

## “SOCIETAS” COM RELEVÂNCIA EXTERNA E PERSONALIDADE JURÍDICA

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. Introdução. 2. O problema da relevância externa do vínculo societário no Direito Romano: a) *Societas* como forma organizativa da empresa coletiva em Roma; b) Exegese das fontes. 3. Aspectos comparatísticos.

### 1. INTRODUÇÃO

Certamente um dos objetivos principais de qualquer estudo comparatístico consiste em individuar, de maneira clara, os problemas jurídicos, independentemente das particularidades e dos conceitos específicos de cada ordenamento.<sup>1</sup>

Um estudo do tipo histórico-comparatístico, também chamado comparação vertical, faz mais. Não se contenta em abrir mão dos conceitos. Permite criticá-los. Ao evidenciar a aplicabilidade de certas soluções antigas a problemas que continuam a pôr-se nos ordenamentos atuais mas que hoje são resolvidos com base em conceitos desconhecidos pelos antigos, permite controlar a sua utilidade e capacidade explicativa. A comparação vertical, portanto, ao operar a síntese entre a atividade tendencialmente teorizante e sintética do jurista com a atividade eminentemente analítica do histórico, mostra-nos entre outras coisas, se a intermediação entre diversas *facti species* e determinada disciplina é corretamente realizada por um conceito. Principalmente quando a base da comparação é um sistema como o romano, não afeito às

teorizações e à criação de conceitos abstratos.

Estas considerações, talvez excessivamente teóricas, se tornam mais claras ao analisar-se o tema objeto do presente estudo, a pessoa jurídica. Em primeiro lugar, porque trata-se de um conceito inexistente no direito romano.<sup>2</sup> Em segundo, porque constitui objeto de forte crítica da própria doutrina atual, que põe em dúvida sua utilidade<sup>3</sup> ou seja, estão presentes os dois elementos para a comparação crítica acima referida: de um lado, um sistema de partida não afeito a conceitualizações abstratas e baseado em soluções casuísticas, de outro um sistema atual teorizado ao extremo e legatário de claríssimas influências não romanísticas.

Mas é necessário, logo de início, restringir o campo de estudo. Evidentemente, não se pode fazer uma pesquisa histórico comparatística, ela mesmo muito ampla, sobre um tema tão genérico como a personalidade jurídica. Concentrar-se-ão, portanto, as atenções em um campo específico de aplicação do conceito de pessoa jurídica, qual seja, as sociedades comerciais. E não por acaso. É exatamente aí que a referida crise se delinea mais grave.<sup>4</sup>

## 2. O PROBLEMA DA RELEVÂNCIA EXTERNA DO VÍNCULO SOCIETÁRIO NO DIREITO ROMANO

É clássica a lição de V. Arangio-Ruiz<sup>5</sup> sobre a irrelevância externa da *societas*, que teria como corolário o princípio *socii mei socius meus socius non est*.<sup>6</sup>

Apesar dessa afirmação genérica ter base textual, existem exemplos nas fontes de reconhecimento de diversos graus de relevância externa a certos negócios realizados pelos sócios.<sup>7</sup>

O que se procurará determinar é, primeiro, se esses exemplos são relacionáveis unicamente ao fenômeno societário. Em face do objeto específico deste estudo os exemplos serão escolhidos no campo empresarial e comercial. Feito isso, procurar-se-á determinar se das fontes se pode depreender uma tendência geral com relação à influência do vínculo societário sobre as relações externas do sócio em matéria comercial.<sup>8</sup>

### a) "Societas" como forma organizativa da empresa coletiva em Roma

Antes de entrar no tema específico do presente estudo e conseqüentemente na exegese das fontes propriamente dita é necessário fazer algumas considerações breves sobre uma recente tese surgida na doutrina romanística<sup>9</sup>. O problema é relevante porque as dúvidas levantadas incidem sobre um dos pressupostos principais desta pesquisa, qual seja, o de que a *societas* seja o principal instrumento organizativo do fenômeno emprenditorial coletivo em Roma antiga, e que seja portanto a forma organizativa a ser comparada com as soluções modernas.

O trabalho de Di Porto ao contrário, apesar de partir de um pressuposto não muito diverso,<sup>10</sup> chega a conclusões totalmente opostas. Na verdade o autor conclue que a solução *per servus*

*communis*<sup>11</sup> é qualitativamente melhor que a *societas* como instrumento organizativo da empresa coletiva. Quatro seriam as desvantagens da solução societária: a não relevância externa da *societas* como regra geral (apesar de o autor reconhecer as excessões acima referidas — nota 7), a não formação de um patrimônio emprenditorial separado, a responsabilidade ilimitada de todos os sócios, e a instabilidade do vínculo societário, ou seja a possibilidade de sua dissolução por morte ou *capitis diminutio* de um dos sócios.

Partindo de uma tal avaliação "qualitativa" o autor deduz a prevalência "quantitativa" da solução *per servus communis*.<sup>12</sup>

Tal conclusão é criticável. Em primeiro lugar, do ponto de vista metodológico: não parece, na verdade, historicamente muito exato deduzir uma superioridade quantitativa simplesmente de uma suposta superioridade qualitativa. Em segundo lugar, é muito duvidoso que em uma sociedade em que o escravo ocupa o último lugar na escala social,<sup>13</sup> a empresa seja organizada em torno de sua "capacidade organizativa e emprenditorial", enquanto o *dominus* aparece como um mero prestador de capital.<sup>14</sup>

Assim sendo, parece correto manter a hipótese inicial da *societas* como instrumento organizativo principal da empresa em Roma antiga. Mais precisamente, a *societas unius alicuius negotii*.<sup>15</sup>

### b) Exegese das fontes

Com respeito à formulação de uma teoria geral sobre a relevância externa da *societas*,<sup>16</sup> pode-se dizer que a doutrina romanística está dividida em duas correntes. A primeira, mais tradicional, é a de Arangio Ruiz, sustentando a inexistência de relevância externa da *societas* como regra geral.<sup>17</sup> A possibili-

dade de enunciação de tal regra geral derivaria da regra de D. 17, 2, 20 já referida, segundo a qual permanece estranho à sociedade o terceiro com quem um dos sócios firmou, por conta própria, outro contrato de sociedade.<sup>18</sup> Admitem-se duas exceções: a *societas publicanorum* e a *societas argentaria*. Fora destes dois casos “i rapporti che in qualunque modo si stringono fra uno o più dei soci e i terzi investono esclusivamente gli individui che partecipano all’atto”.<sup>19</sup>

A segunda corrente, liderada por Serrao, estende o número de exceções, incluindo entre elas também a *societas venaliciaria* e a *società di navigazione*, e tende à formulação de uma regra geral em sentido inverso, ao menos com relação à atividade empresarial.<sup>20</sup>

A exegese das fontes que se seguirá procurará individualizar, caso a caso, para as três *facti species* discutidas pela doutrina no campo privatístico (*societas argentaria*, *venaliciaria* e *di navigazione*) o tipo de realidade, comercial e negocial subjacente. Procurar-se-á então verificar se as regras especiais de repartição entre os sócios de obrigações e direitos com relação a terceiros, derivam efetivamente do vínculo societário ou devem ser relacionados ao tipo de negócio realizado pelos agentes. Para isso, seguindo o método tradicional da doutrina, levar-se-á em conta qualquer forma, por mais sutil ou indireta que seja, de “transferência intersubjetiva” de obrigações ou direitos entre os sócios.

### *Societas argentaria*

O problema da “relevância externa” da *societas argentaria* é tratado em especial em dois textos, um de retórica e outro jurídico.

O primeiro é o passo da *Rhetorica ad Herennium* 2,13,19: *Consuetudine ius est id, quod sine lege aequae ac si*

*legitimum sit usitatum est: quod genus id quod argentarium tuleris expensum, ab sociis eis recte petere possis.*

O segundo é o famoso fragmento de Paulo (L. 3 *ad edictum*) que trata do âmbito de aplicação do *pactum de non petendo*, transcrito em D. 2, 14, 23: *... sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt eod. 25 pr.: Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.*

De acordo com Arangio Ruiz estes dois passos representariam a afirmação retórica e jurídica da solidariedade ativa dos *argentarii socii* e conseqüentemente uma forma de reconhecimento da relevância externa deste tipo de sociedade.<sup>21</sup>

Não parece, no entanto, que qualquer dos textos dê sustentação a uma tal afirmação. No passo literário, o autor desconhecido, ao indicar um exemplo de princípio jurídico consuetudinário, argumenta com a solidariedade dos sócios, sem fazer referência à sua fonte. Se de um lado é certa a existência de um vínculo societário é de outro muito provável a presença de um contrato literal. Na verdade a expressão *id quod argentario tuleris expensum* é muito eloqüente em face de Gaio 3,129, que liga a formação do contrato literal a uma anotação feita pelo credor em seus livros a título de *expensum*.<sup>22</sup> A *societas* não é, conseqüentemente, o único fenômeno jurídico ao qual pode ser relacionada a solidariedade. A grande correspondência entre contrato literal e atividade dos *argentarii*,<sup>23</sup> se não é suficiente para afastar totalmente serve ao menos para por em dúvida a afirmada correspondência necessária entre existência do vínculo social e solidariedade.<sup>24</sup>

Para a correta exegese do outro passo, em virtude da inexistência de qual-

quer referência expressa ao tipo de negócio realizado, é necessário analisar mais profundamente a atividade desenvolvida pelos *argentarii*.

Atualmente não existem mais dúvidas na doutrina que a sua função econômica principal fosse a intermediação da venda de objetos de grande valor. Tem-se por certo que a introdução do *coactor argentarius* nas vendas em hasta relaciona-se à necessidade de encontrar um intermediário econômico entre o vendedor que não estava disposto a vender a crédito e o comprador que queria dilacionar o pagamento do preço.<sup>25</sup>

A referida intermediação pode ser reconstruída, do ponto de vista jurídico, como se segue: o *argentarius coactor* se obrigava em relação ao *venditor* a vender em hasta a sua mercadoria. O comprador, por outro lado, se obrigava perante o *argentário* a pagar-lhe o preço no prazo estabelecido entre eles. Discute-se em doutrina sobre a existência e a natureza do vínculo jurídico entre *dominus rei e emptor*.<sup>26</sup>

A este importante papel de intermediação negocial, que no mundo jurídico se desenvolve mediante contratos formais,<sup>27</sup> ligam-se dois grupos de regras. O primeiro, para proteção do *dominus*, impõe a solidariedade dos *argentarii* em relação a ele.<sup>28</sup> O segundo, a favor dos *argentarii*, lhes atribue privilégios em relação aos compradores. Este favor *argentarii* se traduz quer em regras que impõe a “transferência intersubjetiva” de direitos e obrigações (exatamente as regras nas quais se baseia parte da doutrina para sustentar a relevância externa da *societas argentaria*) como aquela, p. ex., de D. 2, 14, 25 quer em regras que a proíbem, como a de D. 2, 14, 27 sobre o *pacto de non petendo*. De qualquer forma é certo que não existe uma disciplina unitária das relações externas da *societas argenta-*

*ria*, e sua existência deveria necessariamente ser demonstrada caso se queira defender uma teoria por si só unificadora, como a que sustenta a “relevância externa” da *societas argentaria* no direito romano.

O tratamento casuístico da *societas argentaria* e de suas relações com terceiros fica ainda mais claro quando se observa outras atividades realizadas pelos *argentários*, que não a intermediação das vendas em hasta. Na verdade, se realmente a transferência de situações jurídicas entre os *argentários* fosse ligada a características específicas da *societas argentaria*, então deveria aplicar-se não apenas à sua atividade principal mas também a outros negócios realizados pelos *argentários*, como o mútuo.<sup>29</sup>

No entanto, nas fontes não se encontra qualquer regra especial em matéria de mútuo relacionada à atividade dos *argentarii*. Ulpiano in D. 12,1,13,2 invocando Papiniano, afirma que se um escravo em co-propriedade entre duas pessoas dá em mútuo uma certa soma, que estes têm em comunhão, cada um dos mutuantes adquire um crédito correspondente à metade da soma mutuada. A mesma regra, desta vez tratada como “princípio geral” é referida por Diocleciano em um escrito de 293 d.C.: C. 4, 2, 9: *Cum te in Gallia cum Syntropo certum auri pondus itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romae solveretur, precibus adseveras, aditus competens iudex, si duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum, alioquin quod dedisti solum restitui tibi iubebit.*

A expressão sublinhada constitui uma afirmação geral da inexistência de solidariedade no mútuo. Constituem exceções seguramente a *stipulatio (si*

*duos reos stipulanti*) e provavelmente na dação em mútuo (*vel re pro solido tibi quaesitam actionem*).<sup>30</sup> Isto não quer dizer que os *argentarii* não podiam gozar da solidariedade, que se podia estabelecer através de uma *stipulatio*, muito comum aliás em caso de mútuo.<sup>31</sup> Mas quer dizer, isso sim, que a solidariedade não pode ser relacionada *ipso iure* à *societas argentaria* mas sim a particulares exigências comerciais e negociais. Estas exigências poderiam muito bem estar ligadas ao “interesse público” existente na atividade realizada pelos *argentarii* nas hastas, que ali exerciam um verdadeiro monopólio, o que não ocorria no mútuo.

Esta análise leva sem dúvida a concordar com a conclusão de Bürge: “Bei dieser Sachlage kommen wir zum Schluss, dass die institutionelle Verfestigung der *societas argentaria* mehr einer modernen Betrachtungsweise zu verdanken ist und weniger auf eine römische Regelung des Angenterier-Gewerbes zurückgeht. Dass ist nicht verwunderlich, werden doch damit Lösungen angesprochen, die für ein modernes, zur Systematisierung und Generalisierung drängendes Verkehrsrecht unentbehrlich sind. Für die römischen Juristen, die eingebunden waren in ein an vorgegebenen Wirtschafts und Gesellschaftsstrukturen orientiertes Recht, drängte sich dieser Schritt nicht auf.”<sup>32</sup>

### *Societas venaliciaria* <sup>33</sup>

Em matéria de *societas venaliciaria* o texto fundamental é o de Paulo (*L. 2 ad edictum aediles curules*): D. 21, 1, 44,1: *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte*

*tere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.*<sup>34</sup>

A análise deste texto deve ser dividida em duas partes. Na primeira, relativa à *actio redibitoria*, se atribue “legitimidade passiva” ao sócio *cuius maior pars in venditione fuerit*, ou seja àquele que tinha a maior quota de participação na sociedade (o termo moderno “controlador” não é bem adaptável à *societas*, já que ter uma maior participação societária implicava em maior participação nos lucros e perdas mas não em especiais poderes de “gestão societária”, que cabia igual e indistintamente a todos os sócios). O texto, aplicável originalmente só a este, teria adquirido sua forma moderna a partir de criação jurisprudencial, que teria estendido a legitimidade a qualquer sócio que não tivesse uma quota inferior à do outro.<sup>34a</sup> Imediatamente depois esclarece-se a razão: *ne cogeretur emptor cum multis litigare*. O escopo é portanto de facilitar a propositura da *actio redibitoria* por parte dos compradores prejudicados.

Com relação à *actio empto*, por outro lado, o jurista estranhamente impõe a presença de todos os *socii*, ao mesmo tempo que faz entrever que se trata de um privilégio concedido ao *emptor*. Nenhuma outra pode ser a conclusão a ser tirada do trecho “*nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est*”. Ora, se a referida regra constitui um privilégio, não é admissível que todos os *venaliciarii* tenham participado da compra e venda. Em tal caso a parcialidade da obrigação constituiria a regra e não exigiria nenhuma disposição especial para impô-la. Lembra portanto mais provável que apenas um dos *venaliciarii*, como sus-

tenta Serrao, tivesse estado presente ao ato.<sup>35</sup>

Se, portanto, do ponto de vista exe-gético compartilham-se as conclusões de Serrao, parece mais difícil fazer o mesmo quanto à teoria e aos institutos jurídicos que o autor invoca para explicá-las. Tratam-se dos conceitos, ambos modernos, de “representação direta” e “relevância externa da sociedade”.<sup>36</sup>

Dois tipos de críticas podem opor-se a este tipo de argumentação. A primeira, metodológica, leva a duvidar da possibilidade de utilização de tais conceitos. Um exemplo a contrario ajuda a esclarecê-la: a expressão *commune videantur agere* da qual o autor se utiliza para demonstrar que os *venaliciarii* não estavam todos presentes ao ato, pode ser vista em uma ótica totalmente diferente. Poder-se-ia argumentar, invocando inclusive a utilização da forma passiva *videantur*, que a existência de uma sociedade aludida no texto seja apenas uma forma de presunção de negociação comum (esta sim base para a aplicação da disciplina) e que portanto a mesma normativa dever-se-ia aplicar nos casos em que houvesse uma aparência de negociação comum, mesmo inexistindo vínculo societário.

Em ambos os casos pode-se aceitar a argumentação só do ponto de vista jurídico, mas não do ponto de vista histórico-sistemático. Isto é, as fontes não contêm elementos suficientes para construções tão abstratas e genéricas e baseadas em conceitos modernos, inexistentes em direito romano, como *representação direta* e *aparência*.

Existem também razões jurídicas para não se aceitar tal teoria. É muito duvidoso que os juristas romanos tenham reconhecido uma “representação direta” que ora é parcial (no caso da *actio redibitoria*) ora é total (no caso da *actio emptio*), que ora os represen-

tados são apenas alguns dos sócios, ora são todos. O mesmo se pode dizer em relação a uma “relevância externa” que ora se exprime em termos de responsabilidade solidária ora em termos de responsabilidade parcial. Parece evidente, portanto, a inadaptabilidade de abstrações modernas unificadoras à maneira casuística de raciocinar do jurista romano.

### *Società di navigazione*

Aqui, o texto principal é D. 14,1,4, pr. (Ulpiano, L. 29 *ad edictum*): *Si tamen plures per se navem exerçant, pro portionibus exercitationis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur*.

Para compreender perfeitamente o significado do texto deve-se levar em conta outros dois textos que respectivamente o precediam e o seguiam no comentário ulpiniano ao edito, quais sejam, D. 14,1,1,25 e D. 14,1,4,1,<sup>37</sup> que tratam de casos normais de *actio exercitoria*. O primeiro trata da responsabilidade dos sócios pela atuação de um *magister* estranho à sociedade e o segundo da responsabilidade pela atuação de um *magister* escolhido entre os sócios.

A questão que se põe é a mesma que se coloca em relação à *societas venaliciaria*, ou seja se é ou não necessária a presença de todos os sócios ao ato.<sup>38</sup> Também os argumentos invocados são mais ou menos os mesmos: autores como Serrao e De Martino que defendem a facultatividade da presença dos sócios, ressaltam a incompatibilidade do uso da expressão *magister videntur* com a presença de todos os sócios ao ato. Logo, as restrições são mais ou menos as mesmas. Na verdade o mesmo rigor lógico que leva esses autores a considerar incoerente que sócios presentes ao ato se considerem *magistri* de si mes-

mos, admite uma “representação parcial” entre os sócios, que faz passar a responsabilidade de cada um de parcial a solidária, e que os torna, nada mais nada menos, que “*magistri parciais*” uns dos outros.

Não se deve esquecer, além disso, que admitidas as conclusões de Serrao, parece difícil justificar a existência de D. 14,1,4,1. Na verdade se Ulpiano, no final do *caput* do fragmento 4 se refere a negócios realizados por um dos sócios, o parágrafo 1 constitui nada mais que um caso particular de *invicem sui magister videntur*, no qual se procede a nomeação formal do *magister*. Ora, esta diferença que se pode dizer formal (porquê não introduz diferenças entre as duas disciplinas) em relação à nomeação do *magister*, não parece ser suficiente para justificar a existência de uma disposição especial (a do parágrafo 1), principalmente quando se nota que é introduzida pela conjunção disjuntiva *sed*, que indica uma contraposição e não uma complementariedade entre as duas *facti species*.

No entanto, o problema maior, aqui como nos outros casos não está em determinar se existem ou não exceções em certos casos ao princípio geral da irrelevância externa da *societas*. O problema maior é a tentativa de explicar e teorizar estas exceções com base em princípios modernos. Com relação à *società di navigazione*, isto parece ser destacado, indiretamente, mas de maneira particular, pelo artigo de Sanfilippo.<sup>39</sup> O que mais interessa neste trabalho é a demonstração que a *facti specie* de D. 14,1,4,1 pode claramente prescindir da noção de *societas*. Ainda que, como demonstrado por Serrao<sup>40</sup> esta afirmação permaneça em um plano meramente teórico, porque muito provavelmente também neste caso existe um vínculo societário. Mas o simples fato de prescindir-se da noção de *socie-*

*tas* faz pensar que, para os romanos, a derrogação dos princípios gerais de responsabilidade esteja ligada a uma especial realidade negocial e que não é possível o agrupamento destas *facti species* em torno de certos conceitos de derivação moderna.

### Considerações conclusivas

As considerações feitas até aqui demonstraram a dificuldade que existe em reunir os vários fenômenos de solidariedade ou de mudança de qualquer gênero das regras normais de responsabilidade sob certos conceitos atuais. Procurou-se evidenciar a relação existente entre estas regras excepcionais e os contratos concluídos pelos agentes. Se este procedimento levou a resultados bastante significativos no que toca a *societas argentaria*, para a qual foi possível evidenciar as diferenças de disciplina entre as várias atividades desenvolvidas (*coactor* e mutuante), o mesmo não foi possível para a *societas venaliciaria* e a *società di navigazione*. Isto porque ambas constituem *societas unius alicuius negotii* “*stricto sensu*” ou seja desenvolvem efetivamente apenas uma atividade.

De qualquer forma, mesmo nestes casos, pode-se dizer que a ausência em muitos casos de referência expressa à *societas*<sup>41</sup> quando as fontes tratam das relações dos sócios com terceiros, não pode ser tida como casual e indica que, para os romanos, muito provavelmente, nem mesmo nestes casos, a existência de um vínculo societário tivesse por si só qualquer influência nas relações dos sócios com terceiros. Tais observações se não permitem negar a existência de exceções a esta regra, permitem criticar o emprego de abstrações modernas, que levam a uma visão unitária do fenômeno societário e das relações dos sócios com terceiros, visão esta desconhecida pelos romanos.

Por outro lado, a recusa dos romanos em considerar a *societas* um “centro de imputação de direitos e deveres”,<sup>42</sup> parece indicativo da concepção restritiva que os romanos tinham destes “centros” no campo privatístico.

### 3. ASPECTOS COMPARATÍSTICOS

Neste último capítulo procurar-se-á explicar a passagem de uma concepção muito restritiva de “centros de imputação de direitos e deveres”, como é a romana, que entre eles não inclui a *societas* a uma concepção como a moderna, constantemente aberta a novos sujeitos de direito no campo empresarial, cada vez mais organizados através da forma societária.<sup>43</sup> Os limites desta pesquisa não permitem, obviamente, um estudo profundo de todas as influências, muitas delas provenientes da *Common Law*, que contribuíram para a construção dos conceitos modernos de sociedade e personalidade jurídica. O que se quer aqui é tão-somente fazer uma rápida análise de certos momentos importantes da evolução histórica do conceito de pessoa jurídica, para ver em que medida a elaboração e o desenvolvimento deste conceito contribuíram para a ampliação do reconhecimento de “centros de imputação de direitos e deveres” no campo negocial.

Primeiramente devem-se ainda fazer duas observações sobre o direito romano. Em primeiro lugar, ressaltar a total inexistência de um conceito de pessoa dissociável da noção de *homo*.<sup>44</sup> Concretidade e indissociação chegam a um ponto tal que parte da doutrina suspeita da efetiva tecnicidade do termo *persona*.<sup>45</sup> Por outro lado, espera-se ter demonstrado que a concepção dos romanos de “centro de imputação de direitos e deveres” é restritiva, em particular quando estão em jogo interesses privados, como ocorria com os tipos societários aqui analisados.

Do ponto de vista da comparação vertical, ou seja, do ponto de vista histórico comparatístico, constatações deste gênero criam certos problemas e resolvem outros.

Criam problemas não porque impossibilitam a uma comparação baseada em conceitos. Este tipo de comparação, como demonstrado no início, leva sempre a resultados insatisfatórios. Cria problemas na medida em que impede até mesmo uma comparação baseada em soluções práticas. No campo das sociedades comerciais não é possível fazer uma comparação do tipo da feita por Orestano para as “pessoas jurídicas de direito público” (usa-se a terminologia moderna apenas para permitir uma melhor compreensão do sistema romano, na realidade muito mais complexo), porque no campo privatístico não existem nem mesmo, como se viu, “situazioni in cui si realizzavano scopi analoghi a quelli modernamente conseguiti mediante lo schema della personalità giuridica, comunque intesa”.<sup>46</sup>

Resolvem problemas na medida em que permitem uma comparação por contraste. Observando a experiência romana, na qual à concepção restritiva de “centros de imputação de direitos e deveres” corresponde a inexistência do conceito de personalidade jurídica, pode-se, raciocinando *a contrario*, concluir que talvez a construção abstrata do conceito de pessoa jurídica tenha fornecido bases teóricas para a criação de novos e artificiais sujeitos de direito.

O estudo da evolução posterior (medieval e moderna) do conceito de *persona* parece confirmar esta hipótese. A “evolução” no sentido da abstração é clara. Na época medieval, dos glossadores e comentadores, ainda bastante influenciados pelos preceitos romanos, o que se tenta fazer é reduzir as várias formas de *corpora e universitates* à noção de *persona*, que continua a ser

entendida como o homem. É somente com o humanismo que começa a dissociação entre os dois conceitos (*homo e persona*). A estrada inicial foi, no entanto, o estudo do *homo* e de sua condição jurídica no direito romano. Assim é que Connan afirma que depois da introdução da escravatura, à liberdade como faculdade natural se contrapõe a liberdade como condição jurídica. Seu discípulo Donneau, trabalhando na mesma linha de diferenças entre faculdades naturais e atribuições do ordenamento, abre o caminho para a concepção da personalidade jurídica como atribuição do ordenamento, ao ressaltar o nexo causal que existe entre a *condictio personae* e o seu tratamento jurídico no direito romano. Mas é apenas com Pufendorf que se elaborará o primeiro conceito unitário na matéria, o de *persona moralis*, “destinato a riunire sotto una sola nozione generale le *personae simplices*, cioè i singoli uomini in relazione al loro stato “morale” (inteso come la posizione che essi possono avere in una società), e le *personae compositae*, cioè le varie forme di raggruppamenti che possono esistere nel concreto storico, anch’esse da considerarsi come “enti morali”.<sup>47</sup>

Em uma fase sucessiva, com o iusnaturalismo, se cogita pela primeira vez de algo que se pode definir como “problema das pessoas jurídicas”. Isto porque um sistema como o iusnaturalista que se constrói em torno da noção de subjetividade jurídica, entendida como qualidade intrínseca do homem, deve pôr-se necessariamente o problema de como justificar a existência de sujeitos de direito diferentes do homem. Duas e não mais eram as possíveis soluções: o manter a tese que o homem, enquanto ser dotado de vontade, era o único sujeito de direito com existência real, considerando conseqüentemente artificiais todos os outros “sujeitos”; ou

então tentar demonstrar que outros possíveis “sujeitos” eram também dotados de existência e vontade reais. Não é, portanto, casual que a pandectística alemã do século XIX, ao formular a teoria da pessoa jurídica, tenha seguido estes dois filões, consubstanciados respectivamente na teoria da ficção e na teoria da realidade. Não é casual tão pouco que exatamente nesta época a locução pessoa jurídica seja empregada pela primeira vez.<sup>48</sup>

Mas o conceito de pessoa jurídica foi ainda objeto de outra abstração. No campo privatístico, que no momento nos interessa, aparecem na segunda metade do século XIX as chamadas doutrinas objetivistas. Estas doutrinas, que constituem uma reação à excessiva centralização da reflexão jurídica em torno do indivíduo, característica do período precedente, defendem um deslocamento de perspectiva: do homem à sociedade, do indivíduo ao Estado. Tais preocupações se traduzem, no entanto, em uma super-avaliação da lei e do legislador, em prejuízo do indivíduo. É o caso da concepção normativista de Kelsen e institucionalista de Santi Romano. A influência deste tipo de concepção na problemática da pessoa jurídica é evidenciada por Orestano: “Mentre in precedenza si era cercato di muovere dalla definizione di persona giuridica considerando l’idoneità ad essere titolare di diritti soggettivi una conseguenza dell’essere la persona soggetto di diritto, questi nuovi orientamenti portano a capovolgere il procedimento. Man mano infatti che il diritto soggettivo cessava di apparire una “potestà di volere”, intesa come qualità inata del soggetto, e veniva ricondotto ad una conseguenza o ad un riflesso del diritto oggettivo, si fece strada il presupposto che “saputo cosa sia il diritto soggettivo” si sarebbe saputo “cos’è il soggetto di diritto e quindi la

persona jurídica". Dopo di che molte delle nuove dottrine, pur resolvendo in vario modo la problematica del diritto soggettivo, presentano il tratto comune di affermare che è la stessa idoneità ad essere titolare di diritti soggettivi a determinare l'essere soggetto di diritto e persona giuridica, o addirittura che la nozione di diritto soggettivo è un *prius* logico nei confronti dei concetti di capacità di diritto e di personalità." 49

Com esta última passagem alcança-se o ponto máximo da abstração. A noção de pessoa, que primeiramente tinha se separado da noção de homem para identificar-se com a de sujeito de direito, através do acréscimo de um adjetivo: "pessoa jurídica", separa-se sucessivamente do próprio conceito de "direito subjetivo", do qual se originara. Fica conseqüentemente livre o caminho para construções eminentemente normativísticas da personalidade jurídica, que a consideram um conceito meramente instrumental, isto é a forma de expressão de uma determinada disciplina. Derivando o direito subjetivo de uma atribuição legislativa, torna-se um pressuposto, um *prius* lógico e não uma conseqüência da personalidade jurídica. O problema da personalidade jurídica transforma-se assim em um problema quantitativo e não qualitativo, ou seja entre os vários sujeitos de direito reconhecidos no ordenamento é pessoa jurídica aquele ao qual o legislador atribui uma especial disciplina. 50

Não é por acaso que a partir da afirmação da instrumentalidade da pessoa jurídica afirmem-se na doutrina, principalmente a comercialista, opiniões no sentido da inutilidade deste conceito. Na verdade é o próprio Ascarelli que, criticando a teoria institucionalista da sociedade afirma: "Tale dottrina, a sua volta, sopravvaluta, a mio avviso, il valore della personalità giuridica, come si rileva dalla circostanza che essa è

costretta a marcare una profonda linea di distinzione fra le società che sono e quelle che non sono persone giuridiche. In realtà tale distinzione, per quanto molto rilevante, non può assumere un tale valore. Lo dimostra il fatto che, nel diritto comparato e nella storia del diritto, il riconoscimento della personalità giuridica delle società commerciali non assume un tale significato: le società di persone, alle quali in Germania si nega la personalità giuridica, sono persone giuridiche nella concezione francese e in quella italiana del codice del 1882 (non più in quella del codice del 1942, di influenza tedesca), le società civili sono anch'esse riconosciute come persone giuridiche nel diritto francese, brasiliano, messicano, mentre si nega la loro personalità giuridica nella dottrina italiana prevalente sotto il codice del 1865 (non più sotto il codice del 1942)". 51

Neste tipo de opinião nota-se a preocupação com a diversidade entre as várias disciplinas, que como acima referido (nota 4) levou à não utilização do conceito de personalidade jurídica na Convenção de Bruxelas de 1968.

Na doutrina comercialista atual estas opiniões se tornam cada vez mais difusas. Pode-se dizer inclusive que atualmente a personalidade jurídica não é mais objeto central de interesse para a doutrina comercialista. 52

Não parece errado, conseqüentemente, concluir afirmando que o processo de abstração do conceito de pessoa jurídica, que permitiu a extensão da sua aplicação a um número sempre maior de situações jurídicas, acabou paradoxalmente levando ao esvaziamento do conceito e à redução de sua utilidade. Daí a atualidade e utilidade do estudo da experiência romana e de sua visão restritiva e sempre ligada ao "interesse público" dos "centros de imputação de direitos e deveres".

## NOTAS

1. Na verdade, a doutrina é unânime ao advertir sobre o perigo da utilização de conceitos na comparação, que podem ter significados e efeitos diferentes nos diversos ordenamentos — cf. Zweigert-Kötz, *Introduction to Comparative Law*, v. I, Oxford, 1987, pp. 31 e ss.

2. “Infatti un’indagine rivolta a cercare nel diritto romano le “persone giuridiche” o i “soggetti di diritto” diversi dall’uomo potrebbe condurre ad un risultato negativo, inutile e scontato in partenza. Inutile, perchè in sè non ci direbbe nulla sulle nozioni con le quali invece i romani hanno operato, scontato in partenza, perchè non vi è dubbio che l’impiego della nozione di “persona” in questo campo ha inizio essenzialmente dal medio evo e che la nozione di “persona giuridica” si è formata solo in correlazione a quella di “soggetto di diritto” nelle concezioni soggettivistiche di cui abbiamo visto le vicende, tutte recenti”, cf. Orestano, *Il “problema delle persone giuridiche” in diritto romano*, Torino, 1968, p. 79.

3. Assim é que se fala de “crise da personalidade jurídica”, cf. Corrêa de Oliveira, *A dupla crise da pessoa jurídica*, São Paulo, 1979, ou então da pessoa jurídica como problema lingüístico — cf. D’Alessandro, “Persone giuridiche e analisi del linguaggio”, in *Studi Ascarelli*, Milano, 1963, p. 92

4. Crise que não é apenas teórica mas também prática, revelada sobretudo pelas profundas diferenças entre as legislações em relação à personalidade jurídica das sociedades comerciais. Estas diferenças levaram recente projeto para o recíproco reconhecimento das sociedades comerciais a renunciar ao conceito de pessoa jurídica como elemento base para o reconhecimento. Trata-se da Convenção de Bruxelas de 1968, que em seu art. 8 exclui expressamente a personalidade jurídica dos requisitos indispensáveis para o reconhecimento e consequentemente para atribuição de “subjetividade jurídica” às sociedades comerciais.

5. *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 78 e ss.

6. D. 17, 2, 20 (Ulpiano, L.31 *ad edictum*).

7. Cf. para a *societas argentaria* o próprio Arangio Ruiz, ob. cit., pp. 82 e ss, para a *societas venaliciaria* e para a “società di navigazione”, Serrão, “Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano”, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, pp. 743 e ss.

8. Aqui aparece novamente o problema da transposição de conceitos, mas é necessário destacar que não se defende a existência de um “direito comercial romano” como ramo separado do direito. O comércio, como tráfico organizado, está sujeito às mesmas normas às quais está sujeito, em geral, o escambo de bens. Não se quer, tampouco empregar a noção mais ampla de “direito comercial romano” de Bretonne, ou seja “un complesso normativo sorto per i bisogni del traffico nell’area mediterranea, non applicabile solo ai mercanti, ma utilizzato principalmente da loro, aperto ai cittadini e agli stranieri e libero dai vincoli formalistici del diritto civile”, in *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, pp. 127, 128. A referência é feita apenas a determinados institutos do direito civil, como a *societas, unius alicuius negotii*, claramente originados de necessidades comerciais, o que permite chamá-los, para efeitos comparatísticos, “institutos comerciais” — cf. Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913, p. 60, nota 72.

9. Trata-se da obra de Di Porto, *Impresa collettiva e “schiavo managem” in Roma antica* (II sec. a.C. — II sec.d.C.), Milano, 1984.

10. Di Porto, ob. cit., p. 18.

11. Esta solução consiste em linhas gerais, na forma que aqui nos interessa, no emprego do escravo na gestão de uma parte do patrimônio do *dominus*, separado e destinado à realização de uma certa atividade.

12. Di Porto, ob. cit., pp. 382 e 383.

13. Trata-se de uma constatação sociológica e não jurídica, já que desse último ponto de vista se afirma mais e mais entre os romanistas a concepção do escravo como “sujeito de direito” — cf. sobre o assunto, com ampla referência bibliográfica Catalano, *Diritto e persone, Studi sull’origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, p. 168.

14. “Der servus communis ist, wo wir ihn beobachten können, ein Investitionsgut, dessen Arbeitskraft, nicht aber dessen Innovations —, Organisations — und Führungstalent als Manager interessiert. Bei Plautus ist es kostensparend-die gemeinsame Maitresse (Plaut. Merc. 449 ff.), bei Cicero der hoch kotierte Schauspieler Panurgus (Cic.Q.Rosc. 27 ff.). Wohnt man unter dem gleichen Dach, so schafft man sich gelegentlich einen gemeinsamen Haussklaven (verna) an (CIL 6, 23846), der in solchen Verhältnissen keineswegs den unternehmerischen Impetus entwickelt, sondern — wie bei Goldoni — dem Herrn dient, der gerade anwesend ist.

(Sen. contr. 7,4(19)4). Im arretinischen Siggiltagewerbe, über dessen Personenkreis wir recht gut orientiert sind, treten die wenigen *servi communes ebenfalls* nicht als Unternehmende Manager auf. Vielmehr sind sie vermutlich teure Spezialisten, die ihres stolzen Preises wegen gemeinsam erworben wurden. Dass *servi communes* in leitender Funktion in *ager Cosanus* tätig waren, wagt selbst Di Porto nicht zu behaupten (*Impresa Colletiva e "Schiavo Manager"* besprochen von Alfons Bürge in *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 105.860).

15. Gaio 3,148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum* onde é claro (sobretudo pela referência à atividade desenvolvida pela *societas venaliciaria*) que "si pensava soprattutto a determinate attività industriali o commerciali assai complesse, con tutte le operazioni giuridico-economiche che vi si collegavano" — cf. Arangio Ruiz, ob. cit., p. 141.

16. Formulação essa por si só criticável, pois em desacordo com o método de operar típico do jurista romano.

17. Cf. ob. cit., pp. 78 e ss.

18. Arangio Ruiz, ob. cit., p. 92.

19. Arangio Ruiz, ob. cit., p. 84.

20. Serrão, ob. cit., pp. 763 e ss.

21. Arangio Ruiz, ob. cit., pp. 82 e s.

22. Cf. Sacconi, *Studi sulle obbligazioni solidali dal contratto in diritto romano*, Milano, 1973, pp. 55 e 56.

23. Cfr. Lenel, *Das Sabinussystem*, Strasbourg, 1892, p. 78: "So viel aber leuchtet ein, dass eine eingehende Erörterung des Litteralcontracts fast mit Notwendigkeit auf die *argentarii* führen musste, in deren Geschäftskreis der Litteralcontract zwar nicht ausschliesslich vorkam, aber ganz gewiss die dominierende Rolle spielte". No mesmo sentido Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im Klassischen römischen Recht*, Band 1, Berlin, 1964, p. 383.

24. Cfr. Bürge, *Römisches Bankwesen in Zeitschrift der Savigny Stiftung* 104.465.

25. Cfr. Bürge, ob. ult. cit., p. 523.

26. Discute-se, portanto, sobre quem aparecia na hasta como vendedor, se o argentário ou o proprietário da mercadoria — sobre o assunto cf. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, pp. 115 e ss.

27. A referência é feita a contratos formais em geral porque, se com relação ao vínculo *dominus rei-coactor* o passo da *Rhetorica ad Herenium* 2, 13, 19 faz pensar em contratos literais, é preciso notar, por outro lado, que o único passo do Digesto que trata

da ação do *dominus rei* contra o argentário D.46,3,88 se refere à *actio ex stipulatu* — cf. Talamanca, ob. cit., p. 143.

28. Solidariedade que neste caso parece decorrer efetivamente do contrato literal firmado pelos dois *argentarii*, como demonstra D.4,8,34 pr, com a referência expressa a *duo argentarii quorum nomina similia eunt*.

29. A atividade dos argentários assemelhava-se portanto à de verdadeiros banqueiros da antiguidade, daí aliás, a sua denominação — cf. Bürge, ob. cit., pp. 526 e ss. e 555.

30. Diz-se provavelmente porque o texto é suspeito de interpolação. Para as várias teorias sobre o assunto cf. Sacconi, ob. cit., pp. 74 e ss., com referências bibliográficas.

31. Cf. Kaser, "Mutuum und Stipulatio", in *Kaser Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, p. 274.

32. Cf. Bürge, ob. cit., p. 527.

33. Trata-se da sociedade de mercados de escravos.

34. Sobre este passo cf. Arangio Ruiz, ob. cit., p. 91 e Serrão, ob. cit., pp. 749 e ss., com teses opostas.

34a. Arangio Ruiz, ob. cit., p. 143.

35. Cf. Serrão, ob. cit., pp. 751 e ss.

36. Cf. Serrão, ob. loc. cit.

37. Cf. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Ulpianus, nr. 820.

38. Afirma a necessidade da presença de todos ao ato Arangio Ruiz, ob. cit., p. 90, nega-a De Martino, *Exercitor in Novissimo Digesto Italiano*, p. 1.092 e Serrão, ob. cit., pp. 752 e ss.

39. Iura, II, 1951, p. 159 e ss.

40. Cf. ob. cit., pp. 756 e ss.

41. Ainda que, como demonstrado por Serrão, ob. loc. cit., subsista, com toda probabilidade o vínculo societário.

42. Usa-se aqui, pela primeira vez a nomenclatura utilizada por Orestano, ob. cit., p. 88, para permitir a comparação entre pessoas jurídicas "atuais" e as soluções encontradas pelos romanos para problemas semelhantes.

43. Exemplo eloqüente desta tendência é a recente Décima Segunda Diretiva da C.E.E. de 30.12.89 (Diretiva 89/667) que prevê o reconhecimento, até 1992 (art. 8) por parte de todos os estados membros, da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada (art. 1) como meio de incentivo ao empresário individual. Constata-se, portanto, o abandono da tradicional concepção contratualística das sociedades (o que não constituiria nenhuma novidade, caso se tratasse de macro empresa, mas sem dúvida o é para a pequena) em favor de uma melhor organização da empresa.

44. Cf. Catalano, ob. cit., p. 169 e Elia-chevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, pp. 1 e ss.

45. Cf. Orestano, ob. cit., p. 7, contra Catalano, ob. loc. cit.

46. Orestano, ob. cit., p. 88.

47. Orestano, ob. cit., p. 15.

48. Heise, *Grundriss eines Systems des Gemeine Civilrechts zum Behuf von Peandecten*, Vorlesungen, Heidelberg, 1819, I, § 98, n. 15, 25, onde o termo é empregado no sentido de tudo aquilo que "ausser der einzelnen Menschen" é reconhecido como sujeito de direito.

49. Cf. ob. cit., p. 45.

50. Cf. a respeito Ascarelli, "Considerazioni in tema di società e personalità giuridica", in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, I, Milano, 1955, pp. 21 e ss., e especialmente G. Arangio Ruiz, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, 1952, p. 18, que de um ponto de vista fortemente normativístico afirma: "Questa peculiarità della persona giuridica rispetto alla persona fisica, che si riassumerebbe nel fatto che la realtà sociale non è tutto ai fini dell'individuazione dell'ente, non è però la sola nè l'essenziale caratteristica del fenomeno. L'azione del diritto sulla realtà sottostante all'ente morale determina anche un'altra peculiarità, che in certo senso consegue logicamente dalla prima, ma assume un significato ancora più penetrante agli effetti dell'individuazione dell'ente. Questa conseguenza ulteriore — conseguenza di cui la dottrina non si rende conto — è che il

centro di imputazione corrispondente alla persona giuridica non si può più identificare con la realtà sottostante stessa quale storicamente si presenta in un dato momento. Il centro di imputazione s'identifica invece con la realtà sottostante quale deve essere secondo la qualificação che ne dà il diritto e consequentemente con la qualificação giuridica stessa".

51. Cf. "Il contrato plurilateral", in *Studi in tema di contrato*, Milano, 1952, pp. 103 e ss.

52. A ponto de levar Angelici ("Recenti decisioni in tema di interesse sociale e personalità giuridica", in *Giurisprudenza Commerciale*, 1977, I, p. 948) a considerar a discussão terminada para os comercialistas já a partir da metade dos anos 60, com a publicação dos trabalhos de Galgano e D'Alessandro (respectivamente "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", in *Rivista di Diritto Civile*, 1965, I e "Persone giuridiche e analisi del linguaggio", in *Studi Ascarelli*, Milano, 1963, p. 92), não podendo mais a personalidade jurídica representar "una premessa per il discorso operativo del giurista". Angelici acrescenta, esclarecendo os motivos das reservas da doutrina em relação a este conceito, como atualmente utilizado: "Anche quando non la si ritenga un mero schema "ideologico" volto a "mistificare" gli interessi tutelati nell'ordinamento, pare comunque indubbio che essa di per sé non consente di individuare con certezza il singolo risultato applicativo".