica (assegurado na Lei de 20-out.-1823)¹², prolongou-se até inícios do séc. XX. Só em 1916 surge uma codificação civil brasileira estabilizando-se, com ela, um corpo de Direito civil fruto de uma ciência jurídica verdadeiramente autóctone¹³.

VI – O facto de, proclamada a independência, as fontes do Direito civil brasileiro continuarem a ser, durante quase cem anos, as fontes portuguesas vigentes em 25 de abril de 1821¹⁴ mereceu naturais críticas de inadequação e inoperacionalidade face à nova realidade social e política¹⁵. Mas tem hoje, volvidos quase duzentos, a inegável vantagem de permitir um olhar histórico-dogmático comum sobre as tradições jurídicas brasileira e portuguesa.

VII – Todavia, se o Direito brasileiro entronca na longa tradição do Direito continental – não sendo possível reconhecê-lo sem remontar à tradição do *jus romanum*, às elaborações do período intermédio e à própria identidade da cultura jurídica portuguesa

¹⁰ HAROLDO VALLADÃO, *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, I, 2.^a ed., 1974, 71.

¹¹ Neste sentido, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira”, *Novo Código Civil – Questões controvertidas* (Mário Luiz Delgado/Jones Figueirêdo Alves), 6, 2007, 17-41, 19.

¹² HAROLDO VALLADÃO, *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II, 1973, 35.

¹³ Sem prejuízo, naturalmente, das codificações anteriores, em especial dos Códigos Criminal (1830), Processo Criminal (1832), Comercial (1850) e Processo Comercial (1850). Com desenvolvimento e referências, cfr. HAROLDO VALLADÃO, *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II, cit., 35 e ss.

¹⁴ Como dispunha a Lei de 20-out.-1823. Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*, 1928, 92.

¹⁵ AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5.^a ed., 1915, XXV e ss.

– também é verdade que, sobretudo ao longo do séc. XX, o Direito brasileiro foi desenvolvendo as suas próprias especificidades dogmáticas.

Na atualidade, e conjuntamente com a tradição jurídica portuguesa, a cultura jurídica brasileira constitui uma fonte incontornável da dogmática lusófona. Salvo pontuais exceções, nos demais países de língua portuguesa que integram o *sistema jurídico lusófono*¹⁶ não encontramos (ainda) a maturidade e diversidade jurídico-científica que o Brasil logra oferecer¹⁷.

VIII – Ora, o desafio a que aludíamos era justamente este: *qual a dogmática da pessoa jurídica no Brasil após 1822? Em que medida é que tal dogmática mantém o diálogo com as grandes correntes de pensamento na Europa continental? Que especificidades tipicamente brasileiras encontramos na importação das construções dogmáticas continentais, posto que uma recepção dogmática, com maior ou menor intensidade, é sempre uma recriação científica?*

Este desafio estava fora do objeto, já de si extenso, da investigação então realizada. Mas ficou o desejo de volver quando possível sobre este tema, rematando o percurso histórico-dogmático então iniciado.

IX – Com presente estudo, propomo-nos realizar uma primeira incursão na dogmática da pessoa jurídica no Direito civil brasileiro, apresentando em traços muito genéricos – e necessariamente incompletos – aquela que se nos afigura ser a evolução histórico-dogmática do instituto em terras de *Vera Cruz*, após 1822¹⁸.

Ao fazê-lo, temos por pano de fundo a tradição jurídica da Europa Continental, com a qual os autores brasileiros sempre foram dialogando, esperando que este trabalho possa contribuir para um profícuo diálogo interatlântico sobre a personificação de realidades inumanas e sobre o lugar da pessoa jurídica no contexto dos sistemas lusófonos.

¹⁶ Com desenvolvimento, ERIK JAYME, “Betrachtungen zur Reform des portugiesischen Ehegüterrechts”, *FS Imre Zajtay*, 1982, 261-269; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “As relações entre Portugal, a Europa e o mundo lusófono e as suas repercussões no plano jurídico”, *Estudos de Direito internacional privado e de Direito Público*, 2004, 579-594; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I (Introdução...)*, 4.^a ed., 2012, 269 e ss. e BENJAMIN HERZOG, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*, 2014, 745 e ss. (referindo-se, a páginas 746, pese embora as reservas, às potencialidades de um novo florescimento da tradição jurídica portuguesa no Brasil).

¹⁷ Não é de estranhar: 40 anos de autonomia normativa não permitem (como não permitiram no Brasil os primeiros lustros do Império) qualquer autonomia dogmática e juscientífica.

¹⁸ As fontes utilizadas são, sobretudo, as do acervo bibliográfico do MPI (Hamburgo). Não podemos deixar de agradecer muitíssimo ao nosso aluno de doutoramento na Faculdade de Direito de Lisboa, Dr. Marcelo Ribeiro, pelas preciosas indicações legislativas e jurisprudenciais que nos foram de enorme valia.

§2º A obra de TEIXEIRA DE FREITAS e a origem de uma *dogmática brasileira* da pessoa jurídica

1. A *Consolidação das Leis Civis* (1858) e a terceira sistemática

I – Pese embora a Constituição de 1824 prever já, no seu art. 179º, a elaboração de um código civil, foi apenas em 15 de fevereiro de 1855 que o governo encarregou o Bacharel TEIXEIRA DE FREITAS de iniciar os trabalhos conducentes à elaboração da primeira codificação civil brasileira.

A reforma da legislação civil deveria ser feita em duas fases: (i) numa primeira fase, far-se-ia a recolha (e classificação) das fontes do Direito vigente; (ii) em momento posterior, proceder-se-ia à elaboração de um código civil¹⁹.

Em 1858 o trabalho de compilação do Direito vigente estava concluído e TEIXEIRA DE FREITAS apresentou ao Imperador a *Consolidação das Leis Civis* que D. Pedro II aprovou.

A intervenção régia na publicação da obra de TEIXEIRA DE FREITAS conferiu à *Consolidação* especial relevo jurídico. Se não era lei, foi largamente acolhida com *força de lei*, sendo comuns as referências à *Consolidação* como o primeiro código civil brasileiro²⁰, ou como fazendo as vezes de código²¹.

II – Independentemente da natureza jurídica da *Consolidação*, a obra de TEIXEIRA DE FREITAS consubstancia a recepção da pandectística no espaço jurídico brasileiro²². Trata-se, se bem ajuizamos, de uma recepção independente face à operada no espaço jurídico português. Seria por isso muito importante um estudo aturado e comparado de ambas as recepções para determinar em que medida as duas vias da terceira sistemática marcaram o Direito da lusofonia.

Tal estudo, tanto quanto conhecemos, está ainda por realizar.

¹⁹ INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 21.

²⁰ Com referências, cfr. SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas – O jurisconsulto do império*, 1979, 119 e ss.

²¹ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*, 1897, 116.

²² Neste sentido, HAROLDO VALLADÃO, *Influência do Direito alemão na codificação civil brasileira (1857-1922)*, 1973, 3-5. A mesma obra foi publicada em língua alemã, com o título *Der Einfluss des deutschen Rechts auf das brasilianische Zivilgesetzbuch (1857/1922)*. Veja-se ainda, com especial interesse, BENJAMIN HERZOG, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien* cit., 499-502.

III – Os autores germânicos contemporâneos de TEIXEIRA DE FREITAS são bem conhecidos do autor. A autoridade de SAVIGNY é incontestavelmente aceite²³, sendo frequente as referências à sua obra, bem como aos trabalhos dos outros “*escriptores alemães*” mais divulgados no séc. XIX²⁴.

A sistemática é também germânica: uma *parte geral*, sobre as pessoas e as coisas, seguida de uma *parte especial* com dois livros, onde se desenvolvem os *direitos pessoas* e os *direitos reaes*.

IV – A *Consolidação das Leis Civis* surge no momento em que Portugal se prepara a elaboração do Código SEABRA. De ambos os lados do Atlântico, os olhos estiveram postos nos trabalhos jurídicos então produzidos.

No Brasil, autores como MORAES CARVALHO foram leitores críticos da obra de SEABRA²⁵. TEIXEIRA DE FREITAS introduziu-se também na disputa e produziu páginas de apreciável finura jurídica, confirmando a amplicidade do seu pensamento e da sua formação humanista²⁶. A resposta de SEABRA não se fez esperar, com o colorido de linguagem que sempre pontifica em controvérsias desta natureza²⁷.

A *disputatio* em torno da codificação civil portuguesa e brasileira – em concreto a discussão de TEIXEIRA DE FREITAS e SEABRA – é hoje uma peça clássica da ciência jurídica lusófona.

V – No que diz respeito à pessoa jurídica, a *Consolidação* continha, na sua parte geral, um único artigo com a seguinte redação:

Art. 40º

As pessoas são singulares ou collectivas. São pessoas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Prior e Convento, marido e mulher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se considerem como uma pessoa.

²³ Também por esta razão, o autor é por vezes apelidado do “*Savigny americano*” – HAROLDO VALLADÃO, *Influência do Direito alemão na codificação civil brasileira* cit., 3. Neste sentido, veja-se ainda BENJAMIN HERZOG, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien* cit., 499.

²⁴ Veja-se, por exemplo, TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5ª ed., cit., LXXXIII (189).

²⁵ ALBERTO ANTÓNIO DE MORAES CARVALHO, *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo Código Civil Portuguez na legislação anterior*, 1871. Com data anterior, veja-se ANTONIO LUIZ DE SEABRA, *Apostilla à censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho*, 1858.

²⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Portuguez*, 1859. Com desenvolvimento, cfr. SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas* cit., 186 e ss.

²⁷ ANTONIO LUIZ DE SEABRA, *Novissima apostilla em resposta à diatribe censura do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projecto de Código Civil Portuguez*, 1859.

A justificação apresentada por de TEIXEIRA DE FREITAS não permite maiores desenvolvimentos dogmáticos. De relevante, apenas a afirmação (citando SAVIGNY) segundo a qual:

*“Todas as pessoas collectivas são pessoas moraes ou juridicas, porém ha pessoas juridicas, que não são collectivas, como os estabelecimentos de utilidade publica, que têm patrimonio seu.”*²⁸.

O autor esclarecia ainda que a *colonia parciaria* e a *sociedade em conta de participação, de capital e industria* eram *pessoas collectivas*²⁹.

As formas de indivisão de bens (comunhão conjugal ou herança *pro indiviso*) surgiam também como pessoas jurídicas.

2. As pessoas de existência ideal no Projeto de Código Civil (1860-1865)

I – Poucos meses após a publicação da *Consolidação*, o Governo veio autorizar, pelo Decreto 2318, de 22-dez.-1858, a contratação de um juriconsulto para a elaboração de um projeto de código civil. TEIXEIRA DE FREITAS viria a ser designado, para o efeito, em 10 de janeiro de 1959³⁰ e, em 1860, publicava o livro primeiro da Parte Geral, sob a designação *Código Civil – Esboço*.

Entre 1860 e 1865 viriam a lume diversos articulados elaborados pelo autor e destinados a integrar o código civil, cujo conjunto pode ser designado por *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*.

II – O *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS* começa por oferecer uma noção normativa de pessoa e a *summa divisio* entre pessoas de *existência visível* e de *existência ideal*:

Art. 16º
Todos os entes susceptiveis de aquisição de direitos são pessoas

Art. 17º
As pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão sómente ideal. Ellas podem adquirir os direitos, que o presente Codigo regula, nos casos, e pelo modo, e forma, que no mesmo

²⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5ª ed., cit., 27 (52)

²⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 5ª ed., cit., 27 (52).

³⁰ INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 23-24.

se determinar. Dahi dimana a sua capacidade e incapacidade civil.

Pessoa é, assim, qualquer ente (humano ou não) capaz de direitos e obrigações. Encontra-se mitigada a presença do brocardo *hominum causa omne jus* que tanto marcou os primeiros lustros da pandectística e que ofereceu um enquadramento marcadamente ideológico à doutrina savignyana da ficção³¹.

TEIXEIRA DE FREITAS sublinha, aliás, que o uso do conceito de *ente* visa superar a identificação *persona-hominum*, introduzindo um conceito que é o género em relação aos qual o ente humano apresenta apenas uma *differentia specifica*³².

III – A *summa divisio* apresentada pelo autor é original e trava diálogo com as principais orientações dogmáticas coevas:

*“Existencia ideal: expressão também nova, e com a exactidão de que carecem as admitidas até hoje para significar esta classe de pessoa. A de pessoas moraes, correspondente á usual do mundo moral por opposição ao mundo physico, patentêa por si impropriedade do epitheto, pois que o elemnto moral não absorve todo o elemento intelectual; e por isso a tem rejeitado Savigny, mesmo porque ella dá a entender que não ha moralidade na outra classe de pessoas. A de pessoas juridicas, que aliás Savigny adopta, porque é necessaria para designar uma das especies de pessoas de existencia ideal. A de pessoas collectivas, também é inexata pela razão já acima exposta, visto que ha pessoas de existencia ideal que não são pessoas coletivas. E recuso também a de pessoas civis, porque as outras pessoas tambem são civis; e a de pessoas fictícias porque é falso que haja ficção alguma, e nem em outro qualquer caso o direito carece de ficções.”*³³.

De sublinhar a rejeição da doutrina savignyana da ficção, que não se esperaria no “*Savigny americano*”, tão próximo da doutrina dominante no espaço germânico.

De notar ainda que a capacidade das pessoas de existência ideal é tratada conjuntamente com a capacidade das pessoas físicas (ou de existência visível).

³¹ Vejam-se, em particular, as críticas de JULIUS BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907. Com referências, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 337 e ss.

³² TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil – Esboço*, 1860, 16. Quanto a este ponto, o autor critica abertamente o art. 1.º Código Seabra justamente por neste se ter afirmado “*que só o homem era pessoa!*” (18).

³³ TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil – Esboço* cit., 19.

IV – O Título III da I Secção trata com maior desenvolvimento das pessoas de existência ideal, nos arts. 272º a 316º, num total de quarenta e quatro artigos.

Salienta-se, em primeiro lugar, a distinção entre pessoas de existência ideal *privadas* ou *públicas*, sendo estas últimas denominadas *peçoas jurídicas* (art. 273º). As pessoas jurídicas seriam *necessárias* ou *possíveis*, *nacionais* ou *estrangeiras* (arts. 274.º e ss.)

De acordo com o autor, seriam pessoas públicas (jurídicas) nacionais, de existência possível (art. 276º): (i) *estabelecimentos de utilidade pública*, religiosos, pios, científicos, literários, etc., orientados à prossecução do bem comum (Igrejas, cabidos, hospitais, misericórdias, etc.); (ii) *corporações de utilidade pública* (comunidades religiosas, irmandades, associações, etc.) como autonomia patrimonial e autorização legal; e (iii) *sociedades anónimas e em comandita por ações* (incluindo as companhias, bancos, instituições de crédito, seguradoras, etc.)³⁴.

Mas já não as universidades, faculdades, academicas e colégios pertencentes ao Estado, salvo se possuíssem património autónomo (art. 280º).

As pessoas privadas de existência ideal viriam a ser (i) as *sociedades civis* ou *comerciais*; (ii) as *heranças jacentes*; (iii) as *formas estáveis de representação voluntária* (como a procuração, a gestão de negócios, a comissão mercantil, a representação de herdeiros, etc.) e *legal* (art. 278º).

V – Particularmente interessante do ponto de vista histórico-dogmático é o regime especial da capacidade das pessoas jurídicas ou pessoas de existência ideal públicas.

Numa clara continuidade com o Direito pátrio português, o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS* prevê a figura das *corporações de mão morta*. O regime merece ser retido, tanto mais que em Portugal, sensivelmente pela mesma época, o tema era alvo de acesa discussão nas sessões da comissão revisora do Código SEABRA, conduzindo a intermináveis atrasos na aprovação do articulado respeitante às *peçoas moraes*³⁵:

Art. 281º

³⁴ Perpetuava-se, assim, além-atlântico, a estranha situação dogmática das sociedades comerciais *terra de ninguém*: os publicistas desprezaram-nas porque eram, no fundo, corporações e os cultores do direito privado viam nelas instituições revestidas de prerrogativas régias – *peçoas públicas*, portanto – e por isso estranhas ao *jus civile*. Cfr. RUI FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas – Contributo para a história das sociedades por acções em Portugal*, 1997, 814.

³⁵ Com referências, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 466-471.

São corporações de mão-morta os estabelecimentos e associações de duração ilimitada, e tendo património seu, a quem é proibido alienar sem autorização do Governo os imóveis que já possuem, ou que de futuro vierem á adquirir por dispensa especial do Corpo Legislativo.

Art. 282º

Reputar-se-hão legítimas, salvo o prejuizo de terceiros, todas as aquisições de imóveis possuídos por essas Corporações de mão-morta até a data da promulgação deste Codigo, ainda mesmo que não fossem feitas com dispensa das leis da amortização.

O regime seguia acompanhado de um princípio limitador da capacidade de gozo da pessoas jurídicas, segundo o qual haver-se-iam proibidos “os actos e direitos, que não lhes fôrem expressamente permittidos” (art. 283º).

O regime contrasta com o princípio geral ínsito no art. 17º do mesmo *Projeto*, nada limitador da dita capacidade civil.

VI – No que diz respeito à capacidade de exercício das pessoas jurídicas, a proposta de TEIXEIRA DE FREITAS é inspiração claramente savignyana:

Art. 284º

As pessoas juridicas existem como incapazes e pela sua perpetua incapacidade são equiparadas aos incapazes do Art. 41º.

Em causa está aquela a que VON GIERKE chamava a *zweite Fiktion* de SAVIGNY, cuja crítica deu origem à *Organtheorie*³⁶.

Com efeito, a construção de SAVIGNY assentava fundamentalmente na ideia de que à ficção da existência de uma pessoa jurídica³⁷ se seguia uma segunda ficção (*zweite Fiktion*) relativa à imputação de uma vontade e ação juridicamente relevantes à pessoa ficcionada.

Esta *zweite Fiktion*, como bem identificava VON GIERKE, exigia o recurso aos mecanismos de supressão das incapacidades: “(...) uma pessoa jurídica, enquanto simples ficção, é absolutamente incapaz e, tal como as crianças ou os dementes, apenas

³⁶ Com desenvolvimento e referências, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 287 e ss.

³⁷ Sobre a doutrina da ficção em SAVIGNY, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 253 e ss.

é possível a confirmação jurídica da sua existência através da figura de um tutor ou legal representante.”³⁸.

É justamente o que propõe TEIXEIRA DE FREITAS: as pessoas jurídicas são “*equiparadas aos incapazes*”, gozam, pela sua natureza, de uma *incapacidade perpétua*, juridicamente supável “*pelo ministério dos seus representantes*” (art. 285º).

3. Do PROJETO TEIXEIRA DE FREITAS ao Código Civil 1916

I – O Projeto de Código Civil (1860-1865) não chegou a bom porto. Uma comissão constituída em 1864³⁹ iniciou os trabalhos de revisão crítica do *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*, em abril de 1865. Os trabalhos decorreram a um ritmo muito lento e sem consensos⁴⁰ e a 31 de agosto desse ano a comissão suspendeu os seus trabalhos⁴¹.

No ano seguinte, o autor abandonaria o projeto que nunca veio a conhecer força de lei. Não obstante, o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS* viria a marcar profundamente a ciência jurídica na América Latina, em particular o movimento da codificação presente em países como a Argentina e o Uruguai.

II – Malgrado o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*, o esforço de elaboração de um código civil não foi votado ao abandono.

Em 1871, o VISCONDE DE SEABRA apresentou ao Imperador D. Pedro II os primeiros trabalhos de um projeto de código civil para o Brasil (com 392 artigos). O projeto foi mal acolhido e tido como uma impertinência da antiga metrópole, sobretudo tendo em conta o apreço tido pela obra de TEIXEIRA DE FREITAS e a acesa *disputatio* sustentada há poucos anos entre os autores⁴².

Seguiram-se os trabalhos de NABUCO DE ARAÚJO, entre 1872 e 1880, que, no entanto, “*não deixou código nem sequer o pensamento de seu código*”⁴³.

³⁸ OTTO VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, 603-604.

³⁹ Sobre a sua composição, cfr. INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 25.

⁴⁰ INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 25.

⁴¹ SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas – O juriconsulto do império* cit., 258.

⁴² PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 106.

⁴³ Neste sentido, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 28, pese embora se conhecer algum articulado de sua autoria.

Em 1881, FELICIANO DOS SANTOS apresentou um articulado com o título *Apontamentos para o Projeto de Código Civil brasileiro*⁴⁴. Iniciaram-se os trabalhos de revisão, os *Apontamentos* transformaram-se no *Projeto FELICIANO DOS SANTOS (1884)*⁴⁵, mas sobreveio a *República Velha (1889-1930)* e o projeto malogrou.

III – Os primeiros anos da República veem surgir ainda o *Projeto COELHO RODRIGUES* e a *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, de CARLOS DE CARVALHO⁴⁶. Nenhuma das obras teve sucesso ou um impacto comparável à obra de TEIXEIRA DE FREITAS.

O esforço codificador não esmoreceu e em 1899, o Presidente da República incumbiu CLÓVIS BEVILÁQUA⁴⁷ da elaboração de um código civil que, em dezembro desse mesmo ano, apresenta um projeto (*Projeto CLÓVIS BEVILÁQUA*).

Percorrido um tortuoso caminho de 16 anos⁴⁸, o *Projeto* veio a ser aprovado pela Lei n. 3071, de 01-jan.-1916, dando assim origem, quase cem anos após a independência, ao primeiro código civil brasileiro.

§3º A pessoa jurídica no Código Civil 1916

4. Pessoas naturais vs. pessoas jurídicas e a questão terminológica

I – Numa expressão forte de PONTES DE MIRANDA, a “*data mental*” do Código Civil 1916 é a de 1899⁴⁹. Trata-se, portanto, de um código oitocentista, produto tardio da ciência jurídica do séc. XIX. Da sua revisão estiveram arredadas a dogmática mais coeva e as experiências legislativas que vieram a marcar a segunda codificação continental.

Em particular, o *BGB* foi pouco valorado⁵⁰, que é de estranhar se tivermos em conta a (boa) recepção da pandectística no espaço jurídico brasileiro.

⁴⁴ Com referências, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 29-30 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 107.

⁴⁵ HAROLDO VALLADÃO, *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II, cit., 59.

⁴⁶ Com referências, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 30-33 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 107-108.

⁴⁷ Sobre a sua biografia, veja-se MACÁRIO DE LEMOS PICAÇO, *Clovis Bevilacqua – Sua vida e sua obra*, s/d (mas prefaciado em 1935).

⁴⁸ Com referências sobre o *iter* legislativo observado, cfr. INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 33-35; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 108 e ss. e JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil Annotado*, 3.ª ed., 1926, XIX e ss.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 110.

⁵⁰ Afirma-o expressamente PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 108. Não obstante, a verdade é que o *Projeto CLÓVIS BEVILÁQUA* não deixa de citar o *BGB* e de fazer um estudo

II – Quando comparado com o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*, o Código Civil 1916 mostra-se menos original, mais alinhado com a primeira codificação continental, mas apresentando alguns recuos face à obra de TEIXEIRA DE FREITAS.

Como vimos, o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS* partia de uma noção normativa de pessoa – o *ente* capaz de direitos e obrigações –, libertando assim a ciência jurídica brasileira da identificação secular *persona-hominum*.

Tal foi, como dissemos, um avanço dogmático face ao panorama científico coevo. O Código Civil 1916 recua: não oferece qualquer noção normativa de pessoa, partindo de imediato para a distinção entre pessoas *naturais* e *jurídicas*⁵¹.

III – A proposta terminológica de TEIXEIRA DE FREITAS – *pessoa com existência ideal* –, da qual a pessoa jurídica seria a espécie de um mesmo género, tão pouco vingou⁵². A noção não era escorreita e valia, sobretudo, pela noção normativa de pessoa que pressupunha. Venceu a terminologia reinante no espaço germânico e entretanto acolhida em importantes codificações oitocentistas, como o *codice civile* italiano e o próprio *BGB*, e divulgada também em codificações civis da América Latina, como na Argentina e no Chile.

Aliás, tanto quanto conhecemos, a proposta terminológica de TEIXEIRA DE FREITAS nunca fez carreira no Brasil. No escasso articulado de NABUCO DE ARAÚJO surge logo o conceito *pessoa jurídica*, o mesmo sucedendo na obra de FELICIANO DOS SANTOS e no *Projeto COELHO RODRIGUES*. Também na *Nova Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO é usada a mesma terminologia⁵³.

comparado de monta. Cfr., com referências, os trabalhos preparatórios descritos por A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, 1923, por exemplo.

⁵¹ Este facto foi criticado na comissão revisora, sobretudo por A. FIGUEIRA e F. TOLENTINO, que propuseram que o código civil definisse, ao menos, pessoas jurídicas como sendo “*entes de razão, susceptíveis de direitos relativos aos bens*”. CLÓVIS BEVILÁQUA responde, rejeitando veementemente a emenda, por ver nos “*entes de razão*” a consagração da doutrina da ficção, há muito superada (cfr. a reprodução do debate in A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 40-43).

⁵² Assumimos como proposta terminológica relevante a constante do *Esboço* (1860), dado o facto de ter proposta poder ter sido convertida em designação legal. No entanto, o próprio TEIXEIRA DE FREITAS hesitou na terminologia adoptar. Na primeira edição da *Consolidação* afirma que “*as pessoas são singulares ou colectivas*” (art. 40.º), no *Esboço* propõe a designação *pessoas de existência ideal* e na 3.ª edição da *Consolidação* (1875), afirma em nota ao art. 40.º: “*pessoas colectivas: foi qualificação minha que agora substituo pela de universais*”.

Chamando a atenção para este facto, cfr. A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 50. A evolução terminológica no texto da *Consolidação* pode ser confrontada na edição que utilizamos: 5.ª ed. (1915), 27-28 (52).

⁵³ Com as correspondentes referências, cfr. A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 21.

IV – Há indícios, portanto, para afirmar que a questão terminológica da pessoa jurídica, no Brasil, ficou encerrada escassos anos após a *Consolidação* e o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*.

Em inícios do séc. XIX, a terminologia no Direito pátrio português variava em torno dos conceitos *pessoa moral* (herdado do jusracionalismo e com larga tradição no espaço jurídico francês), *pessoa fictícia* (com origem na *persona ficta et repræsentata* de DEI FIESCHI) *pessoa mística* (por referência à doutrina do *corpus mysticum*), *pessoa jurídica*, etc.⁵⁴

TEIXEIRA DE FREITAS rejeita todas estas designações, por não serem dogmaticamente neutras, e propõe a noção (extensa e nada evidente) de *pessoa com existência ideal*.

Parcos anos volvidos, nos trabalhos da codificação civil não se encontra sombra desta terminologia, prevalecendo consensualmente a designação *pessoa jurídica*.

Ao contrário do que sucedeu em Portugal com GUILHERME MOREIRA, que foi capaz de hegemonizar a expressão *pessoa coletiva*⁵⁵, o prestígio de TEIXEIRA DE FREITAS não logrou convencer quanto ao uso terminológico proposto.

5. Tipologia e sistematização das pessoas jurídicas

I – O regime geral das pessoas jurídicas surgia consagrado no Código Civil 1916 nos arts. 13º a 30º, com a seguinte sistematização (muito próxima da sistematização germânica):

- Secção I – Disposições Geraes
- Secção II – Do registo civil das pessoas jurídicas
- Secção III – Das sociedades ou associações civis
- Secção IV – Das fundações

Na primeira secção referente a disposições gerais (arts. 13º a 17º), surge fundamentalmente enunciada a tipologia de pessoas jurídicas: de *direito público* (interno ou externo) e de *direito privado*. A classificação é inspirada no *Projeto COELHO*

⁵⁴ Com desenvolvimento, cfr. nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 435 e ss.

⁵⁵ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 490 e ss.

RODRIGUES, que CLÓVIS BEVILÁQUA entende preferível à proposta por TEIXEIRA DE FREITAS⁵⁶.

II – De salientar o art. 16º quanto às pessoas coletivas de direito privado:

Art. 16º

São pessoas jurídicas de direito privado:

I. As sociedades civis, religiosas, pias, moraes, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

II. As sociedades mercantis.

§1º - As sociedades mencionadas no nº I só se poderão constituir por escripto, lançado no registo geral (art, 20º § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.

§2º - As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuido nas leis commerciais.

Para além da aproximação desejada à sistemática germânica⁵⁷, na tipologia de pessoas jurídicas de direito privado encontramos o eco da tradição portuguesa, em especial das corporações de BORGES CARNEIRO⁵⁸. A leitura das atas da comissão revisora e dos pareceres então produzidos⁵⁹, permite detetar – até ao nível da linguagem – a presença dessa *traditio* cultural, com as referencias abundantes a *corpus, universitas, piae causae*, etc.

III – Relevante é ainda o art. 18º, quanto à aquisição da personalidade jurídica:

Art. 18º

Começa a existência legal das pessoas juridicas de direito privado com a inscripção dos seu contractos, actos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registo peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.

⁵⁶ A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 25-26.

⁵⁷ A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 26.

⁵⁸ MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal contendo três livros: I Das pessoas: Das cousas : III Das obrigações e acções*, III, 1828 §§ 297.º e ss. (261). Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 441 e ss.

⁵⁹ Referimo-nos aos trabalhos compilados e por nós consultados na obra de A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit..

§ Único – Serão averbadas no registro as alterações que esses actos soffrerem.

O preceito previa um duplo sistema de atribuição de personalidade jurídica: o *registro*, para a generalidade das pessoas jurídicas de Direito privado e, para as pessoas jurídicas previstas no § 1º do art. 20º, a *autorização governamental*.

Surgia assim conjugado o sistema de *atribuição normativa (Normativsystem)* e o *sistema de concessão (Konzessionssystem)*, à semelhança do que sucedia nos Direitos continentais.

6. O realismo orgânico de CLÓVIS BEVILÁQUA

I – Na preparação do Código Civil 1916, é possível documentar uma acesa disputa na comissão revisora que permite identificar o estado da dogmática da pessoa jurídica, ao tempo da elaboração do código.

Trata-se da discussão havida entre COELHO RODRIGUES e CLÓVIS BEVILÁQUA acerca da capacidade das pessoas jurídicas e do princípio da equiparação, preconizado no *Projeto*⁶⁰.

II – De acordo com COELHO RODRIGUES o projeto de código civil em discussão não promovia qualquer distinção entre a capacidade jurídica das pessoas naturais e das pessoas jurídicas. Daí resultava uma equiparação juridicamente inaceitável entre realidades absolutamente distintas, que o autor rejeitava com os seguintes argumentos:

“1º as pessoas jurídicas são criações artificiais da lei, que, como todo o creador, póde marear-lhe o modo e as condições de vida e até limitar a duração, salvo os direitos adquiridos; ao passo que a personalidade das naturaes é a condição sine qua non da existência da sociedade civil e politica e, portanto, do próprio legislador positivo;

2º cada pessoa natural tem o seu eu próprio, individual e independente dos outros, ao passo que as pessoas jurídicas representam um aggregado de duas ou mais naturaes, e ás vezes até de bens, como as fundações, com uma existencia emprestada pelas daquelas, ou por estes;

⁶⁰ A discussão encontra-se documentada in A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 30-39.

3º nenhuma pessoa jurídica pôde ter direitos de família (também considerados civis), ao passo que toda a pessoa natural deve ter esses direitos, ainda quando não os possa invocar, como os expostos por falta de prova;

4º a lei civil pôde extinguir a pessoa jurídica, mas não a natural, depois da abolição da chamada morte civil que, espero em Deus, não ressuscitará entre nós;

5º a vida da pessoa natural é limitada a um período, relativamente curto, que a lei presume não poder exceder de um século, ao passo que as pessoas jurídicas podem durar muitos séculos, como a Igreja Catholica, o Reino de Portugal, as ordens de S. Bento ou S. Francisco e Misericórdia do Rio de Janeiro, etc., etc.

Esta última diferença é a razão principal das leis restrictivas da mão morta, que, no dizer hyperbolico do § 21 da lei de 9 de setembro de 1769, ameaçava toda a christandade de não haver um só palmo de terra, que pudesse pertencer a gente viva”.⁶¹

A argumentação invoca, desde logo, as razões que mais tarde viriam a ser reconduzidas à ideia de *natureza das coisas*⁶²: a condição inumana da pessoa jurídica importa que se excluam os direitos e obrigações inseparáveis da condição humana do sujeito⁶³. Invoca ainda a preocupação que subjazia ao regime das *corporações de mão morta* (em especial, o resultante da *Lei de 9-set.-1769*), a que não tinha sido alheio, como vimos, o *Projeto TEIXEIRA DE FREITAS*.

III –A resposta de CLÓVIS BEVILÁQUA é especialmente interessante, porquanto nos permite fazer um balanço o estado da doutrina brasileira na alvorada do séc. XX.

CLÓVIS BEVILÁQUA começa por apresentar um resumo das principais orientações dogmáticas acerca da pessoa jurídica⁶⁴ que, segundo o autor, podem ser reconduzidas a seis:

“1ª A que considera as pessoas jurídicas puras criações do Estado e, portanto, ficções da lei (Savigny, Laurent, Vauthier, etc.).

2ª A que afirma ser este genero de pessoas uma simples apparencia excogitada para facilidade das relações, sendo o

⁶¹ Apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 33-34.

⁶² GUSTAV RADBRUCH, “Die Natur der Sache als juristische Denkform”, *FS Rudolf Laun* 65. *Geburtstag*, 1948, 157-176.

⁶³ Neste sentido dispõe o art. 160.º/2 do Código Civil português, sobre a capacidade das pessoas coletivas: “*Exceptuam-se os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.*”

⁶⁴ Reportando-se a um estudo seu, publicado na *Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife*, com o título *Conceito das pessoas jurídicas*.

verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhe atribuem, os individuos que a compõem ou em benefício dos quaes ellas foram creadas (Ihering e Bolze).

3ª A que contorna a dificuldade dizendo que , no caso das chamadas pessoas juridicas ou sociaes, os bens não teem proprietarios, os direitos não teem sujeitos (Windscheid, Brinz, Demelius).

4ª A que considera a vontade como sujeito dos direitos, tanto em relação aos indivíduos quanto ás corporações, e ás fundações (Zietelmann e Meuren).

5ª A que pretende ver nas pessoas jurídicas simples manifestações de propriedade colectiva (Planiol).

6ª A que enxerga nas pessoas juridicas (corporações, sociedades e fundações) abstracta reaes e vivos como os que servem de base ás pessoas physicas (Gierke, Endemann, D'Agvano, Giorgi, Fadda, Benza, etc.).”⁶⁵

Seguidamente, contesta a posição de COELHO RODRIGUES por ver nela uma adesão à doutrina savignyana da ficção, há muito abandonada na ciência jurídica.

IV – Com efeito, COELHO RODRIGUES parece sustentar que as pessoas jurídicas são “*creações artificiaes*” e, como tal, uma simples ficção normativa (*bloÙe Fiktion*).

Não assim para CLÓVIS BEVILÁQUA⁶⁶. Para o autor, as pessoas jurídicas são realidades vivas que se impõem ao Direito e que o Estado reconhece; são corpos sociais dotados de vida e interesses próprios, e não meras ficções jurídicas:

“A verdade é que o reconhecimento das pessoas juridicas por parte do Estado não é acto de criação, mas sim apenas de confirmação, e, sob este ponto de vista, não são as pessoas juridicas tratadas de modo diverso das pessoas naturais”.

E continua, citando ENDEMANN: “(...) com a associação se origina um corpo social dotado de interesses juridicos proprios, o qual, do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente reconhecido como existindo realmente e agindo, e não simplesmente como um ser ficticio”.⁶⁷

O princípio da equiparação entre pessoas naturais e jurídicas decorre, para CLÓVIS BEVILÁQUA, da rejeição da doutrina da ficção: se as pessoas naturais e jurídicas têm uma

⁶⁵ Apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 36.

⁶⁶ Já na obra *Resumo das licções de legislação comparada sobre o Direito privado*, cit., 147 e ss. o autor rejeita a doutrina da ficção, saudando o génio de TEIXEIRA DE FREITAS que terá banido tal construção dogmática do espaço jurídico brasileiro.

⁶⁷ Apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 37 e 38-39, respectivamente.

existência própria e autônoma, que o Direito se limita a “confirmar”, não há razão para que não sejam plenamente equiparadas.

V – Não obstante o que fica dito, CLÓVIS BEVILÁQUA não parece rejeitar a limitação da capacidade de gozo das pessoas jurídicas. Pelo menos, parece aderir a ANTÓNIO JOAQUIM RIBAS, por exemplo, fazendo sua a afirmação do autor segundo a qual a esfera da capacidade das pessoas jurídicas “acha-se limitada, em geral, pelo seu destino”⁶⁸.

Todavia, quando tenta concretizar em que consiste tal limitação, CLÓVIS BEVILÁQUA não vai além da exclusão daqueles direitos e obrigações que, dada a condição inumana do sujeito, não lhe podem ser imputados⁶⁹.

VI – Independentemente da descrição e qualificação que CLÓVIS BEVILÁQUA oferece das orientações dogmáticas dominantes acerca da pessoa jurídica (e da discutível recondução de alguns autores às correntes apontadas), cumpre reter dois dados relevantes:

(i) Em primeiro lugar, encontrava-se divulgada no espaço jurídico brasileiro a principal dogmática oitocentista: o retorno savignyano à doutrina da ficção, a derivação da pessoa jurídica a partir da noção de direito subjetivo, os primeiros negativismos, a identificação da pessoa jurídica com um património de afetação, e o que denominámos *prima via* do realismo jurídico⁷⁰.

Não se encontra documentada, porém, a identificação da pessoa jurídica com *Rechtsverhältnis an sich* (HÖLDER e BINDER)⁷¹.

Não obstante a presença de autores italianos entre os indicados por CLÓVIS BEVILÁQUA, há um significativo silêncio acerca das críticas, entretanto desenvolvidas em Itália, quanto ao realismo organicista (VON GIERKE), que estariam na origem da *escola analítica italiana* e na *secunda via* do realismo⁷².

⁶⁸ ANTÓNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro*, II, 1865, 142. Neste sentido, cfr. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., 153.

⁶⁹ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., 153. Em concreto: situações jurídicas familiares, sucessórias e a prática de crimes.

⁷⁰ Para um estudo das diversas orientações enunciadas, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 241 e ss.

⁷¹ EDUARD HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, 1905 e JULIUS BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit* cit.. Com desenvolvimento, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 237 e ss.

⁷² Com desenvolvimento, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 373.

Pelo menos, os trabalhos de MIRAGLIA, *Le persone incorporali nella filosofia del diritto* (1882), de BONELLI, *Di una nuova teorica della personalità jurídica* (1890)⁷³ e de LILLA, *La pretesa personalità jurídica e le funzioni personali degli enti morali* (1895), por exemplo, poderiam ser já conhecidos.

(ii) Em segundo lugar, e mais relevante, CLÓVIS BEVILÁQUA manifesta uma franca adesão ao realismo da *prima via*, em particular ao organicismo de VON GIERKE.

E a fazer fé na afirmação do autor, segundo a qual “*este modo de ver [vai] conquistando, dia a dia, maior numero de adesões*”⁷⁴, é de supor ter sido essa a orientação dominante em inícios do séc. XX, no espaço jurídico brasileiro.

7. A *secunda via* do realismo e a orientação de PONTES DE MIRANDA

I – Em 1954, PONTES DE MIRANDA inicia talvez a mais marcante obra do séc. XX jurídico brasileiro – o *Tratado de Direito Privado* – que culminaria 15 anos depois, oferecendo à estampa o 60º volume.

Quando o autor trata das pessoas jurídicas, o Código Civil 1916 encontra-se em vigor há pouco mais de 35 anos. Pela natureza e profundidade da obra, a sua lição representa um excelente barómetro do dogmática jurídica que a primeira codificação civil brasileira possibilitou.

II – Pela mão de PONTES DE MIRANDA, a ciência jurídica brasileira foi introduzida no centro da discussão dogmática novecentista em torno da pessoa jurídica, marcada fundamentalmente pelo *formalismo kelsiano*, pela *secunda via* do realismo jurídico e pelas construções facultadas pela *jurisprudência analítica*⁷⁵.

III – CLÓVIS BEVILÁQUA havia oferecido ao Brasil o primeiro Código Civil num ambiente dogmático francamente favorável ao realismo de VON GIERKE.

A VON GIERKE é comum imputar-se a paternidade (ou, pelo menos, o contributo decisivo) de duas teorias: (i) a *Theorie der realen Verbandspersönlichkeit* e (ii) a

⁷³ Publicada in *Rivista Italiana di Scienze Giuridica*, IX (1890), 325-360.

⁷⁴ Apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 39.

⁷⁵ Com desenvolvimento, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 394 e ss.

*Organtheorie*⁷⁶. As críticas que o autor foi conhecendo em finais do séc. XIX e ao longo dos primeiros lustros do séc. XX dirigiram-se, naturalmente, a estas duas teorias.

De um modo geral, refutou-se o antropomorfismo social do autor, presente nas constantes referências a corpo, organismo, etc. Aparece também, com frequência, a rejeição da referência aos membros e órgãos da pessoa jurídica, como se de um discurso inusitadamente forçado e irrealista se tratasse. Acrescente-se, ainda, o facto de a doutrina de VON GIERKE – argumento sublinhado *ad nauseam* por CLÓVIS BEVILÁQUA – exigir uma correspondência real da pessoa jurídica a uma realidade social mas, simultaneamente, deixar pouco claro quais os critérios para distinguir, de entre a vida social, quais os organismos que o Estado deve reconhecer como pessoas jurídicas⁷⁷.

À medida que os trabalhos da codificação civil alemã iam avançando, subia o tom das críticas, no palco da elaboração do *BGB*⁷⁸.

IV – As críticas aduzidas podiam, porém, reconduzir-se a uma única linha de argumentação: a superação da doutrina de ficção levou VON GIERKE a uma nova ficção: a insistência na realidade das *Verbandspersonen* conduziu o discurso do autor a um novo irrealismo que reclamava uma nova síntese.

KARSTEN SCHMIDT sintetiza esta crítica de forma elucidativa:

*“VON GIERKE pretendeu substituir a ficção pelo que ele julgava ser a realidade; mas o que fez foi substituir uma construção jurídica pela ficção de uma existência real.”*⁷⁹

Independentemente da razão que se possa reconhecer às críticas apontadas quando consideradas isoladamente, numa visão de conjunto, parece não ser possível afastar a sombra que pairava sobre a construção de VON GIERKE: em que medida muito da realidade que o autor reclama para a pessoa coletiva mais não é que uma construção intelectual? Não seria afinal a existência real e autónoma de corporações, também ela, uma ficção? Não teria o autor, ao rejeitar a *zweite Fiktion* de SAVIGNY, por exemplo, acabado por criar uma *neue Fiktion*, merecedora das mesmas críticas que o próprio aduz à tese savignyana?

⁷⁶ Com desenvolvimento e referências, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 284 e ss.

⁷⁷ Em defesa de VON GIERKE, cfr. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade coletiva no Direito civil e comercial*, 2000, 55.

⁷⁸ Para uma panorâmica geral da crítica e do ambiente coevo à codificação, cfr. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 2 (*Die juristische Person*), 1983, 17 e ss. e 21 e ss.

⁷⁹ KARSTEN SCHMIDT, *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht*, 1987, 17.

V – O mote crítico sumariamente enunciado levou à discussão de *qual* a realidade da pessoa jurídica e *de que* realidade podemos falar em Direito.

É justamente ao núcleo central desta discussão que conduz PONTES DE MIRANDA a natureza da pessoa jurídica:

“A discussão sôbre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em tórno de falsa questão: a realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fáctico; a pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.”

E continua: *“O que importa é assentar-se que o direito não as cria ex nihilo; traz, para as criar, algo do mundo fáctico. Se há realidades espirituais, ou se não as há, constitui problema que se há de ter resolvido, ou dado como resolvido, antes de se entrar no mundo jurídico. As teorias sobre a pessoa jurídica aí se situam; são perspectivas do mundo fáctico, que apanham parte do mundo jurídico, mas sòmente porque o conceito de pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.”*⁸⁰

O autor não rejeita liminarmente o realismo orgânico, pelo qual nutre simpatia⁸¹. O *suporte fáctico* que reclama para a pessoa jurídica está próximo das considerações da pessoa jurídica como uma realidade tão vivente como a pessoa física⁸².

Todavia, PONTES DE MIRANDA parte de um pressuposto juscientífico que marca a ruptura com o realismo da *prima via*: a realidade da pessoa em causa é uma *realidade exclusivamente jurídica*. Quer isto dizer: a pessoa jurídica existe, é, de facto; porém o seu *esse* pertence apenas ao Direito; não é, portanto, uma realidade social ou natural (ainda que tal dimensão fáctica lhe possa servir de suporte).

Em outras palavras: a pessoa jurídica é uma *res juridica*, a sua existência joga-se no plano da juridicidade.

8. O institucionalismo de matriz francesa

⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, I, cit., 280.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, I, cit., 282.

⁸² Afirma, aliás, o autor: *“A pessoa jurídica é tão oriunda de fáctico quanto a pessoa física. (...) A pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física.”* - *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, I, cit., 281 e 282, respectivamente.

I – Com este enquadramento de fundo, estão lançados os pilares fundamentais para uma dogmática da pessoa jurídica suficientemente fecunda e diversificada na segunda metade do séc. XX.

Contemporâneo da obra de PONTES DE MIRANDA, o *Curso de Direito Civil* de SERPA LOPES apresenta um rico diálogo com as orientações dogmáticas mais modernas da Europa continental⁸³, incluindo a revisão proposta por Kelsen do conceito de *Rechtsperson*⁸⁴ e a *teoria da instituição*, de matriz francesa.

II – Esta última, se residual na Europa continental, veio a conhecer alguns adeptos no espaço jurídico brasileiro. Surge, não poucas vezes, identificada como integrando a teoria da realidade técnica, pese embora a diferença assinalável entre as construções e a sua maior proximidade com o organicismo de VON GIERKE do que com a *secunda via* do realismo.

A *teoria da instituição* desenvolveu-se fundamentalmente em França, pela pena de cultores do Direito administrativo e constitucional. A noção não é de fácil apreensão, tanto mais quando os autores que a tratam, a classificam como um conceito flexível, capaz de diversas e variadas aplicações.

Neste contexto, a instituição apresenta-se mais como um conceito-quadro do que como uma noção dogmatically operante. É, portanto, difícil reter dos autores uma definição concreta do termo instituição.

III – Fugindo, no entanto, da total abertura do conceito, e procurando uma aproximação àquilo que se possa considerar uma definição, ajuda-nos a referência de HAURIUO (citado por SERPA LOPES) a instituição como sendo “*une organisation à des principes de droit tirés, tant du milieu juridique externe que de l'idée mère que l'organisation s'efforce de réaliser*”⁸⁵.

O autor não pretende definir instituição. Fica, contudo, a impressão de estarmos perante uma instituição sempre que nos confrontamos com uma ideia ou uma construção

⁸³ MIGUEL SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, I, 4.^a ed., cit., 1962, 329 e ss. (a 1.^a ed. é de 1953).

⁸⁴ MIGUEL SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, I, 4.^a ed., cit., 1962, 334. Sobre a construção de Kelsen da pessoa jurídica como *Teilrechtsordnung*, veja-se, com referências, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 368 e ss.

⁸⁵ MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 9.^a ed., 1919, 9. Veja-se ainda SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., 1945, 25-26 e ALFRED DUFOUR, “La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques”, *QF* 11/12 (1982/1983), 2, 685-719.

cultural que perdura no meio social e que se impõe à comunidade jurídica e ao ordenamento. OLIVEIRA ASCENSÃO atribui a HAURIUO a definição de instituição como sendo “*a ideia de obra ou empreendimento que vive e perdura no meio social*”⁸⁶.

IV – A partir de HAURIUO, outros autores tentariam ir mais longe pretendendo ver na teoria da instituição uma nova via do *ontologismo jurídico*. Assim, por exemplo, RENARD. Neste autor, as notas fundamentais de uma instituição surgem desenvolvidas a propósito do que o autor designa “*vie intérieure*” das instituições⁸⁷.

Abundam as referências a uma intimidade institucional, semelhante à intimidade pessoal, da qual o autor pretende retirar consequências juspolíticas.

V – Semelhante realismo jurídico foi sustentado por SALEILLES (também citado por SERPA LOPES). Desenvolvendo o pensamento de HAURIUO, o autor coloca a instituição no plano de uma realidade pré-jurídica e, assumindo embora a plasticidade do conceito, reconduz o núcleo central da noção de instituição à “*(...) l'intuition qu'il y a quelque chose qui s'impose, un phénomène que l'on ne peut pas contester, et qu'il faut accepter comme une réalité juridique*”⁸⁸.

Segundo SALEILLES, um dos dados mais ancestrais presentes na vida sócio cultural é a existência de instituições coletivas, que atuam enquanto tal no plano do Direito⁸⁹. Tais instituições são realidades jurídicas primárias, que se impõem aos sujeitos e à ordem jurídica. A noção de pessoa jurídica está, portanto, associada a tais instituições coletivas, cujas notas principais de vontade própria, autonomia, etc. SALEILLES se preocupa em desenvolver⁹⁰.

A instituição coletiva juridicamente organizada seria, assim, o substrato real (não ideal ou fictício) das pessoas jurídicas⁹¹.

VI – Também em Itália, sobretudo pela pena de SANTI ROMANO, a teoria da instituição foi sendo difundida nos meios jurídicos. SANTI ROMANO definia instituição como sendo “*ogni ente o corpo sociale*”⁹².

⁸⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., 2005 (reimp. 2011), 34.

⁸⁷ RENARD, *La Théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, I, 1930, 285 e ss.

⁸⁸ SALEILLES, *De la Personnalité Juridique – Histoire et Théories*, 1910, 558.

⁸⁹ SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 558.

⁹⁰ SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 561.

⁹¹ SALEILLES, *De la Personnalité Juridique* cit., 561- 565.

⁹² ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., cit., 29.

Este corpo social tinha, contudo, características bem precisas: (i) era um ente real (ainda que imaterial) mas com manifestações externas sociais; (ii) correspondia a uma manifestação da natureza social do Homem e, por isso, correspondia a uma manifestação da natural sociabilidade humana; (iii) podia e devia ser considerada em si e por si (iv) gozava de uma identidade própria, de estabilidade e permanência no meio social, estando por isso imune às modificações do seu substrato pessoal⁹³.

Com esta formulação, a construção de SANTI ROMANO aproxima-se marcadamente do organicismo de VON GIERKE, embora em passo algum este autor seja citado. Porém, quando SANTI ROMANO procura precisar com mais detalhe em que consiste, afinal, a existência de uma instituição, vê-se obrigado a empregar uma noção que, até ao momento, confessadamente havia evitado: organização⁹⁴. A noção de corpo social é substituída por *organizzazione sociale*. Neste ponto, SANTI ROMANO parece afastar o realismo orgânico já que uma organização, como sublinha FERRARA, não é um ente ou corpo real⁹⁵.

Independentemente da maior ou menor proximidade de VON GIERKE, o espaço juscultural onde se move o discurso de SANTI ROMANO é o espaço genético da teoria da instituição e as consequências que o autor pretende retirar do manuseamento do conceito para a construção dogmática da ordem jurídica são alheias à *Theorie der realen Verbandspersönlichkeit*⁹⁶.

VII – SANTI ROMANO aplica diretamente a teoria da instituição à pessoa jurídica. Para o autor, entre a pessoa jurídica e instituição existe a relação própria que se estabelece entre género e espécie. A pessoa jurídica seria, assim, uma espécie do género instituição: nem todas as instituições seriam pessoas jurídicas; porém, todas as pessoas jurídicas seriam uma instituição⁹⁷.

A *differentia specifica* que constituiria uma instituição em pessoa jurídica estava associada à sua estrutura, que o autor desenvolve posteriormente, identificando-a com os requisitos para a atribuição de personalidade pela ordem jurídica estadual⁹⁸.

⁹³ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., cit., 29-33

⁹⁴ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., cit., 33

⁹⁵ FRANCESCO FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano – Le persone giuridiche*, 2.^a ed. 1958, 30.

⁹⁶ Com especial interesse e referências, cfr. ANTONIO TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico – Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, 2.^a ed., 1980, 29 e ss. e *passim*.

⁹⁷ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., cit., 31

⁹⁸ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2.^a ed., cit., 63 e ss. Esta íntima ligação entre instituição e pessoa jurídica, tão presente em SALEILLES e SANTI ROMANO, nem sempre é acompanhada por outros autores.

VIII – No Brasil, a tese institucionalista mereceu o sufrágio de SERPA LOPES⁹⁹.

Outros autores viriam a aderir ao institucionalismo. MARIA HELENA DINIZ, por exemplo, vê na teoria da instituição de HAURIOU a resposta para a natureza da pessoa jurídica¹⁰⁰. No mesmo sentido segue CARLYLE POPP, para quem o Direito se limita, na criação das pessoas jurídicas, a “reconhecer uma realidade social pré-existente, ratificando-a, concedendo-lhe um carácter institucional”¹⁰¹.

9. A escola do *realismo técnico*

I – Depois do organicismo, o *realismo técnico* surge como a orientação dogmática mais difundida no espaço jurídico brasileiro.

A sua génese remonta ao contexto científico da *secunda via* do realismo e à dita *escola italiana* do realismo jurídico¹⁰².

II – A origem do realismo italiano remonta a inícios do séc. XX, e está indelevelmente marcada pelo génio de FERRARA para quem a pessoa jurídica surgia como uma *forma jurídica*, uma *unidade de natureza ideal existente na ordem jurídica*¹⁰³.

Foi com a configuração dada por FERRARA que o realismo italiano se difundiu na Europa continental, especialmente em Portugal, e é sobretudo com a sua construção que se identifica a escola italiana do realismo.

CLEMENS e DELOS, por exemplo, admitem a qualificação da instituição como entidade ou pessoa moral, mas sustentam que o conceito de pessoa jurídica é distinto e de outra natureza (Cfr. a posição do autor e comentário *apud* FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 31).

CLEMENS afirma mesmo que um agrupamento ou ente social é sempre uma pessoa moral por natureza, sem que tal signifique que seja invariavelmente, também, uma pessoa jurídica: esta última consiste, sobretudo, na aplicação de uma concreta técnica jurídica, conceptualmente equivalente à capacidade jurídica (RENÉ CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, 1935, 251 e ss. e 256 e ss.) .

Com este entendimento, a instituição não serve, naturalmente, de recondução dogmática da personalidade jurídica.

⁹⁹ MIGUEL SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, I, 4.^a ed., cit., 338.

¹⁰⁰ MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito civil brasileiro*, I (*Teoria Geral do Direito Civil*), 1982, 110. A mesma posição foi igualmente sustentada no *Código Civil Anotado*, 1995, 22. Numa edição mais recente do *Curso* (22.^a ed., 2005), já sob a vigência do novo Código Civil, a autora mantém a sua adesão à teoria da instituição (223-224).

¹⁰¹ CARLYLE POPP, “Pessoa jurídica”, *Teoria Geral do Direito Civil* (Reman Lotufo/Giovanni Ettore Nanni), 2008, 308. O autor cita a *Teoria Geral* de MANUEL DE ANDRADE, tido como o autor que está na origem da escola do *realismo jurídico* (técnico) em Portugal (com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 510 e ss.). Lê-o, todavia, sob a óptica do realismo orgânico da *prima via*.

¹⁰² Com desenvolvimento, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 375 e ss.

¹⁰³ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 32 e ss.

III – Nas origens, porém, da escola italiana esteve a *teoria intermedia* de COVIELLO¹⁰⁴. Esta tese foi, se bem ajuizamos, o primeiro ensaio no espaço italiano de transição do realismo substancial para a *secunda via* do realismo jurídico¹⁰⁵.

A *teoria intermedia* de COVIELLO nasce da crítica que o autor tece às duas grandes teses da pessoa coletiva: a *teoria da ficção*, com respaldo legal no art. 2º do *Codice Civile*, e a *teoria da realidade*¹⁰⁶. Segundo o autor, ambas as teses continham elementos válidos para a construção da pessoa coletiva, mas nenhuma delas merecia um pleno sufrágio¹⁰⁷. Seria necessário, portanto, colher de ambas as correntes os contributos válidos que nelas

¹⁰⁴ NICOLA COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, I (Parte Geral), 1910, 186.

¹⁰⁵ Entre o pensamento de FERRARA e o de COVIELLO não é fácil definir com segurança uma linha cronológica. A *Teoria delle persone giuridiche*, de FERRARA, é de 1915 e o *Manuale di Diritto Civile Italiano*, de COVIELLO, de 1910. COVIELLO, porém, remete na bibliografia para uma obra de FERRARA (*Persone giuridiche*) que afirma estar ainda incompleta (cfr. COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 181). O pensamento de FERRARA não era, portanto, completamente estranho a COVIELLO.

Outros autores são ainda citados. Entre eles se destacam MIRAGLIA, *Le persone incorporali nella filosofia del diritto*, 1882 e LILLA, *La pretesa personalità giuridica e le funzioni personali degli enti morali*, 1895. Surge ainda citado BONELLI, “Di una nuova teorica della personalità giuridica”, *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, IX (1890), 325-360, onde o autor procede a uma apreciação crítica global da *prima via* do realismo (já acusando o pensamento de GIORGI).

Em nenhuma das leituras de COVIELLO, porém, existe uma verdadeira teoria da personalidade coletiva que possa ser qualificada como uma transição do realismo substancial para o realismo jurídico-formal. A prová-lo, basta atender à doutrina de GIORGI.

GIORGI apresentou a sua obra *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano* durante a última década do séc. XIX (utilizamos a terceira edição da obra, de 1913, mas a primeira edição é de 1889). Eis a sua definição de pessoa coletiva:

“Definisco perciò la persona giuridica, quell’ unità giuridica, la quale risulta da una collettività umana ordinata stabilmente a uno o più scopi di privata o di pubblica utilità: in quanto è distinta dai singoli individui che la compogono, e dotata della capacità di possedere e di esercitare adversus omnes i diritti patrimoniali, compatibilmente alla sua natura, col sussidio e l’incremento del diritto pubblico.” (cfr. GIORGIO GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, 3.^a ed., 1913, 66).

A definição apresentada é extensa e complexa. O autor explica-a com promenor (67-69). A referência à pessoa coletiva como uma realidade distinta dos seus membros que consubstancia uma *unidade jurídica* poderia insinuar a presença de um realismo jurídico-formal. Mas não é assim. GIORGI não rejeita em absoluto a presença de um substrato real, próprio da *prima via* do realismo, que o autor identifica com a “*collettività umana ordinata stabilmente a uno o più scopi*”. Esta identificação tão concreta de um substrato que serve de fundamento à *unidade jurídica* não permite reconhecer a GIORGI um papel completamente inovador.

A este propósito, é significativa a crítica de MIRAGLIA. O autor assinala que na sua construção, GIORGI entende a comunidade humana como um mero agregado de indivíduos sem unidade transcendental. Adere, assim, a uma concepção atomista da sociedade (*Filosofia del Derecho*, I, 1900, 422 e ss.). Ora, segundo MIRAGLIA, tal pressuposto é incompatível com o entendimento da personalidade coletiva como unidade jurídica. A crítica resume-se, na verdade, à seguinte interrogação: como é possível gozar de unidade jurídica aquilo a que não se reconhece unidade ontológica? (*Filosofia del Derecho*, I, cit., 423 e ss.).

Independentemente do acerto, a crítica de MIRAGLIA tem a virtude de tornar evidente a inexistência, na tese de GIORGI, de qualquer inovação no sentido de um realismo jurídico-formal. Nem na pena de GIORGI nem na leitura dos críticos dos autores coevos a “*unità giuridica*” da pessoa coletiva foi entendida como uma *res in se* do mundo jurídico.

¹⁰⁶ Assim as classifica o autor, COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 183. Esta bipartição da evolução histórico-dogmática da personalidade coletiva entre teoria da ficção e teoria(s) realista(s) era comum aos autores coevos, em particular à literatura de base de COVIELLO. Cfr., por exemplo, GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, 3.^a ed., cit., 24. Também MIRAGLIA apresenta o problema jusfilosófico da personalidade coletiva sob a égide da dicotomia ficção/realidade (cfr. MIRAGLIA, *Filosofia del Derecho*, I, cit., 406).

¹⁰⁷ “*Nessuna delle due teorie ci sembra accettabile, perchè entrambe accanto ad una parte di vero che ha contribuito a farle accogliere da molti, contengo una parte di falso che le rende degne di critica.*” – COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 184.

se achassem e ensaiar um *media via* – uma *teoria intermédia* – que, entre a pura ficção e a realidade, fosse arrimo dogmático suficiente para fundar a pessoa coletiva.

À doutrina da ficção haveria que reconhecer o mérito de sublinhar que apenas o Homem poderia ser sujeito de direito, reiterando assim a centralidade do seu papel em toda a construção jurídica, enquanto *causa omnes jus*. Porém, tal mérito tem como reverso o facto de a doutrina da ficção conduzir à negação da realidade da pessoa coletiva: a *persona ficta* é uma ficção; não existe enquanto tal, o que levaria, segundo COVIELLO, a aceitar a possibilidade da existência de situações jurídicas sem sujeito que as titule¹⁰⁸. Reduzir a pessoa coletiva a uma mera ficção, a um *fingimento jurídico*, seria uma posição, para além do mais, profundamente desfasada da realidade, onde a existência e atuação das pessoas jurídicas se reconhecia como quase um dado empírico¹⁰⁹.

Por outro lado, e em abono da teoria, o recurso à noção de *persona ficta et repræsentata* dotava o conceito de pessoa jurídica de algum rigor técnico-jurídico e operacionalidade sistemática, o que as teses realistas nem sempre logravam.

A tese da realidade apresentaria a especial virtude de afirmar a existência, *qua tale*, da pessoa coletiva, comprometida pela doutrina da ficção. Eram porém inaceitáveis os diversos substratos reais entretanto assinalados pela doutrina, em especial o realismo organicista, que acabava por tornar *irrealista* o realismo confessado.

IV – A *teoria intermedia* procurada por COVIELLO viria, portanto, a sustentar que a pessoa jurídica era alguma coisa em si (principal contributo das teses realistas) e não apenas um processo intelectual, denominado de ficção; mas, ao mesmo tempo, não deixa de reconhecer que apenas o Homem é sujeito de direito e que, por isso, a pessoa coletiva não é do mesmo modo que o Homem é.

A este desafio assinalado, responde COVIELLO dizendo que na pessoa jurídica existem dois elementos: um *elemento real*, correspondente à reunião de diversos sujeitos em ordem à prossecução de interesses e escopos comuns; e um *elemento artificial* que corresponde à redução de uma pluralidade de pessoas a uma unidade que configura uma subjetividade jurídica¹¹⁰. Tal unificação decorre sempre de uma aplicação normativa¹¹¹.

¹⁰⁸ COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 184.

¹⁰⁹ COVIELLO parece, para além disso, especialmente preocupado com a justificação de um interesse *supra* individual que mereça tutela do Direito. Cfr. COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 184 *in fine* e 185.

¹¹⁰ COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 187

¹¹¹ A teoria intermedia de COVIELLO não vai mais longe. As suas conclusões finais ficam, aliás, aquém do que o exercício argumentativo faria esperar, quando afirma: “(...) *sostanzialmente, ciò che si dice persona*

Ao ler COVIELLO, é impossível não identificar a proximidade com PONTES DE MIRANDA, sobretudo no que diz respeito à relevância do *suporte fático* da pessoa jurídica.

V – A *secunda via* do realismo jurídico foi profundamente marcada, como se adiantou, pelo génio de FERRARA que superou, em larga medida, os tímidos passos encetados por COVIELLO com a *teoria intermedia*.

FERRARA parte para a sua construção da distinção entre os sentidos filosófico e jurídico do conceito de *persona*. No plano da antropologia filosófica, *persona* designa a natureza do Homem na clássica aceção de BOETHIUS de *individua substantia rationalis naturae*; porém, no plano jurídico, e apelando para as fontes romanas, *persona* goza de um sentido técnico que se identifica com sujeito de Direito¹¹².

Há aqui, como é patente, a adoção clara do dualismo metódico neopositivista.

VI – A partir desta distinção, o autor sustenta que *persona* tem uma realidade distinta e autónoma da realidade material ou corpórea. É, no fundo, um *centro ideal* ao qual se imputa a capacidade e a titularidade de situações jurídicas¹¹³. É inegável a influência da tese da *juristische Person* como *Teilrechtsordnung*, de KELSEN.

Enquanto centro ideal de imputação, a pessoa é sempre uma *criação normativa*. Mesmo a subjetividade jurídica do Homem é uma criação do Direito, já que muitas experiências

giuridica nonè che la totalità di più persone considerate come unità; formalmente, è un «soggetto astratto di diritto riconosciuto dalla legge» (COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 187).

Mais: nesta última formulação, a construção de COVIELLO aproxima-se grandemente da tese de GIORGI da pessoa coletiva como “*unità giuridica, la quale risulta da una collettività umana ordinata stabilmente a uno o più scopi*” (GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, 3.^a ed., cit., 66).

Há, no entanto, uma diferença considerável entre GIORGI e COVIELLO, não obstante a proximidade final das construções: em COVIELLO é patente a procura de um outro sentido de realidade. Esta diferença queda claramente expressa neste passo em que o autor, referindo-se à pessoa jurídica, afirma: “*Questa è senza dubbio un’astrazione, (...), ma è un’astrazione che si fonda sulla realtà, in quanto reale è l’unità dell’interesse e dello scopo, reale l’unità de’ mezzi destinati. L’astrazione d’altra parte non è finzione, dacchè la finzione poggia su una invenzione, l’astrazione su un fatto; dietro la finzione non esiste nulla di reale, base dell’astrazione è il reale, visto però in maniera diversa da quello che è; (...)*.” (COVIELLO, *Manuale*, I, cit., 186-187).

Com as limitações assinaladas, podemos afirmar que a teoria intermedia de COVIELLO é, na verdade, um primeiro ensaio de realismo jurídico formal na escola italiana. Nela está presente a inquietação fundamental que marca a *secunda via* do realismo: a procura de uma dimensão real própria da juridicidade e distinta da realidade fenomenológica. Tal inquietação está, afinal, presente quando COVIELLO afirma que “*base dell’astrazione è il reale, visto però in maniera diversa da quello che è*”.

¹¹² FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 32.

¹¹³ “*(...) persona è il punto ideale di collegamento di questa sfera giuridica, il punto di riferimento della capacità, il centro della potestà giuridica.*” Cfr. FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 33.

jurídicas históricas atestam a existência de pessoas humanas sem subjetividade jurídica, *i. e.*: de *personae* (em sentido ontológico) *non personae* (em sentido técnico-jurídico)¹¹⁴.

Ora – conclui FERRARA – se até a subjetividade jurídica do Homem depende da ordem jurídica, de uma atribuição do Estado, não sendo assim uma decorrência própria e necessária da realidade ontológica; não se vê razão para que o Direito não possa atribuir igualmente subjetividade jurídica a outras realidades que não a pessoa humana, nomeadamente a *entes morais*¹¹⁵.

É justamente neste campo – a personificação de entes não humanos – que se deverá discutir a pessoa jurídica.

VII – Contudo, a atribuição da personalidade jurídica a outras realidades não humanas não pode olvidar que uma tal personificação constitui sempre um modo indireto de realização de interesses humanos. Retoma-se o mote clássico *omne jus hominum causa constitutum est*, que FERRARA recupera dizendo “*ogni istituto giuridico deve avere sempre come causa immediata o remota l’interesse degli uomini, ed a questo principio non sfugge l’istituto della personalità.*”¹¹⁶.

A personificação coletiva surge, assim, como um modo de realização mediata de interesses humanos, como uma forma ou veste jurídica para a sua realização. Mais precisamente: “*(...) un modo di regolamento, un procedimento di unificazione, la configurazione legale che certi fenomeni di associazione o di organizzazione ricevono dal diritto obbiettivo.*”¹¹⁷.

VIII – Neste ponto preciso, como o autor aliás adverte, FERRARA aproxima-se das correntes positivistas de matriz neokantiana. Contudo, esquiva-se a tais construções através de uma significativa subtileza argumentativa que passa pelo que poderíamos designar por *formalização da personalidade vs. substancialização da pessoa*.

Com efeito, nas construções normativistas vê FERRARA uma indiferenciação entre personalidade e pessoa – ambos conceitos jurídico-formais e puras criações do Direito

¹¹⁴ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 33

¹¹⁵ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 33.

¹¹⁶ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 34.

¹¹⁷ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 34-35.

positivo¹¹⁸ – que, enquanto forma jurídica, expressam sobretudo um modo de relação¹¹⁹. Contra esta identificação entre personalidade e pessoa se insurge FERRARA, utilizando um argumento próximo da metafísica clássica: a relação qualifica um sujeito por referência a outro; é um acidente, não existe, portanto, *qua tale*, sem o sujeito que qualifica. A conclusão impõe-se: personalidade e pessoa não são equivalentes.

Desfeita a identidade conceptual, FERRARA procede depois à concretização dos conceitos em causa. *Personalidade* seria, segundo o autor, a *forma jurídica*, o modo de aplicação normativa expresso, sobretudo, na ideia de relação. *Pessoa*, ao contrário, seria o ente, a *res* ou *substantia*, que estaria no polo da relação: o *ente modellato*¹²⁰.

IX – O conceito de pessoa – que na construção de FERRARA começou por ser sobretudo formal – ganha assim, inesperadamente, contornos realistas. A própria utilização da expressão *ente modellato* é sinal – ao nível da semântica linguística – de uma aproximação do discurso à ontologia.

Contudo, o realismo de FERRARA joga-se agora em outro campo. O autor não rejeitou a autonomia de um conceito jurídico de pessoa, favorecido pelo construtivismo positivista. O que FERRARA procura é, diríamos, um realismo autónomo, uma dimensão real, sim, mas exclusiva da ordem jurídica. A relação entre pessoa jurídica e substrato surge absolutamente superada: o *esse* do *ente modellato* é um *esse* jurídico; pessoa é *res juridica*.

X – Enquanto realidade jurídica, a pessoa coletiva não é uma *ficção*. É uma verdadeira realidade, embora de natureza ideal, não corporal ou sensível, como afinal o são todas as construções jurídicas. Em síntese:

“Le persone giuridiche sono dunque una realtà, non una finzione. Ma, intendiamoci, la loro realtà non è quella di soggetti che si vedono o che si toccano, ma è puramente astratta, ideale, come quella di tutti gli istituti di diritto. Realtà ideale giuridica, non realtà corporale sensibile.”¹²¹

¹¹⁸ FERRARA remete especialmente para Kelsen e para a noção de *Zurechnungspunkt*. Cfr. FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 36.

¹¹⁹ Nota-se a influência de BINDER que FERRARA, aliás, cita. Cfr. FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 35, nota 6.

¹²⁰ “(...) *la personalità è una relazione, la persona è il polo di questa realzione, il punto ideale a cui questa fa capo: e perciò non può scambiarsi l’una com l’altra. (...) personalità e persona non sono la stessa cosa; l’una è forma, l’altra l’ente modellato.*” – FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 36.

¹²¹ FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 39.

A natureza autónoma da realidade jurídica, em concreto da pessoa jurídica, e a superação da relação entre substrato e pessoa (própria da *secunda via* do realismo) não levou FERRARA, contudo, a postular uma absoluta independência das pessoas coletivas face à realidade social. Pelo contrário: a modelação jurídica a que a personalidade coletiva corresponde consubstancia-se, para o autor, na *traduzione giuridica di un fenomeno empirico*¹²².

Também aqui encontramos proximidade com PONTES MIRANDA.

XI – Isto significa, bem compreendido, que a pessoa jurídica – sendo uma *res juridica* – nasce de uma concreta experiência social, da realidade da vida, do labor dos juristas empenhados em traduzir normativamente uma experiência da realidade social. Neste ponto, dir-se-ia que FERRARA se aproxima das preocupações típicas da *prima via* do realismo ou, pelo menos, mantém muito das considerações colhidas pela *teoria intermedia* de COVIELLO, por exemplo.

Porém – e aqui está uma diferença específica que deve ser assinalada – a pessoa coletiva não se identifica em razão de necessidade com tal experiência empírica. *I. e.:* o conceito não integra nem reclama tal substrato. Ele poderá ser a sua causa mas não é um seu elemento.

Esta rutura com uma *razão de necessidade* no que diz respeito à correspondência entre a realidade jurídica da pessoa coletiva e a experiência empírica da realidade social (o substrato real da *prima via*) marca definitivamente o surgimento de um novo realismo jurídico até então apenas timidamente projetado.

XII – O *realismo técnico* – cuja visão mais completa procurámos ora tecer – viria a ser acolhido, no Brasil, por autores como JOÃO FRANZEN DE LIMA, por exemplo.

Depois da acostumada exposição das diversas orientações dogmática, o autor coloca-se a questão “*qual o sistema preferível?*”¹²³.

¹²² FERRARA, *Trattato*, 2.^a ed., cit., 37. Esta referência mantém-se no discurso de outros autores, mesmo entre os que secundam FERRARA ou dele se aproximam. A título exemplificativo, com referências, ANGELO FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, 1939, 61 e ss.

¹²³ JOÃO FRANZEN DE LIMA, *Curso de Direito civil brasileiro*, I (*Introdução e Parte Geral*), 7.^a ed., 1977, 174 (a 1.^a ed. é de 1952)

Afastando liminarmente as correntes negativas, FRANZEN DE LIMA afronta a questão da realidade da pessoa jurídica. E conclui no sentido da pura realidade técnico-jurídica, aderindo ao que qualifica de realismo técnico:

“(...) as pessoas jurídicas não são organismo reais da vida sensível, de maneira que as possamos equiparar, na realidade das coisas, às pessoas naturais. São organismos reais da vida jurídica, são realidades jurídicas, são realidades técnicas. É na vida jurídica que encontramos tais pessoas; é na actividade jurídica que elas se movem, excluídas daqueles direitos que não são inerentes à pessoa humana. Daí a razão por que deve ser preferida a denominação pessoa jurídica para caracterizar esses entes reais da vida do direito.”¹²⁴

Os pressupostos científicos do realismo italiano encontram-se marcadamente presentes. Porém, em FRANZEN DE LIMA não encontramos a referência a nenhum dos autores mais significativos da escola italiana. É especialmente significativo o silêncio quanto a FERRARA, que marcou indelevelmente, como vimos, a orientação dogmática a que o autor adere.

XIII – O realismo técnico é ainda perfilhado por autores como ROBERTO SENISE LISBOA¹²⁵, CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹²⁶ e SUZY CAVALCANTE KOURY¹²⁷, *et alia*.

10. Ensaios de *neo-negativismos*

I – Escrevia, em 1989, FÁBIO ULHOA COELHO, num escrito notável sobre a desconsideração da personalidade jurídica:

“Não há, na doutrina nacional, um tratamento adequado da questão referente ao conceito de pessoa jurídica. A impressão que sobrevive à leitura da maior parte dos textos da dogmática que versam sobre o conceito de pessoa jurídica é a de que os autores, antes de solucionar a intrincada questão, tencionam, na verdade, ver-se livres dela. Com facilidade, abandonam o terreno próprio da indagação acerca do conceito da pessoa jurídica e alçam vôo conjecturando sobre a ontologia da pessoa

¹²⁴ JOÃO FRANZEN DE LIMA, *Curso de Direito civil brasileiro*, I, 7.^a ed., cit., 178.

¹²⁵ ROBERTO SENISE LISBOA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a ed., 2008, 234.

¹²⁶ CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, I (*Parte Geral*), 7.^a ed., 2009, 184, pese embora o autor confundir a teoria da realidade técnica com o institucionalismo de matriz francesa.

¹²⁷ SUZY CAVALCANTE KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica*, 2.^a ed., cit., 15-16, se bem lemos.

*jurídica. Ou, simplesmente, apresentam um conceito que, efetivamente, não conceitua pessoa jurídica.*¹²⁸

E já antes, no mesmo estudo, denunciava o *pragmatismo científico* que presidia a muitos comercialistas:

*“Embora o Direito Societário gire em torno do instituto da pessoa jurídica, os comercialistas brasileiros, em geral, são avessos a enfrentar uma discussão séria acerca da sua ontologia, ou, como preferem alguns, da sua natureza. Certos autores sequer fazem menção ao assunto, (...). Outros, (...) afirmam que o tema é estranho ao Direito Comercial, localizando-o nas searas da Teoria Geral do Direito ou da Filosofia do Direito. E aqueles que tratam da questão, fazem-no em alguns poucos parágrafos, evidentemente insuficientes.”*¹²⁹

II – O que vai dito serve-nos de mote para dar nota de uma outra orientação científica em torno da pessoa jurídica, que redundava invariavelmente em forma de *pragmatismo* ou *agnosticismo dogmático*¹³⁰.

Também ela se encontra presente na Europa continental e, tal como no Brasil, também ela surge associada à divulgação – mais ou menos entusiasta – das teorias da *secunda via* do realismo, em particular do denominado realismo técnico.

III – O realismo jurídico da *secunda via*, não obstante a sua virtualidade retórica e a capacidade de suscitar adesões por parte significativa da doutrina, tem inegáveis fragilidades. A verdade é que uma realidade exclusivamente jurídica está muito próxima, afinal, de ser realidade nenhuma.

Esta fragilidade estrutural da *secunda via* do realismo, aliada ao manifesto descrédito das teses da *prima via*, conduziram alguns autores do último quartel do séc. XX a uma verdadeira encruzilhada dogmática: ou se tornava possível reinventar a realidade da pessoa coletiva, de tal sorte que o discurso jurídico se pudesse manter no registo do realismo; ou haveria então que rejeitar, de forma mais ou menos confessada, a própria construção da pessoa jurídica.

¹²⁸ FÁBIO ULHOA COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica*, 1989, 74.

¹²⁹ FÁBIO ULHOA COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica* cit., 63.

¹³⁰ Parafraseando MENEZES CORDEIRO, *O levantamento* cit., 66.

Esta última hipótese, recuperada agora em finais de novecentos, é o que vimos designando por *neo-negativismo*¹³¹.

IV – O neo-negativismo advoga, pois, a perfeita inutilidade científica do conceito de pessoa jurídica. Todo o Direito civil poderia ser exposto e estudado sem o recurso à personificação. Em causa não está apenas a negação da realidade da pessoa coletiva (o que em si seria já uma forma de negativismo), mas a própria rejeição daquela construção dogmática.

A formulação mais radical do neo-negativismo ficou sobretudo a dever-se a ERNST WOLF¹³². Não obstante as críticas que lhe foram tecidas¹³³, o veio central do seu negativismo permanece como argumentação válida e, parafraseando MENEZES CORDEIRO, como uma válvula de segurança para a eventual incapacidade da dogmática formular uma teoria da pessoa jurídica com fundamentos juscientíficos sustentáveis^{134, 135}.

V – Paralelamente a este negativismo radical, encontram-se ainda autores mais moderados que, sem obliterar a noção de pessoa jurídica, acabam por a ir esvaziando, paulatinamente, de um verdadeiro conteúdo dogmático.

Nestes casos, reconhece-se à pessoa coletiva utilidade sistemática, não se vendo razão para a erradicar. Contudo, vai-se abandonando a discussão acerca da sua natureza, na justa medida em que, por utilitarismo pragmático, se sublinham as virtualidades do seu *modus operandi* no ordenamento jurídico¹³⁶.

¹³¹ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 387 e ss.

¹³² ERNST WOLF, “Grundlagen des Gemeinschaftsrechts”, *AcP* 173 (1973), 97-123.

¹³³ Por exemplo, DIETER MEDICUS que logo na primeira edição do seu *Allgemeiner Teil des BGB* (1982) acusa WOLF de desprezar o legislador e a *praxis* jurídica. Cfr. DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1982, 1104, 378. A crítica mantém-se nas edições posteriores.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, *O levantamento* cit., 68.

¹³⁵ O *neo-negativismo*, na sua formulação mais radical, conhece poucos adeptos. Algumas investigações históricas, contudo, tendem a favorece-lo. Em causa está, sobretudo, a consideração da inexistência da pessoa coletiva em Roma; isto não obstante a presença, nos elementos jurígenos clássicos, das soluções normativas essenciais ao fenómeno hodierno de personificação (com desenvolvimento, cfr. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 91 e ss.).

O negativismo ganha, assim, uma especial legitimidade histórico dogmática, favorecida aliás pela *autoritas* da experiência romana, que não poucas vezes surge no imaginário jurídico como a época dourada do Direito.

¹³⁶ Estamos diante das construções que MENEZES CORDEIRO denomina *posições pragmáticas ou agnósticas*. Cfr., do autor, *O levantamento* cit., 66. Com efeito, trata-se a figura mas abandona-se o esforço da determinação da natureza da pessoa coletiva. Cfr., por exemplo, MARTIN SCHÖPFLIN, *Bamberger/Roth Kommentar zum BGB*, I, 3.^a ed., 2012, § 21, 1 e ss. (as teorias acerca da *juristische Person* são referidas marginalmente a propósito da *Handlungsfähigkeit*, 14-16); DIRK-ULRICH OTTO, *Juris Praxiskommentar BGB*, 5.^a ed., 2010, § 21, 1 e ss. e HEINRICH DÖRNER, *Nomoskommentar BGB*, 7.^a ed., 2012, Vor §§ 21-89, 1 e ss.

Para este facto chamou a atenção CLAUS OTT quando denunciou a presença, na dogmática continental, de uma “*consciente e decidida redução da pessoa coletiva a um denominador pragmático técnico jurídico*”¹³⁷.

É a atitude que, no espaço jurídico brasileiro, subjaz a lições como a de RUBENS REQUIÃO:

*“(...) o problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais comporta um tratamento prático. Daí que nos afastemos das abstratas preocupações científicas e doutrinárias (...). Valemo-nos, por isso, da destemida afirmativa de Messineo, que, alheando-se das querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre a realidade ou a ficção das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de possuírem elas uma realidade no e para o mundo jurídico.”*¹³⁸

VI – Esta progressiva degradação dogmática da pessoa jurídica nem sempre é de fácil ilustração. O facto dos autores não abandonarem por completo a categoria, obriga-os a um esforço mínimo de delimitação positiva do conceito. Em consequência, muitas obras apresentam a pessoa jurídica numa formulação próxima de alguma das teorias conhecidas embora, de facto, se movam num quadro confessadamente pragmático e utilitarista.

Nestes casos, a contraprova do reducionismo dogmático a que OTT alude pode ser encontrada na ausência de uma sólida dimensão jusfilosófica na apresentação da pessoa jurídica, o que também é frequente, numa conjugação de diversos elementos identificadores que correspondem, na verdade, a substratos dogmáticos, distintos e complexos, de difícil conjugação.

VII – Este empobrecimento dogmático da pessoa jurídica não é, em rigor, um puro negativismo. Contudo, é uma posição pouco sustentável. À ciência do Direito não basta a verificação da existência de pessoas jurídicas; é necessário que não se subtraia ao esforço por determinar a *quidditas* da personificação, pese embora a dificuldade da tarefa. Uma construção que admitindo a figura, esvazia de conteúdo juscientífico a pessoa jurídica, não é uma verdadeira construção dogmática.

¹³⁷ CLAUS OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation – Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person*, 1977, 40.

¹³⁸ RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, I, 26.ª ed., 2005, 385.

§4º A questão do Novo Código

11. Origem e princípios informadores da nova codificação

I – À semelhança de outras experiências legislativas, a tentativa de reforma do Código Civil 1916 é quase coeva à sua publicação. Finda a *República Velha*, e após a promulgação da Constituição 1937, foi nomeada, logo em 1939, uma comissão destinada a rever a codificação de BEVILAQUA. O *Anteprojeto* então elaborado, alvo de críticas várias de ORLANDO GOMES, nunca chegou a conhecer força de lei¹³⁹.

II – Em 1961, os trabalhos de reforma do Código Civil são retomados e é nomeada uma nova comissão, composta por OROZIMBO NEONATO (que havia integrado também a comissão de 1939), ORLANDO GOMES e CAIO MARIO SILVA PEREIRA.

A ORLANDO GOMES coube a redação da parte do *Projeto de Código Civil* (1963) relativa ao Direito da Família, aos Direitos Reais e ao Direito das Sucessões.

A SILVA PEREIRA coube a elaboração do *Projeto do Código das Obrigações* (1963), que deveria dar origem a uma codificação autónoma face ao Código Civil.

Os dois projetos foram apresentados ao Congresso Nacional mas o Governo acabaria por retirá-los, impressionado com as críticas que rapidamente se fizeram sentir¹⁴⁰.

III – Malogrados os projetos de 1963, em 1969 foi criada a *Comissão revisora e elaboradora do código civil*, presidida por MIGUEL REALE. Ao trabalho da comissão presidiram algumas linhas orientadoras de que próprio MIGUEL REALE nos dá nota¹⁴¹ e das quais salientamos:

(i) O aproveitamento do *Projeto de Código Civil* e do *Projeto de Código das Obrigações* de 1963 e dos trabalhos preparatórios a eles associados

¹³⁹ ALFREDO CALDERALE, “Il diritto privato in Brasile: dal vecchio al nuovo código civile”, *Il nuoco código civile brasiliano* (Alfredo Calderale), 2003, XV-XLVIII, XXVIII.

¹⁴⁰ ALFREDO CALDERALE, “Il diritto privato in Brasile ...” cit., XXXII.

¹⁴¹ MIGUEL REALE, *O Novo Código Civil – Discutido por juristas brasileiros* (Aparecido Hernani Ferreira), 2003, 47-49.

(ii) O propósito de fazer refletir no articulado normativo os (novos) princípios que deverão informar uma codificação do séc. XXI, por oposição a um certo individualismo jurídico oitocentista, herdado pelo Código Civil 1916; e

(iii) A unificação do Direito das obrigações, incluindo na codificação civil a disciplina comercial¹⁴².

Os trabalhos da comissão deram origem a um único *Projeto de Código Civil* (1975), apresentado ao Governo em 16 de janeiro de 1975, com a seguinte ordenação sistemática¹⁴³:

- *Parte Geral*, elaborada por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES;
- *Direito das Obrigações*, elaborado por AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM;
- *Atividade Negocial*, elaborada por SYLVIO MARCONDES;
- *Direito das Coisas*, elaborado por EBERT VIANNA CHAMOUN;
- *Direito da Família*, elaborado por CLÓVIS DO COUTO E SILVA;
- *Direito das Sucessões*, elaborado por TORQUATO CASTRO.

IV – Após diversas modificações sofridas no *iter* legislativo¹⁴⁴, em plena idade de descodificação¹⁴⁵ e não obstante as muitas alterações normativas vividas no Brasil no último quartel do séc. XX¹⁴⁶, o *Projeto de Código Civil* (1975) acabaria por ser aprovado pela Lei n. 10.406, de 10-jan.-2002, entrando em vigor no ano seguinte, em janeiro de 2003.

V – A segunda codificação civil brasileira está assente num tríptico de princípios constantes da exposição de motivos do Projeto apresentada por MIGUEL REALE, e que se reconduzem ao *princípio da eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade*¹⁴⁷.

Em síntese, dir-se-ia:

¹⁴² Com especial interesse, tendo em conta a opção italiana vertida no *Codice* 1942, cfr. DIEGO CORAPI, “L’unificazione del código di commercio e del código civile in Brasile”, *Il nuoco código civile brasiliano* (Alfredo Calderale), 2003, 3-14.

¹⁴³ MIGUEL REALE, *O Projeto do Novo Código Civil*, 2.^a ed., 1999, 43.

¹⁴⁴ MIGUEL REALE, *O Novo Código Civil* cit., 48-49.

¹⁴⁵ ALFREDO CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, 2005, 1.

¹⁴⁶ Salientando as mais relevantes, ALFREDO CALDERALE, “Il diritto privato in Brasile...” cit., XXXIII-XXXVI. Veja-se ainda, como barómetro, AA.VV., *O Direito na década de 1990: novos aspetos – Estudos em Homenagem ao Prof. Arnoldo Wald* (Paulo Dourado de Gusmão/Semy Glanz), 1992.

¹⁴⁷ Cfr. a própria sistematização de MIGUEL REALE, *O Novo Código Civil* cit., 49-54. Veja-se ainda, com desenvolvimento, JOSELI LIMA MAGALHÃES, *Da recodificação do Direito civil brasileiro*, 2006, 115 e ss.

(i) O princípio da *eticidade* procura dar corpo ao que entre nós se vem designando por *primazia da materialidade subjacente*¹⁴⁸, que exige a prevalência da justiça material sobre a construção técnico-formal.

Associado a ele, como sublinha MIGUEL REALE, estão fundamentalmente os institutos que gravitam em torno da Boa Fé, como o *abuso de direito* (art. 187), por exemplo¹⁴⁹.

(ii) O princípio da *socialidade* diz fundamentalmente respeito aos fenómenos de massificação da atividade jurídica: o regime estatuído no art. 422, quanto aos contratos de adesão, é disso exemplo.

Já a aproximação sugerida por alguns autores do princípio da socialidade a considerações sobre o fim social do contrato e a função social da propriedade¹⁵⁰ colocam o princípio em causa paredes-meias com a dogmática da Boa Fé (e, conseqüentemente, com o princípio da eticidade), o que deve ser evitado.

(iii) Por fim, o princípio da operabilidade – tal como no-lo apresenta MIGUEL REALE¹⁵¹ – parece dirigir-se mais à atividade do legislador na elaboração do Código, no sentido da sua clarificação normativa.

Promulgado o diploma, não parece que sobrevenha efeito normativo do princípio em causa.

VI – O novo *tríptico axiológico* da codificação de 2002 só marginalmente tange a dogmática da pessoa jurídica. Fá-lo, sobretudo, no instituto da desconsideração: a verdadeira novidade da codificação de 2002, no que às pessoas jurídicas diz respeito.

12. Alterações significativas no regime das pessoas jurídicas

I – As alterações mais significativas introduzidas pelo Código Civil 2002 no regime das pessoa jurídicas dizem fundamentalmente respeito aos três aspetos normativos seguintes¹⁵²: (i) distinção entre pessoas jurídicas *de fins não económicos* (associações e

¹⁴⁸ Com especial relevância, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, 1984 (reimp. 2013), 1252 e ss.

¹⁴⁹ MIGUEL REALE, *O Novo Código Civil* cit., 49. No mesmo sentido, JOSELI LIMA MAGALHÃES, *Da recodificação do Direito civil brasileiro* cit., 141 e ss.

¹⁵⁰ Com referencias, JOSELI LIMA MAGALHÃES, *Da recodificação do Direito civil brasileiro* cit., 116 e ss.

¹⁵¹ MIGUEL REALE, *O Novo Código Civil* cit., 52 e ss.

¹⁵² Enunciados, aliás, na apresentação do *Projeto*. Cfr. MIGUEL REALE, *O Projeto do Novo Código Civil*, 2.^a ed., 1999, 65.

fundações) e *fins económicos* (sociedade simples e sociedade empresária); (ii) revisão do regime das *associações e fundações*; e (iii) revisão das disposições referentes a *peças jurídicas de Direito público interno*. A consagração legal da figura da desconsideração merece ponderação isolada.

O regime foi também modificado pela Lei n. 10.825, de 22-dez.-2003, pela Lei n. 11.107, de 06-abr.-2005, pela Lei n. 11.127, de 28-jun.-2005 e pela Lei n. 12.441, de 11-jul.-2011.

II – Se relevantes em ordem a obter um regime das pessoas jurídicas menos “*lacunoso e vacilante*”¹⁵³, as alterações introduzidas pelo Código Civil 2002 não trazem implicações para a construção dogmática da figura.

O regime fundamental da pessoa jurídica é o herdado do Código Civil 1916. E se, ao tempo, o articulado era visto como uma emanção da teoria do realismo orgânico, os mesmos preceitos legais são hoje tidos por alguns autores como consagrando a doutrina do realismo técnico¹⁵⁴.

Mais do que a errância classificativa presente em alguma doutrina, o facto prova uma relativa inocuidade da lei no esforço de construção dogmática.

§5º A questão da desconsideração da personalidade jurídica

13. Sequência; enquadramento dogmático do instituto da desconsideração

I – Como dissemos, a verdadeira novidade do Código Civil 2002 em sede de pessoas jurídicas diz respeito à consagração legal da figura da desconsideração da personalidade jurídica (entre nós também divulgada sob o conceito de *levantamento*).

Tal ocorre, em 2002, como o culminar de uma evolução científica verificada ao longo da segunda metade do séc. XX e que veio a ter influência na própria compreensão da natureza da pessoa jurídica, como melhor veremos.

II – A origem do instituto da desconsideração – quer no espaço anglosaxónico quer no espaço continental – é marcadamente *casuística* e jurisprudencial, o que condicionou

¹⁵³ MIGUEL REALE, *O Projeto do Novo Código Civil*, 2.ª ed., cit., 65.

¹⁵⁴ Neste sentido, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, I, 7.ª ed., cit., 186, por exemplo.

naturalmente o tratamento dogmático da figura¹⁵⁵. As reconduções dogmáticas ensaiadas na doutrina foram sempre precedidas ou acompanhadas de uma identificação de *grupos de casos* em que a desconsideração tem lugar¹⁵⁶.

Sem prejuízo das variações oferecidas pelos diversos autores, há dois grupos de casos que adquirem especial consenso – a confusão de esferas (*Sphärenvermischung* ou *Vermögensvermischung*) e as hipóteses de subcapitalização (*Unterkapitalisierung*) – e que são invariavelmente enunciados nas principais obras de referência (com prevalência para esta última hipótese)¹⁵⁷.

Para além destes dois grupos, é difícil encontrar nos autores uma unidade de critério. Em algumas obras surge ainda mencionada a hipótese autónoma de *destruição de ativos*¹⁵⁸. Multiplicam-se, depois, as ilustrações casuísticas associadas, em especial, à violação de escopos normativos e contratuais¹⁵⁹, acabando os autores por reduzir a variedade possível à menção geral de *andere Fälle*¹⁶⁰.

Com outro critério, surge ainda a referência a *levantamento da imputação (Zurechnungsdurchgriff)*¹⁶¹ e a *levantamento de responsabilidade (Haftungsdurchgriff)*¹⁶². Em causa, porém, não estão grupos de casos em que se admite o instituto mas sim efeitos da sua aplicação¹⁶³.

¹⁵⁵ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., 2002, 219 e ss.

¹⁵⁶ Sobre a construção dos grupos de casos (*Fallgruppenbildung*), cfr. WOLFRAM GÜNTER WILLBURGER, *Der Durchgriff auf die Gesellschafter wegen ausgeübter Herrschaftsmacht im Haftungssystem der GmbH*, 1994, 5-6. O autor chama a atenção para o facto de a adoção dos critérios em função dos quais se identificam os grupos de casos envolver sempre alguma arbitrariedade e estar ao serviço dos fins que a investigação se propõe (5). Com efeito, a formação dos grupos de casos é ela já uma construção dogmática, pois à ordenação da casuística presidem, necessariamente, um conjunto de critérios que são, eles próprios, uma configuração da realidade de acordo com uma pré-compreensão juscientífica.

¹⁵⁷ Cfr., por exemplo, WILLBURGER, *Der Durchgriff* cit., 5; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., cit., 234 e ss. e 240 e ss.; THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5.ª ed., 2010, 405 e ss.; BARBARA GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, 8.ª ed., 2011, 214-217; CARSTEN SCHÄFER, *Gesellschaftsrecht*, 2.ª ed., 2011, 162-163; INGO SAENGER, *Gesellschaftsrecht*, 2010, 239; JOHANN KINDL, *Gesellschaftsrecht*, 2011, 337-340; GÖTZ HUECK/CHRISTINE WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 21.ª ed., 2008, 260 e ss. e JAN WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 3.ª ed., 2008, 188 e ss.

¹⁵⁸ Por exemplo, WILLBURGER, *Der Durchgriff* cit., 5, referindo-se a *Vermögensverluste*; e THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5.ª ed., cit., 405, que utiliza a expressão *Existenzvernichtung*, tal como JAN WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 3.ª ed., cit., 195.

¹⁵⁹ GÖTZ HUECK/CHRISTINE WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 21.ª ed., cit., 261-262.

¹⁶⁰ THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5.ª ed., cit., 412-413.

¹⁶¹ Por exemplo, FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, *Gesellschaftsrecht*, 6.ª ed., 2006, 369. Veja-se ainda, JOHANN KINDL, *Gesellschaftsrecht* cit., 341.

¹⁶² Com abundantes referências, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, 2006, 221 e ss. Os autores utilizam também o conceito *Durchgriffshaftung*. A expressão *levantamento de responsabilidade* não expressa bem o conceito. Em causa está “penetrar na responsabilidade”, ou seja: superar a limitação da responsabilidade granjeada pela personalidade jurídica.

¹⁶³ Cfr., por exemplo, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração” da personalidade jurídica*, 2009, 304 e ss. e RAUL VENTURA/BRITO CORREIA, *Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, 1969, 96 e ss.

III – O carácter casuístico do instituto não foi ignorado em Portugal. A progressiva penetração do instituto na cultura jurídica portuguesa segue acompanhada de uma referência mais ou menos clara a grupos de casos¹⁶⁴, num esforço de sistematização crescente.

Com MENEZES CORDEIRO, dá-se uma certa estabilização dos grupos de casos típicos em três hipóteses: (i) confusão de esferas jurídicas; (ii) subcapitalização; (iii) atentado a terceiros e abuso de personalidade¹⁶⁵, com largo acolhimento na jurisprudência, sobretudo na do início deste século¹⁶⁶.

IV – A partir da identificação dos grupos de casos, a ciência jurídica procurou formular teorias explicativas da desconsideração, que densifiquem os vetores materiais do instituto.

A primeira orientação que podemos identificar¹⁶⁷, é a denominada *teoria subjetiva*. Está associada à ideia geral de abuso de personalidade, mas põe a tónica nos elementos subjetivos: a vontade ou consciência do sujeito de, com aquela conduta, invocar de modo juridicamente reprovável a personalidade jurídica¹⁶⁸.

A orientação subjetivista estava, contudo, destinada a ser uma *dogmática de transição*: pretendia carregar as tintas da desconformidade com sistema dos abusos de personalidade, mas abria o flanco a inevitáveis críticas.

¹⁶⁴ Assim, por exemplo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, 1993, 57 e ss. oferece um conjunto de hipóteses de desconsideração a cuja ordenação corresponde um critério plural que conjuga alguns casos típicos, a classificação de efeitos e reconduções dogmáticas de base. COUTINHO DE ABREU, sistematiza o instituto com base em dois grupos de casos, correspondentes ao *Zurechnungsdurchgriff* e *Haftungsdurchgriff*: os casos de imputação e os casos de responsabilidade. Cfr. *Da Empresarialidade (Das empresas no Direito)*, 1996, 208 e *CSC em comentário* cit., 5.º, 100 e ss. Na ilustração dos casos, acaba por estar presentes a confusão de esferas, a subcapitalização, etc.

¹⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I (*Parte Geral*), 3.ª ed., 2011, 429. A classificação sofre uma revisão, já presente in *O levantamento* cit., 115 e ss., quanto à sistematização presente in *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1997, 324 e ss.

¹⁶⁶ Por exemplo, RPt 16-abr.-2012 (FERNANDA SOARES), Proc. n.º 229/08.3TTBGC.P1, RGm 17-nov.-2011 (MANUEL BARGADO), Proc. n.º 798/08.8TBEP.S.G1, RPt 25-mar.-2010 (TELES DE MENEZES), Proc. n.º 3980/07.1TBPRD.P1, STJ 19-mar.-2009 (PINTO HESPANHOL), Proc. n.º 08S3259.

¹⁶⁷ Seguindo aqui a classificação de KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., cit., 222-224. Atenda-se ainda à classificação proposta por ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimentos – O Financiamento da sociedade entre o capital social próprio e o capital alheio*, 2002, 109 e ss. e secundada por MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., cit., 437.

¹⁶⁸ É esta, desde logo, a orientação de SERICK, *Rechtsform und Realität*, 1955, 203 e ss., que coloca sempre a tónica no carácter censurável das disposições do sujeito, orientação esta acolhida por PHILIPP MÖHRING, na revisão que faz à obra do autor, in *NJW* 9 (1956), 48, 1971.

No mesmo sentido parece seguir OTFRIED LIEBERKNECHT, “Die Enteignung deutscher Mitgliedschaftsrechte an ausländischen Gesellschaften mit in Deutschland belegtem Vermögen (ii)”, *NJW* 9 (1956), 25, 931-936.

Com efeito, como recordaria KARSTEN SCHMIDT, à relevância jurídica do abuso de personalidade basta a desconformidade objetiva com o escopo de utilização da pessoa coletiva (*objektiv-zweckwidrige Verwendung der juristischen Person*)¹⁶⁹.

A jurisprudência encarregar-se-ia de corrigir a derivação subjetivista de SERICK e obter uma sistemática integrada: o levantamento sofreria uma objetivação paralela à conhecida pelos institutos que gravitam em torno da Boa Fé¹⁷⁰.

Fruto desta correção jurisprudencial surgiu a denominada *teoria institucionalista* (ou objetiva¹⁷¹), segundo a qual há lugar a desconsideração quando “*a segregação entre a corporação e os seus membros contradiz a ordem jurídica*”¹⁷², independentemente das disposições internas dos sujeitos¹⁷³.

V – Oferecendo-se como alternativa ao subjetivismo de SERICK, surgiu logo em 1957, a *teoria do escopo das normas*, protagonizada por MÜLLER-FREIENFELS¹⁷⁴.

Esta orientação dogmática deriva, também ela, de uma leitura atenta de SERICK. O autor inicia, aliás, o seu estudo sublinhando os méritos da obra *Rechtsform und Realität ...*¹⁷⁵. Desloca, porém, o eixo dogmático do *Durchgriff* do abuso de personalidade para o campo da própria aplicação das normas jurídicas: o Direito, quando escorreitamente aplicado, determinaria, nas hipóteses de desconsideração, a obliteração das disposições referentes à personalidade coletiva.

¹⁶⁹ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., cit., 222, com referências à jurisprudência.

¹⁷⁰ Surge frequentemente citada – por KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., cit., 222 (18), MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.^a ed., cit., 439, *et alia* – a decisão do BGH 30-jan-1956 (BGHZ 20 (1956), 4-15, na qual o Tribunal expressamente afirma a inexigibilidade da verificação de uma intenção abusiva: “*A jurisprudência não subordina o levantamento da pessoa jurídica a um abuso intencional da personalidade coletiva.*”;

¹⁷¹ ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimentos* cit., 110 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.^a ed., cit., 437.

¹⁷² KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., cit., 222.

¹⁷³ Sufragaram esta orientação autores como ECKARD REHBINDER, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht*, 1969, 119 e ss.; OTTMAR KUHN, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, 1964, 119 e ss. (com uma exposição sugestiva da evolução dogmática) e KNUT H. FRANZMANN, *Die sogenannten Durchgriffstatbestände im Privatrecht als Problem einer interessengerechten Risikoverteilung*, 1984, *passim*. O autor conclui: “*A necessidade geral de segurança jurídica reclama uma solução institucional, garantida por um Tatbestand objetivo*” (171).

¹⁷⁴ WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, “Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen in Privatrecht”, *AcP* 156 (1957) 522-543.

¹⁷⁵ MÜLLER-FREIENFELS, “Zur Lehre vom sogenannten ...” cit., 522.

Encontra-se presente, esta orientação, em autores como TEUBNER¹⁷⁶, VONNEMANN¹⁷⁷ e RUDOLPH WIETHÖLTER¹⁷⁸, por exemplo.

VI – Em Portugal, encontramos eco destas derivações¹⁷⁹. Prevalece um apelo insistente, sobretudo na jurisprudência, ao controlo, pela boa fé (na vertente abuso de direito¹⁸⁰), da justiça material do caso; invoca-se a relativização da personalidade jurídica e um entendimento “*substancialista*” da mesma¹⁸¹; apela-se a uma “*limitação funcional intrínseca*” da personificação¹⁸².

Reconhece-se, sobretudo, a dificuldade de uma recondução dogmática unitária, que pode ser confrontada em duas construções distintas.

COUTINHO DE ABREU, oferece-nos um *edifício aplicativo*: na base estaria uma concepção substancialista da pessoa coletiva, os pilares seriam o abuso de direito e o escopo das normas, envolvidos num método de realização do Direito que distingue os casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) dos casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*)¹⁸³.

Já MENEZES CORDEIRO socorre-se da noção de *instituto de enquadramento* capaz, no fundo, de dotar de unidade compreensiva e aplicativa a um conjunto variado de manifestações de exigências do sistema interno¹⁸⁴.

14. A recepção brasileira do instituto

I – No Brasil, o interesse pela doutrina da desconsideração desenvolveu-se com especial intensidade no último quartel do séc. XX.

¹⁷⁶ GUNTHER TEUBNER, “Unitas Multiplex – Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen“, *ZGR* 1991, 189-217, (207 e ss.), a propósito do levantamento em sede de grupos.

¹⁷⁷ WOLFGANG VONNEMANN, *Haftung der GmbH-Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung*, 1989, 77 e ss., onde a questão da subcapitalização é em parte equacionada sob a égide do escopo das normas.

¹⁷⁸ Na recensão à obra de OTTO WILSER, *Der Durchgriff bei Kapitalgesellschaften im Steuerrecht* (1960), publicada in *ZHR* 125 (1963), 324-326.

¹⁷⁹ RITA TERRÍVEL, “O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades”, *RDS IV* (2012) 4, 935-1007.

¹⁸⁰ Em crítica, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, 169 (121).

¹⁸¹ Sublinhando este aspeto, COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de Direito* cit., 105 e ss; *Curso de Direito Comercial*, II (*Das sociedades*), 4.ª ed., 2011 (reimp. 2013), 176 e ss. e *CSC em comentário*, I, cit., 5.º, 100.

¹⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, 1993, 70-71.

¹⁸³ *CSC em comentário*, I, cit., 5.º, 100.

¹⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I, 3.ª ed., cit., 446-450.

Na sua divulgação, foi pioneiro RUBENS REQUIÃO que, ainda na década de 60, proferiu a célebre conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*¹⁸⁵.

Com abordagens dogmáticas diversas e ponderações sistemáticas distintas (a partir do Direito civil e do Direito comercial), o tema da desconsideração foi penetrando na doutrina brasileira e ocupando autores de nomeada¹⁸⁶.

Um especial destaque merece a obra de LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA¹⁸⁷, que marcou profundamente os juristas no espaço lusófono.

II – Nos finais da década de 80 e até inícios do século XXI, intensificam-se os estudos sobre a matéria. Destacam-se, entre outros, nomes como FÁBIO ULHOA COELHO¹⁸⁸, MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁸⁹, SUZY CAVALGANTE KOURY¹⁹⁰, LEANDRO MARTINS ZANITELLI¹⁹¹, LUCIANO DEQUECH¹⁹², SILVA PEREIRA¹⁹³, RODRIGO XAVIER LEONARDO¹⁹⁴ *et alia*.

Estava preparado o campo doutrinal para uma recepção normativa da figura o que, de facto, não tardou a acontecer.

III – Com efeito, na década de 90 do século passado surgiram alguns diplomas legais que vieram consagrar expressamente a figura da desconsideração da pessoa jurídica. O *Código de Defesa do Consumidor* (Lei n.º 8078, de 11-set.-1990), por exemplo, consagrou a figura no seu art. 28º:

Art. 28º

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

¹⁸⁵ Publicada, com esse título, na obra do autor, *Aspetos modernos de Direito Comercial*, 1977, 67 e ss. e já antes, em 1969, na *Revista dos Tribunais*.

¹⁸⁶ Veja-se a resenha bibliográfica apresentada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Direito Civil – Alguns aspetos da sua evolução*, 2001, 62-63.

¹⁸⁷ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, 1979.

¹⁸⁸ FÁBIO ULHOA COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica* cit..

¹⁸⁹ MARÇAL JUSTEN FILHO, *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*, 1987.

¹⁹⁰ SUZY CAVALGANTE KOURY, *A desconsideração da personalidade jurídica*, 2.ª ed., cit..

¹⁹¹ LEANDRO MARTINS ZANITELLI, “Abuso da pessoa jurídica e desconsideração”, *A reconstrução do Direito privado* (Judith Martins-Costa), 2002, 715-729.

¹⁹² LUCIANO DEQUECH, “A desconsideração da personalidade jurídica”, *Novo Código Civil – Questões controvertidas* (Mário Luiz Delgado/Jones Figueirêdo Alves), VI, 2007, 252-270.

¹⁹³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Direito Civil* cit., 57 e ss.

¹⁹⁴ RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica...” cit., 75-96.

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.

Quatro anos mais tarde, foi aprovada a Lei n. 8884, de 11-jun.-1994, que no seu art. 18º consagrava, igualmente, a figura da desconsideração. A Lei n. 8884, de 11-jun.-1994 foi, entretanto, revogada pela *Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* (Lei n. 12529, de 20-nov.-2011), que dispõe no seu art. 34º (em tudo semelhante ao art. 18º da lei revogada):

Art. 34º

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.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Já nos finais da década de 90, a *Lei relativa a atividades lesivas ao meio ambiente* (Lei nº 9605, de 12-fev.-1998), veio dispor no seu art. 4º:

Art. 4º

*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*¹⁹⁵

IV – A evolução legislativa sumariamente documentada culmina com a consagração da figura da desconsideração na codificação civil de 2002:

Art. 50.

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas

¹⁹⁵ Esta disposição merece ser cotejada com o art. 24.º do mesmo diploma, com a seguinte redação: “A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.”

e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

V – Os primeiros lustros deste século conhecem também dados normativos relevantes. A lei de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública – conhecida como *Lei anticorrupção* (Lei n. 12846, de 1-ago-2013) –, dispõe do seguinte modo:

Art. 14º

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Especial atenção merece, sobretudo, o novo *Código de Processo Civil* (2015) que prevê, com desenvolvimento, um *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, nos arts. 133º a 137º.

VI – Paralelamente à evolução legislativa, é também significativo o papel da jurisprudência na densificação do próprio instituto. Muitos dos *enunciados* aprovados nas diversas jornadas do *Conselho de Justiça Federal*¹⁹⁶ dizem respeito à desconsideração da personalidade jurídica e plasmam a sua operacionalidade no sistema jurídico brasileiro.

Assim, por exemplo, na *I Jornada de Direito Civil*, destacam-se os seguintes enunciados:

- *Enunciado 7*, determinando que “só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.
- *Enunciado 51*, pronunciando-se sobre a articulação do Código Civil com os demais diplomas que consagram a desconsideração: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

¹⁹⁶ Disponíveis in <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej>

Na III Jornada de Direito Civil:

- *Enunciado 146*, determinando que “nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50º (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”.
- *Enunciado 229*, segundo o qual “a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta”.

Na IV Jornada de Direito Civil:

- *Enunciado 281*, de acordo com o qual a aplicação da teoria da desconconsideração, prevista no art. 50º Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.
- *Enunciado 282*, que esclarece que o “encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica”.
- *Enunciado 283*, reconhecendo a figura da desconconsideração inversa “para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.
- *Enunciado 284*, que estende o desconconsideração às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos.
- *Enunciado 285*, reconhecendo que a desconconsideração pode ser invocada pela própria pessoa jurídica, em seu favor.

Na V Jornada de Direito Civil:

- *Enunciado 406*, esclarecendo que “a desconconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.”
- *Enunciado 470*, fixando que “o patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica.”

Por fim, na *I Jornada de Direito Comercial*:

- *Enunciado 9*, fixando que o art. 50º do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, quando em causa estejam relações jurídicas empresariais.
- *Enunciado 48*, esclarecendo que “a apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, prevista no art. 82º da Lei n. 11.101/2005, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

15. Refluxo dogmático: a pessoa jurídica como técnica de segregação patrimonial

I – O interesse científico suscitado em torno da desconsideração da personalidade jurídica, a sua progressiva consagração legal e, em especial, a sua previsão na codificação civil, tornou o instituto no areópago moderno da discussão em torno da natureza da pessoa jurídica.

Com efeito, é a propósito da desconsideração que encontramos, hoje, as mais inovadoras e completas lições sobre a pessoa jurídica no espaço jurídico brasileiro.

II – Numa primeira leitura, não se observam alterações dogmáticas significativas: prevalece o entendimento da pessoa jurídica como realidade técnica, não obstante o quadro de *agnosticismo dogmático* para o qual chamámos a atenção.

SILVA PEREIRA mantém esta orientação, já em vigência do novo código¹⁹⁷. Já ARNOLDO WALD parece continuar a reconduzir o problema aos quadros dogmáticos da *prima via* do realismo¹⁹⁸. A necessidade de uma reconstrução dogmática do instituto é anunciada por outros autores como um verdadeiro desafio à ciência jurídica do séc. XXI¹⁹⁹.

Tudo está em aberto.

¹⁹⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil, I (Introdução ao Direito civil. Teoria Geral do Direito Civil)*, 2005, 310. Com interesse, veja-se ainda a adesão do autor ao princípio da especialidade (310-315), embora com uma leitura muito mitigada dos efeitos limitadores da capacidade.

¹⁹⁸ ARNOLDO WALD, *Direito Civil, I*, 12.^a ed., 2010, 187-188.

¹⁹⁹ RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica...” cit., 93-94.

III – Um olhar mais atento deteta, porém, a formação paulatina de uma orientação dogmática que adota uma *perspectiva funcional* da pessoa jurídica. Mais do que dizer o que é a pessoa jurídica, procura-se, sobretudo, conhecer para que é que ela *serve*, qual a sua *função* na ordem jurídica brasileira.

Esta perspectiva funcional, se bem vemos, é consequência do facto de a natureza da pessoa jurídica ter vindo a ser discutida nas últimas décadas, como salientámos, a propósito da desconsideração. Com efeito, o enfoque problemático facultado pela desconsideração da personalidade jurídica tem tido como ponto de partida, na literatura brasileira, o escopo funcional da personificação e a utilização da pessoa jurídica fora desse escopo. Recorde-se o mote inicial de RUBENS REQUIÃO: *abuso de direito* e *fraude* através da pessoa jurídica.

IV – A este facto some-se, ainda, a circunstância de o grupo de casos mais frequente de desconsideração corresponder à hipótese por nós designada de *levantamento da limitação de responsabilidade*²⁰⁰.

Os juristas brasileiros têm sido, assim, convidados a tratar a pessoa jurídica partindo de um concreto universo de hipóteses de desconsideração e procurando uma dogmática integrada que, tendo por base a natureza da pessoa jurídica, justifique a orientação funcional subjacente ao instituto.

Não assim em Portugal, onde os traços funcionais do instituto do levantamento não têm originado qualquer refluxo dogmático sobre a pessoa coletiva. Tal fica a dever-se à recondução do instituto a outros lugares do sistema, *maxime* ao instituto da Boa Fé que, entre nós, com os trabalhos de MENEZES CORDEIRO²⁰¹, ganhou especial musculatura dogmática.

V – O enquadramento ora descrito levou a que se sobrevalorizasse a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou o efeito segregador de patrimónios associado à personificação, procurando ver nele a *quidditas* da personificação.

²⁰⁰ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 977.

²⁰¹ *Maxime*, com a obra *Da boa fé no Direito civil* cit..

Num tom de algum pessimismo dogmático, esta identificação entre pessoa jurídica e autonomia patrimonial é justamente assinalada por RODRIGO XAVIER LEONARDO, no texto com que iniciámos estas linhas:

*“A pessoa jurídica, portanto, perdeu a sua centralidade e convive com diversos outros suportes para se alcançar o efeito da autonomia das esferas jurídicas e da separação patrimonial. Isso é sintoma de uma nova crise de reconhecimento, com contornos próprios ao século XXI.”*²⁰²

O autor aponta para este início de século o desafio da reconstrução da pessoa jurídica²⁰³, mas não deixa de ser sintomático o último enquadramento dogmático identificado, numa fase de pré-reconstrução: a pessoa coletiva como técnica de autonomização patrimonial.

VI – A melhor representação desta orientação dogmática pode, contudo, ser encontrada em FÁBIO ULHOA COELHO, para quem a separação patrimonial surge como a verdadeira *quidditas* da personificação:

“O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial. Os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.

*A pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial em que se atribui personalidade própria ao patrimônio segregado. Nenhuma outra das técnicas desenvolvidas pelo direito apresenta esse traço”.*²⁰⁴

Com este enquadramento, a personificação é assumida como técnica jurídica que concretiza um *princípio da autonomia patrimonial* que, segundo o autor, tem três concretizações básicas: (i) as pessoas jurídicas não se confundem com os sujeitos que as integram; (ii) a pessoa jurídica é ela mesmo parte nos negócios jurídicos; e (iii) a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada²⁰⁵.

VII – A revogação do art. 20º Código Civil 1916 – que dispunha, no seu corpo: “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*” – poderia ser vista como uma fragilização da tese da pessoa jurídica como técnica de autonomização patrimonial.

²⁰² RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica...” cit., 93.

²⁰³ RODRIGO XAVIER LEONARDO, “O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica...” cit., 93-94.

²⁰⁴ FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil, I (Parte Geral)*, 4.ª ed., 2010, 247.

²⁰⁵ FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil, I*, 4.ª ed., cit., 248-249.

FÁBIO ULHOA COELHO ultrapassa a questão sustentando que o princípio da autonomia resulta da ponderação sistemática de diversas normas, pelo que o novo regime das pessoas jurídicas consagrado no Código Civil 2002 não colide com a construção proposta.

16. Reflexos no Projeto de Código Comercial (2013)

I – O entendimento dogmático ora documentado é aquele que subjaz a importantes passos normativos presentes no articulado do *Projeto de Código Comercial* (2013), correspondente ao Projeto de Lei do Senado n. 487/2013²⁰⁶.

No art. 11º do *Projeto* vem consagrado o princípio da autonomia patrimonial²⁰⁷:

Art. 11º

Pelo princípio da autonomia patrimonial, a sociedade é sujeito de direito diverso de seus sócios e, em consequência, estes respondem apenas pelas obrigações que este Código ou a lei expressamente lhes atribui.

Parágrafo único. Quando a lei atribui a sócio responsabilidade por obrigação da sociedade, esta tem sempre caráter subsidiário, pressupondo que o patrimônio social está prévia e completamente exaurido, e não podendo ultrapassar os limites previstos neste Código ou na lei.

A fundamentação da personificação das sociedades comerciais está assim associada à autonomia patrimonial: as sociedades são pessoas jurídicas por serem (e para serem) esferas patrimoniais autónomas.

II – À semelhança do que ocorreu no Código Civil 2002, quanto ao regime das pessoas jurídicas, também o Projeto de Código Comercial apresenta, no Relatório Final da Comissão, o regime proposto para *desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais* como uma das novidades mais significativas do *Projeto*²⁰⁸.

²⁰⁶ Para um levantamento temático crítico do Projeto de Código Comercial, veja-se AA.VV., *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial* (Fábio Uhoa Coelho/Tiago Asfor Rocha Lima/Marcelo Guedes Nunes), 2013.

²⁰⁷ Sobre enunciação de princípios no Projeto, veja-se a reflexão de FÁBIO ULHOA COELHO, “Os princípios do Direito comercial no Projeto de Código Comercial”, *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial* (Fábio Uhoa Coelho/Tiago Asfor Rocha Lima/Marcelo Guedes Nunes), 2013, 101-116.

²⁰⁸ Para uma ponderação crítica, veja-se JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA/ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica no Projeto do Novo Código Comercial”, *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial* (Fábio Uhoa Coelho/Tiago Asfor Rocha Lima/Marcelo Guedes Nunes), 2013, 313-326 e MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, “O Projeto de Novo Código Comercial e a desconsideração da

Em causa está o regime preconizado nos arts. 196º a 199º:

Art. 196º

Em caso de confusão patrimonial, desvio de finalidade, abuso da forma societária ou de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade, o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica própria desta, mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, quando intervier no feito, para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

§1º Será imputada responsabilidade exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

§2º Em caso de atuação conjunta na realização da irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a responsabilidade dos envolvidos será solidária.

§3º Na hipótese do parágrafo anterior, cada um dos responsabilizados responderá, em regresso, proporcionalmente à respectiva participação na irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Art. 197º

A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Art. 198º

A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, ou a outra sociedade, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, só pode ser determinada pelo juiz, para qualquer fim, em ação ou incidente próprio, depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 199º

Decretada a desconsideração da personalidade jurídica, deve ser incluído no processo o nome do sócio, administrador ou da pessoa, natural ou jurídica, a quem se imputar responsabilidade.

III – A relação entre o regime da desconsideração e o princípio da autonomia patrimonial é evidente. No Relatório Final, o regime é apresentado como um instrumento de aperfeiçoamento do princípio da autonomia patrimonial:

“(...) a teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa o aperfeiçoamento do instituto da autonomia patrimonial. Os sócios e administradores das pessoas jurídicas - entre as quais, as sociedades empresárias (comerciais) - devem responder por obrigações destas quando manipulam fraudulentamente a separação patrimonial, frustrando a aplicação da lei ou lesando direitos de credores.”²⁰⁹

E com efeito, o regime previsto no art. 196º a 199º do Projeto tem por única hipótese de aplicação a possibilidade de os sócios e administradores responderem pelas obrigações da sociedade.

Por outras palavras: o instituto da desconsideração da personalidade jurídica serve, no *Projeto de Código Comercial (2013)*, exclusivamente para obter o alargamento da garantia geral das obrigações sociais ao património dos sócios e/ou administradores.

É uma consequência direta do entendimento que reconduz a pessoa jurídica a uma técnica de segregação patrimonial.

§6º Sinopse

I – É tempo de concluir.

Em esparsas linhas procurámos delinear os traços mais impressionantes da dogmática da pessoa jurídica no Brasil, a partir da 1822. Numa ponderação global, destacaríamos quatro grandes períodos dogmáticos.

II – O primeiro período, coincidente com os primeiros lustros da independência, é marcado por uma recepção autónoma da pandectística e pelo génio jurídico de TEIXEIRA DE FREITAS.

²⁰⁹ Relatório Final, 19.

A tradição romano-canônica, herdada do Direito pátrio português, surge articulada com as principais tendências dominantes da ciência jurídica alemã, com especial relevo para a doutrina de SAVIGNY.

Todavia, a dogmática da pessoa jurídica surge *ab initio* eivada de elementos originais: pense-se, por exemplo, na rejeição veemente da doutrina da ficção ou na questão terminológica de TEIXEIRA DE FREITAS, verdadeiro repositório das principais questões doutrinárias coevas.

II – O segundo período coincide com o início da *República Velha* e prolonga-se até finais da primeira metade do séc. XX. Nele vemos surgir a primeira codificação civil brasileira e os primeiros desenvolvimentos doutrinários do Direito codificado.

O ambiente dogmático é marcado pela *prima via* do realismo, em particular, pelo organicismo de VON GIERKE, especialmente divulgado por CLÓVIS BEVILÁQUA.

III – Na segunda metade do séc. XX, o ambiente doutrinário sofre uma significativa alteração. O realismo orgânico é paulatinamente abandonado e cede passo às teses da *secunda via* do realismo. A autoridade de PONTES DE MIRANDA foi determinante nessa mudança de paradigma dogmático.

A doutrina brasileira continua o diálogo com as principais correntes doutrinárias da Europa continental, sobretudo com a escola do realismo italiano, discutindo os grandes temas da chamada jurisprudência analítica.

O institucionalismo de matriz francesa exerceu influência sobre alguns autores, mas dominou sobretudo o realismo técnico, ainda presente em muitas obras de referência.

IV – Por fim, chegamos ao período contemporâneo, iniciado nos últimos lustros do séc. XX. Ele é marcado por um certo tom negativista e por um agnosticismo dogmático que vem a desaguar numa funcionalização da pessoa jurídica.

O problema da desconsideração da personalidade jurídica tende a monopolizar o discurso científico e a reduzir – com algum confessado pragmatismo – a pessoa jurídica a uma técnica de segregação patrimonial.

A alteração das fontes, no que ao instituto da desconsideração diz respeito, foi rápida e, sobretudo, contraditória, o que reclama um esforço de reconstrução dogmática que está ainda por fazer.

Estamos – assim o cremos – diante de um novo desafio para ciência jurídica brasileira, onde se joga, também, o devir da própria ciência jurídica lusófona.

civilistica.com

Recebido em: 02.06.2016
Aprovado em:
22.06.2016 (1º parecer)
19.07.2016 (2º parecer)

Como citar: GONÇALVES, Diogo Costa. Contributo para o estudo da pessoa jurídica no direito civil brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/contributo-para-o-estudo-da-pessoa-juridica-no-direito-civil-brasileiro/>>. Data de acesso.