

A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO DIREITO ROMANO TARDIO E SEU PAPEL NA GÊNESE DA PESSOA JURÍDICA

ALOÍSIO SURGIK

*Professor Titular aposentado de Direito Romano da UFPR,
Professor de História do Direito da UTP,
Professor de Direito Romano da PUCPR, da FDC
e da UnC/Campus de Mafra-SC. Doutor em Direito pela USP
Curitiba — BRASIL*

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas cruciais atualmente, do ponto de vista histórico, sem que, todavia, esteja a receber, ao que parece, a devida atenção no mundo jurídico, é certamente o da pessoa jurídica e de suas graves implicações na crise do direito contemporâneo.

Algumas contribuições, entretanto, merecem especial reconhecimento. Entre elas, as interessantes elucidações que têm surgido, de algum tempo para cá, relacionadas com a prática dos testamentos no direito romano tardio, que poderíamos talvez chamar de pós-clássico tardio.

O objetivo do presente trabalho é a análise deste aspecto da historiografia do direito romano, levando-se em conta a curiosa ligação que se pode estabelecer entre tais testamentos e a gênese da pessoa jurídica, uma vez que o direito romano clássico desconheceu a pessoa jurídica.

No decorrer desta análise, vêm a propósito algumas considerações críticas acerca dos desdobramentos históricos, a partir da chamada *persona ficta*, passando posteriormente a outras denominações, até chegarmos à pessoa jurídica na figura do Estado, este monstro Leviatã, sob cuja sombra e proteção,

todavia, proliferam atualmente discutíveis formas de entidades abstratas, até mesmo as chamadas sociedades anônimas, que, literalmente no anonimato, por isso mesmo, parecem desfrutar de uma espécie de imunidade, não obstante acobertarem muitas vezes as mais graves distorções jurídicas, obviamente em prejuízo da própria sociedade.

2. FONTES ROMANAS EM GERAL

Como fontes de conhecimento do direito hereditário romano em geral, podemos destacar, entre outras, as seguintes:

a) Direito pré-justinianeu

Gai institutiones, do Livro II, parágrafo 97, ao Livro III, parágrafo 87 (*Epitome*, II, 2-8).

Papiniani responsorum fragmenta, Livro V, 2-6.

Ulpiani liber singularis regularum, Títulos XV, XVIII, XX, XXIX.

Pauli libri quinque sententiarum ad filium, Livro I, Títulos 13-b e 18; Livro III, Título 1.º, Livro IV, Títulos 1-11.

Modestini fragmenta ex lib. III, reg. Tit. de bonis libertorum et de testamentis.

— *De iure fisci fragmenta*.

— *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, Título XVII.

— *Consultatio ueteris cuiusdam iurisconsulti*, Título II, 7; VI, 5, 7, 8, 9, 12, 18 e 19.

Codex Gregorianus (segundo o Breviário de Alarico), II, Título 4, III, 5, 8; XIII, 14, mais as integrações de Krueger, II, 17.

Codex Hermogenianus, Título II.

Codex Theodosianus, II, 19-22, 24; IX, 1, 4, 21; V, 1-4; X, 8.

Nouellae posttheodosianae: Theodosii II — Títulos 16-22 — *Valentiniani III*, Títulos 3, 20, 24 — *Martiniani*, Título 5 — *Maiorani*, Título 6 — *Seueri*, Título 1 — *Antemii*, Título 3.

b) Leis romanas dos bárbaros

Edictum Theodorici, 23, 33-72.

Lex Romana Burgundiorum, 10, 28, 45.

Legis Romanae Visigothorum appendix I, 3-15; 17-19; 25; *appendix II*, 15.

c) Direito justinianeu

Institutiones, II, 6, 10-25; III, 1-9.

Digesto, V, 2-6; X, 2; XXVIII-XXXV, XLIII, 2-3.

Codex, III, 28-31, 36; VI, 9-50, VIII, 2-3.

Nouellae, 2 (cap. 3), 5 (cap. 5), 12, 18, 22 (c. 22), 26, 46-48, 56 (c. 6), 73 (c. 9), 74, 76, 84, 87, 89 (c. 4-6, 12, 13-15), 90, 92, 97 (c. 5), 101, 107, (c. 3-5), 117, 118, 119, 123, 127, 131 (c. 9-12), 158, 164.

3. TESTAMENTOS ECLESIAÍSTICOS

Conforme já discurremos em outra oportunidade ⁽¹⁾, a sociedade romana sofreu profunda transformação a partir do imperador Constantino, principalmente após o ano 313, com o famoso Edito de Milão.

Uma nova ideologia política, social e religiosa infiltrou-se no direito romano pós-clássico.

Uma sociedade em franca desintegração ocasionada pelo decadente regime imperial entrou em choque com a prática popular do direito romano clássico, de inspiração republicana.

O cristianismo, depois de alguns conflitos com o Império, acabou sendo declarado lícito por força do citado Edito de Milão, baixado pelo imperador Constantino. A religião cristã transformou-se em religião declaradamente aceita pelo regime político então vigente, e o magistério da Igreja passou a ser amplamente favorecido pela autoridade imperial.

Segundo a lenda, quando do confronto com Maxêncio, Constantino teria visto no céu uma cruz com os dizeres IN HOC SIGNO VINCES (neste sinal vencerás), e tendo realmente alcançado a vitória sobre seu rival, mostrou-se vivamente interessado em favorecer a Igreja por todos os meios ao seu alcance, com profundas repercussões no campo do direito.

Na verdade, porém, ao que tudo indica, foi por mera estratégia política que Constantino preferiu aliar-se ao cristianismo, ao invés de combatê-lo, como haviam feito alguns de seus antecessores.

A partir desta diretriz da conduta imperial, o direito romano sofreu profundas transformações.

que dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit.

(1) Reafirma-se aqui o que já explanamos no livro *Temas críticos do direito à luz das*

Nunca se dará a devida importância a esta reforma do direito romano, pela qual o magistério eclesiástico chegou a ser juridicamente aceito pelo imperador Constantino. Tudo o que veio depois encontra aqui seu ponto de partida, sem o que não poderiam verificar-se os desenvolvimentos sucessivos (2).

Considerando-se que, de modo geral, os mais destacados imperadores, a partir de Constantino, adotaram também esta mesma linha política de favorecimento do cristianismo, com exceção de Juliano, o Apóstata (a. 361 a 363), fica fácil entender por que a Igreja marcou claramente a sua atuação no direito romano durante todo o período denominado pós-clássico e também posteriormente.

Depois de Constantino, muitos dogmas, cânones e dispositivos emanados da autoridade legislativa da Igreja foram transformados em leis do Império (3).

O cristianismo penetrou profundamente na estrutura do Império. Portanto, não é de estranhar que parte da legislação eclesiástica, por obra dos imperadores, passasse a fortalecer de modo notável a autoridade das leis do Império, recebendo deste, ao mesmo tempo, sanção e força civis.

Como se não bastasse a recepção dos cânones da Igreja na legislação do Império, as constituições imperiais ainda os fortaleceram por meio de sanções civis, chegando a fixar taxativamente as penas que haviam de ser aplicadas aos

t r a n s g r e s s o r e s .
Tais penas chegaram a ser de extrema gravidade. Por exemplo, além da proibição de dar ou receber por testamento (4), cominou-se também a perda de todos os privilégios e a obrigação de sujeição e constrangimento a diversos serviços degradantes (5), o confisco dos bens (6), a nulidade dos rescritos pedidos (7), a expulsão das cidades (8) e até a pena de morte aos hereges (9).

fontes, Curitiba, 1986, 101 ss.

(2) J. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y cánones de la Iglesia en el derecho romano*, Madrid, 1954, 142.

(3) C. 1, 3, 44, 1 e 4: 1... *nostrae uere leges, canones non minorem uim quam leges habere uolunt, sancimus quod ad illos attinet ualere quae sacris anonibus uisa sunt perinde ac si et ciuilibus legibus scripta essent.* ... 4 *Quod enim sacri canones prohibent, id etiam legibus nostris uetamus...*

(4) CTh. 16, 25 (a. 395).

(5) CTh. 16, 5, 1 (a. 323): *Priuilegia quae contemplatione religionis indulta sunt, catholicae tantum legis obseruatoribus prodesse oportet. Haereticos autem atque schismaticos non solum ab his priuilegiis alienos esse uolumus, sed etiam diuersis muneribus constringi et subici.*

(6) CTh. 16, 5, 3 (a. 372).

4. O PAPEL DOS TESTAMENTOS NA GÊNESE DA PESSOA JURÍDICA

Na longa trajetória da evolução dos testamentos, um aspecto interessante e, ao que parece, quase olvidado no mundo jurídico, apesar de se revestir da mais alta relevância, é o papel dos testamentos na gênese da pessoa jurídica.

A partir de Constantino, o fenômeno cristão, irrompido quase inesperadamente, descortina uma fenomenologia jurídica tão peculiar que dificilmente se deixa cobrir pelos velhos textos jurisprudenciais, apesar dos inúmeros retoques que estes manifestam já às primeiras versões pós-clássicas.

A multiplicação quase ao infinito dos negócios piedosos *sub pretexto religionis*, conforme expressão legal do imperador Marciano em sua Novela 5, fez também multiplicarem-se os bens patrimoniais em mãos eclesiásticas, o que teve como imediata conseqüência a necessidade de buscar um marco protetor e uma trincheira defensiva, para evitar o gravíssimo perigo da desagregação e pulverização de alguns patrimônios que, às vezes, nem sequer eram propriedade direta da Igreja ⁽¹⁰⁾.

Por sua vez, a doutrina patrística exerceu indubitavelmente grande influência no pensamento religioso e político da época, a ponto de José Luís Murga assim se expressar:

La doctrina patrística jugó, sin duda um papel rector en la dirección del pensamiento religioso y político de esta época y nada tiene de extraño que en los escritos de los más brillantes pensadores cristianos encontremos las ideas madres con las que se alimentarán no solo la cultura y el derecho, sino el diario vivir de los hombres, de aquellos testadores y donantes cuyos epitafios conservamos y cuyas vidas ejemplares llegan a nosotros en historias eclesiásticas y en laudaciones fúnebres escritas, las más de las veces, para edificación de la sociedad cristiana de aquel tiempo ⁽¹¹⁾.

⁽⁷⁾ *Nullus hereticis misteriorum locus, nulla ad exercendam animi obstinatoris demeritiam pateat occasio. Sciant omnes etiam si quid speciali quolibet rescripto per fraudem elicto ab huiusmodi hominum genere impetratum est, non ualere.*

⁽⁸⁾ CTh. 16, 15, 32.

⁽⁹⁾ CTh. 16, 5, 51 (a. 410): *Oraculo penitus remoto, quo ad ritus suos haereticos superstitionis obrepserant, sciant omnes sanctae legis inimici plectandos se poena et proscriptionis et sanguinis, si ultra conuenire per publicum execranda sceleris sui temeritate temptauerint.*

⁽¹⁰⁾ J. MURGA, *La venta de las "res diuini iuris" en el derecho romano tardio*, San-

Por tudo isso, continua o respeitável professor da Universidade de Sevilla, a partir da segunda metade do século IV, o próprio crescimento social e econômico da vida fez com que os patrimônios deixados por piedosos e inquietos testadores já não tivessem que ir necessariamente para a Igreja de modo direto:

La piedad de los fieles se há vuelto cada dia más compleja, y el capricho, la vanidad, la emulación o la moda provocan múltiples formas de asignación a los capitales privados por medio de cláusulas modales o fideicomisos universales que convierten, muchas veces, a los titulares jurídicos, gravados con el piedoso encargo del difunto o del donante, en unos puros nudi ministri de distribución de limosnas ⁽¹²⁾.

O sistema jurídico da época, entretanto, nem sempre podia proporcionar aos testadores um veículo apropriado a seus desejos, nem o direito romano dos clássicos se adaptava com facilidade a todo este tipo de liberalidade.

Veio a surgir então uma série de figuras com o objetivo de garantir certa perpetuidade às obras assistenciais e assim, graças a elas, os próprios estabelecimentos dedicados a tão humanitária tarefa, foram tornando-se autônomos e com capacidade de adquirir e litigar.

Por aí já se pode ver que todo o problema da personalidade jurídica, que hoje tanto se debate, por vias pretensamente científicas, não pode enquadrar-se em fórmulas dogmáticas. Sua explicação encontra-se certamente de modo muito mais modesto, porém mais vivo, na própria História, particularmente na sucessão testamentária do direito romano tardio, já que o direito romano clássico desconhecia a pessoa jurídica na forma como atualmente se concebe ⁽¹³⁾.

Acreditou-se por muito tempo que a noção de pessoa jurídica teria sido originada no direito romano, primeiramente no campo do direito público e mais tarde no do direito privado, conforme argumentaram, entre outros, Sílvio Meira ⁽¹⁴⁾ e Ernani Guarita Cartaxo, e teria surgido com o conceito jurídico do povo romano (*populus romanus*), passando daí a idéia para os muni-

tiago de Compostela, 1971, 8.

⁽¹¹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹²⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹³⁾ É o que já sustentamos em outra oportunidade, in “*La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*” — IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de

cípios, as colônias, reconhecendo-se personalidade jurídica às cidades, às cúrias e aos colégios ⁽¹⁵⁾.

No baixo Império, segundo ainda Sílvio Meira, passou a existir uma nova categoria de pessoas jurídicas: as fundações, com fins filantrópicos ou religiosos, concedendo-se personalidade jurídica aos estabelecimentos (igrejas, mosteiros), às entidades assistenciais, como hospitais, asilos para velhos, orfanatos, abrigos para pobres, etc.

Na verdade, porém, a personalidade dos mosteiros, depois de uma longa época extralegal, só foi reconhecida por vez primeira, ainda que de modo indireto, na norma teodosiana do ano 434, segundo a qual os mosteiros podiam herdar ⁽¹⁶⁾.

Mais obscuro ainda é o nascimento das “causas pias” (*piae causae*).

Na palavra de José Luís Murga ⁽¹⁷⁾, estas, surgidas na penumbra do privilégio eclesiástico, entraram no ordenamento jurídico em um momento de deliquescência geral de toda a normatividade, talvez no curto intervalo que separa as três constituições do imperador Leão I, no mês de janeiro a junho de 472.

Tratava-se de uma tentativa de estender a sombra protetora da Igreja a todo um patrimônio mais ou menos difuso. É que não se podia facilmente evitar o perigo de uma desagregação patrimonial em alguns bens não exatamente eclesiásticos, nem resultava claro que essas heranças e legados deixados *ratione pietatis* pudessem ficar protegidos com a inalienabilidade sacra, própria das coisas *diuini iuris*. Só o próprio destino piedoso, a *causa pietatis*, que se manifestava em todas as transmissões em que uma pessoa deixava seus bens para um fim espiritual (atenção ao culto, manutenção de mosteiros, realização de qualquer obra benéfica, etc.), como uma levíssima sombra divinal, era o máximo que se podia reconhecer a esses patrimônios destinados à piedade.

Para evitar uma prematura dissipação de bens deixados por testamentos, não se dispunha de outros meios jurídicos, que não aqueles velhos procedimentos cautelares contidos nas proibições expressas de alienar e nas multas testamentárias. Esta seria a única defesa dos patrimônios piedosos no século IV pós-constantiniano e inclusive durante grande parte do século V.

Derecho Romano, Burgos, 2001, 819-838.

⁽¹⁴⁾ S. MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, S. Paulo, s/d, 126.

⁽¹⁵⁾ E. CARTAXO, *As pessoas jurídicas em suas origens romanas*, Curitiba, 1943, 35. Para uma visão doutrinária mais ampla acerca deste tema, cfr. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1964, 64; R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” nel diritto romano*, Torino, 1968, 178 ss., 204; P. CATALANO, *Diritto e persone — Studi su origine e attualità del sistema romano*, I — Torino, 1990, 185.

Sem dúvida, a titularidade patrimonial da Igreja transparecia clara na brevíssima norma de Constantino: *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico uenerabilique concilio decedens bonorum, quod optauerit, relinquere...* (18). (Seja permitido a cada um que se ausentar deixar o que quiser de seus bens à santíssima e venerável comunidade católica).

Porém, inserida esta titularidade dentro do sistema jurídico da época, fatalmente havia de sofrer as conseqüências das próprias limitações.

Por muito tempo, a insegurança destes bens fez com que muitos deles (não claramente qualificáveis como *res diuini iuris*) só gozassem da proteção do puro dever extralegal e de consciência, lembrado sempre pelos textos literários e pela insistência da palavra dos pregadores.

Portanto, esses dispersos patrimônios poderiam ser fácil presa da cobiça de seus próprios administradores, sobretudo se levarmos em conta a fragilidade de sua íntima estrutura jurídica no contexto jurídico da época.

É provável que, pelo menos no século IV, ainda que não com muita freqüência, tenham ocorrido defraudações sobre tais bens deixados para obras pias. De fato, não obstante a religiosidade então reinante, consta que realmente se deram casos de malversação de fundos pios. Nas Atas do Concílio de Calcedônia, por exemplo, aparece a famosa acusação contra um eclesiástico — Ibas de Edessa — autor de uma irregularidade deste tipo. Tais fatos, porém, teriam ocorrido mais freqüentemente a partir do século V (19).

Era necessário, pois, consolidar a proteção do patrimônio sacro, prescindindo-se do elemento subjetivo do delito. Isso se tornava mais premente entre os séculos IV e V, com a multiplicação dos mosteiros, desprovidos até mesmo da mais elementar capacidade de adquirir (*ius capiendorum legato-rum*), com um grande número de ermidas, oratórios e igrejas rurais, não bem distintos, pelo menos sob o ponto de vista de sua personalidade, da igreja episcopal que os incluía em seu território.

No entanto, a jurisprudência tardia encarregou-se de buscar a forma de enquadrar tais patrimônios (terras, bens móveis, servos e colonos) dentro do amplo conceito que compreendia as *res diuini iuris* e logo, uma vez conseguida tal qualificação, fundamentar nela a inalienabilidade objetiva e jurídica, defesa eficaz e única de conservar ileso o patrimônio, independentemente de fraude ou dolo.

(16) CTh. 5, 3, 1.

(17) J. MURGA, *La venta*, cit., 31.

(18) C. 1, 2, 1 (a. 321). Traduzimos livremente.

Curiosamente, os caminhos jurídicos para esta “ampliação” do divino foram obras de juristas obscuros e pragmáticos, mas que tiveram o grande mérito de não romper em nenhum momento com a linha de pensamento dos juristas anteriores. Os homens que escreveram as Sentenças de Paulo, o Epítome de Gaio ou as *Interpretationes* pós-clássicas, chegaram sempre às mesmas soluções a que, séculos antes, haviam também chegado, para casos semelhantes, os juristas da idade de ouro ⁽²⁰⁾.

De certa forma, o autor do Epítome de Gaio, já em época mais avançada, equiparou as coisas divinas às públicas, dando-lhes a nota comum de sua extra-patrimonialidade: *Omnes itaque res aut nostri iuris sunt, aut diuini, aut publici* ⁽²¹⁾. (Assim, todas as coisas ou são de nosso direito, ou de direito divino, ou público).

Realmente, por estranho que possa parecer, o divino e o público têm algo de comum, ainda que pelo simples fato de que ambas as esferas se opõem claramente à apropriação privada.

A mentalidade jurídica daquela época, por essa via de raciocínio, já podia entender que os bens oferecidos à Igreja pela liberalidade privada, muitas vezes por testamentos, cumpriam realmente uma finalidade muito próxima ao que hoje chamaríamos de interesse do Estado.

De fato, os interesses da Igreja e do Império já se haviam aproximado de tal forma, no século IV e V, que os testamentos e as doações *in bonum animae*, fonte principal do patrimônio cristão, passaram a entender-se como revertidos automaticamente à própria sociedade da qual haviam saído, quase sempre em forma assistencial, cumprindo de certo modo um papel de serviço público inconsciente.

Portanto, nunca se tornou mais importante do que neste momento, proteger a inalienabilidade patrimonial de tais bens, que eram da piedade e para a piedade.

É oportuno lembrar que a sociedade romano-helênica, do século V em diante, ao contrário da época republicana, encontrava-se em franca decadência política e econômica, tornando muito agudas as desigualdades sociais.

O baixo Império não se encontrava suficientemente equipado nem dispunha de uma estrutura satisfatória que pudesse atender aos serviços sociais.

⁽¹⁹⁾ THOMASSIN, *Anciene et nouvelle discipline de l'Église*, VIII, Bar-le-Duc, 1870, 68 ss. Cfr. J. MURGA, *La venta*, cit., 12.

⁽²⁰⁾ J. MURGA, *La venta*, cit., p. 20.

⁽²¹⁾ Aqui, as *res diuini iuris* já não são apenas os templos, as igrejas, mas, sobretudo,

Assim, as diversas comunidades cristãs, ou, em última análise, a Igreja, é que vinha realizando toda uma série de complexas funções neste sentido.

Os estabelecimentos de caridade, asilos de órfãos, de mendigos e de velhos, os hospitais, albergues de forasteiros, as repartições para resgate de prisioneiros, a manutenção de um culto ortodoxo e de uma liturgia esplêndida, conforme convinha à época, tudo isso era oferecido pela iniciativa privada. O papel do governo imperial resumia-se assim ao de um modesto protetor e guardião dos patrimônios destinados a estes serviços, outorgando-lhes por sua vez os privilégios e benefícios próprios da coisa pública ⁽²²⁾.

5. DOS TESTAMENTOS ÀS *PIAE CAUSAE*

É importante lembrar que a personalidade das entidades para-eclésiásticas ainda não se encontrava bem formada no século IV, uma vez que os mosteiros, por exemplo, não passavam de puros *coetus*, ou seja, uma espécie de agrupamentos muito imprecisos; e as bizantinas *piae causae* (causas pias), inicialmente, eram reduzidas à humilde situação de massas de bens, tão-somente acompanhadas de algumas cláusulas modais pouco seguras e nada concretas.

Os juristas desta época passaram a desenvolver uma lógica jurídica muito especial, agrupando tais bens e patrimônios como autênticos acessórios de uma coisa principal — a Igreja de Constantinopla — e assim, como que por passe de mágica, e de certa forma, usando a antiga regra *accessorium sequitur principale*, cobriam com a santidade daquela (principal) os outros bens piedosos, mediante uma *accessio* muito peculiar, já existente desde o período clássico ⁽²³⁾. Portanto, tal fenômeno, ainda que pós-clássico, não deixava de ter seus precedentes em épocas anteriores e sempre cumprindo uma função parecida ⁽²⁴⁾.

Trata-se de uma espécie de ficção pós-clássica com precedentes clássicos, conforme feliz expressão de José Luís Murga. Certos bens móveis se viam, por assim dizer, “atraídos” para um imóvel-base, como os antigos *instrumenta fundorum* ⁽²⁵⁾.

Surgiu daí uma espécie de modismo que se alastrou muito nessa época fortemente impregnada de religiosidade e por isso mesmo incentivou bas-

os *patrimonia*, as *substantiae* das entidades eclésiásticas. Cfr. G. B. ARCHI, *L'Epitome Gai*, Milão, 1937, 226.

⁽²²⁾ J. MURGA, *La venta*, cit., 23.

⁽²³⁾ Gai, 2, 70 ss.

tante a destinação de grandes fortunas às causas pias (*piae causae*) e à Igreja em geral, através de um instrumento que serviu ao mesmo tempo como um dos alicerces para estabelecer as bases da pessoa jurídica: os testamentos.

É uma espécie de ponte histórica a ligar as *piae causae* à *persona ficta*, que aparecerá posteriormente. Em outras palavras, é preciso “fingir” de certa forma a personalidade de tais entidades para garantir a preservação de seus bens.

De fato, desde que a finalidade seja pia, a prática dos testamentos passa por cima de todas as dificuldades legais e formais. Assim, quando alguém declina da *Lex Falcidia* porque deseja deixar toda a sua fortuna aos pobres, sem mencionar nominalmente quais sejam tais pobres, nem por isso o testamento se torna nulo, devendo o Bispo e o Ecônomo receber a herança (*Episcopus et Oeconomus hereditatem suscipiant*), a fim de aplicá-la de acordo com a vontade do morto, sem absolutamente servir de lucro ao Ecônomo ou ao Bispo, ou à Sacrossanta Igreja (*nullo penitus ex lucro, uel Oeonomo, uel Episcopo, uel Sacrossanctae Ecclesiae relinquendo*) (26).

Nestas condições, não é de estranhar que tenham sido instituídos como herdeiros Deus ou Jesus Cristo. Assim, o próprio imperador Justiniano o atesta, afirmando que em muitos testamentos se encontram tais instituições (27). A exeqüibilidade das disposições de última vontade nestas circunstâncias é fora de qualquer dúvida (28). Justiniano estabeleceu que, em tais casos, fosse instituída a igreja do domicílio do falecido, e o patrimônio destinado à alimentação dos pobres (29).

Também se tem conhecimento de Santos ou Mártires instituídos herdeiros. Nestes casos, Justiniano (30) distinguiu: se o testador não tivesse feito menção a alguma Igreja, e existisse naquela cidade um oratório em honra daquele Santo ou Mártir, considerava-se instituído herdeiro o oratório; em caso contrário, consideravam-se instituídas as igrejas da Metrópole, e, entre estas, aquela dedicada ao Santo ou Mártir indicado pelo testador.

Por força de uma determinação de Teodósio e Valentiniano (31), confir-

(24) J. MURGA, *La venta*, cit., 31.

(25) Alf. 2 dig. D. 33, 7, 16, 1.

(26) C. 1, 3, 48 (49).

(27) C. 1, 2, 26: ... *in multis testamentis inuenimus tales institutiones quibus uel ex asse quis dominum nostrum Iesum Christum heredem scripsit... iam enim in plura testamenta hoc modo iacta incidimus.*

(28) B. BIONDI, *Sucessione testamentaria* — Donazioni, Milano, 1943, 129.

(29) C. 1, 2, 25; Nov. 131, 9.

mada por Justiniano ⁽³²⁾, os bens do eclesiástico, morto sem deixar testamento, aproveitavam à Igreja ou ao mosteiro a que tivesse pertencido o eclesiástico. Os bens adquiridos pelo Bispo a qualquer título (*ex quacumque causa*), desde o momento de sua sagração episcopal, não mais podiam ser doados, deixados por testamento, ou alienados por qualquer outra forma, mas deviam pertencer à Igreja a que o Bispo pertencesse, a não ser que tivessem sido recebidos de parentes ⁽³³⁾.

Estas informações, magistralmente expostas por José Luís Murga, foram por ele aprofundadas e ampliadas mais recentemente ⁽³⁴⁾.

Com base em textos de Justiniano, Murga observa também que em alguns casos de instituição de Jesus Cristo como herdeiro, de modo normal, como se fosse um habitante da cidade, sem mencionar o templo destinado a seu culto como beneficiário da herança, havendo outros na cidade, neste caso, conceder-se-ia a herança ou o legado àquela Igreja pela qual o testador tivesse tido mais predileção ou onde suas visitas tivessem sido mais frequentes ⁽³⁵⁾.

Os meios jurídicos utilizados pelo testador para seus herdeiros celestiais começaram a ser juridicamente interessantes e muito diversos, suprindo assim a falta de personalidade de tais herdeiros ou legatários ⁽³⁶⁾.

Não só doutrinariamente a equiparação Cristo-Igreja, através dos escritos patrísticos, mas também a idéia de pessoa ligada política e socialmente à Igreja serviu para a realização dos desejos do falecido, podendo assim a Igreja ser afinal herdeira do que foi deixado a Cristo.

Por analogia, se o instituído fosse um anjo ou um mártir, não haveria dificuldade alguma na legitimação da Igreja, não só como herdeira, por motivo de identidade, como no caso anterior, mas também *ratione finis* (em razão do fim), já que a missão da Igreja viria a coincidir com os desejos do testador de promover o culto do anjo ou a memória do mártir ⁽³⁷⁾.

⁽³⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽³¹⁾ C. 1, 3, 20.

⁽³²⁾ Nov. 131, 13, 3.

⁽³³⁾ C. 1, 3, 41 (42).

⁽³⁴⁾ J. MURGA, *Jesucristo, los Angeles y los mártires en los testamentos romanos*, in *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Vigo, 1998, Tomo II, 117-128.

⁽³⁵⁾ Em tais casos, Justiniano admitiu a possibilidade de se conceder a herança ou o legado à Igreja onde o testador tivesse tido seu domicílio: Nov. 131, 9.

⁽³⁶⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit., 121.

⁽³⁷⁾ Como observa MURGA, São Gregório de Nisa (*Hom.* 1 PG. XLIV, 772) oferece uma série de expressões muito diretas sobre a identidade de Cristo-Igreja baseada na dou-

Às vezes, o testador que instituía a herança ou o legado para Cristo, para os anjos ou mártires, utilizava uma pessoa física como intermediária para seu piedoso testamento, sendo então necessários os recursos cautelares a fim de garantir assim o destino dos bens hereditários ⁽³⁸⁾.

Todas as leis justinianéias, algumas contidas no Código, outras nas Novelas, foram aplicadas pelos testadores, porém, entre todas elas, duas foram fundamentais e mais freqüentemente utilizadas: em primeiro lugar, a constituição do ano 530 ⁽³⁹⁾; em segundo lugar, a do ano 531 ⁽⁴⁰⁾, embora nenhuma delas oferecesse uma perfeita elaboração técnica ⁽⁴¹⁾.

Dada a missão da autoridade eclesiástica, muitas vezes o bispo se fazia dono dos bens hereditários, ficando sujeito ao gravame modal. Essa missão do bispo considerava-se muito normal, posto que em muitas constituições pós-clássicas, ele era considerado como a única pessoa legitimada para exercer as ações competentes ⁽⁴²⁾. Esta situação perdurou por muito tempo na época de Justiniano e inclusive depois ⁽⁴³⁾, como se pode deduzir da Novela 131, referente às disposições piedosas, que contém estes mesmos critérios e legitima definitivamente o bispo para intervir, ainda que os doadores ou os testadores quisessem excluí-lo ⁽⁴⁴⁾.

Particularmente interessante é a situação processual originada nesse ambiente histórico para atender aos interesses piedosos: a *actio condictitia*, reminiscência de uma antiga constituição de Diocleciano do ano 290 ⁽⁴⁵⁾. Chama a atenção não só pelo estranho nome, proveniente por certo do fato de o verbo *condicere* também se conjugar como *condicare* no latim vulgar, mas também por se dizer uma ação *ex lege*, quando já as ações da lei não mais existiam, e, sobretudo porque em plena época de Justiniano, tal ação, claramente tipificada ⁽⁴⁶⁾, revestia-se de certo modo da natureza daquelas clássicas ações populares, típicas do edito pretoriano, que já haviam desaparecido séculos antes.

É evidente que esta *actio condictitia*, não obstante sua semelhança com as antigas ações populares, que eram concedidas a qualquer cidadão (*cui uolue-*

trina do Corpo místico. Orígenes, por sua vez, diz que a Igreja é o corpo de Cristo e os membros deste corpo, considerado como um todo, são os fiéis (*Contra Celso*, 6, 48).

⁽³⁸⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit. 122.

⁽³⁹⁾ C. 1, 3, 45 (46).

⁽⁴⁰⁾ C. 1, 3, 48 (49).

⁽⁴¹⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit., 124.

⁽⁴²⁾ C. 1, 3, 28 (a. 468); 1, 2, 15 (a. 477); 1, 2, 21 (a. 529).

⁽⁴³⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit., 126.

⁽⁴⁴⁾ C. 11, 2.

rit ciuium), não mais se revestia do caráter propriamente popular. Agora, não por razões de ordem política ou social, mas por interesses simplesmente piedosos, qualquer pessoa pode exercer a *actio condictitia* para exigir o cumprimento do testamento ou do legado em favor de Cristo e dos santos ⁽⁴⁷⁾.

O impacto desta influência cristã atingiu não somente o Direito Justiniano, mas se estendeu também ao longo da Idade Média, sobretudo no Império Bizantino e em todo o direito romano vulgar, facilitando a disposição piedosa *causa mortis*, que passou a ser amplamente generalizada.

Também no ocidente, cruzando-se com o nascente direito canônico, a prática jurídica transformou os costumes dos diversos povos, impondo como quota fixa ⁽⁴⁸⁾ uma espécie de sucessão obrigatória *pro anima*, tal como tinha sido implantada em toda a Europa oriental ⁽⁴⁹⁾.

6. DAS *PIAE CAUSAE* À *PERSONA FICTA*

Neste passo, seguindo o raciocínio já desenvolvido em outra ocasião ⁽⁵⁰⁾ e levando em conta a grande influência do direito canônico ao longo da História, é importante considerar que, no tocante à pessoa jurídica, a canonística aportou elementos decisivos para a sua configuração, ao criar a expressão *persona ficta* ⁽⁵¹⁾.

O ponto de partida foi estabelecido pelo canonista Sinibaldus Fliscus, ao tratar de abrandar a desditosa situação das cidades que se rebelavam contra o Papa ou o Imperador na Idade Média. A responsabilidade da cidade implicava sanções para cada um dos cidadãos, incluídos os inocentes.

⁽⁴⁵⁾ C. 8, 54 (55), 3.

⁽⁴⁶⁾ C. 1, 3, 45 (46).

⁽⁴⁷⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit., 127.

⁽⁴⁸⁾ Nov. 40 (a. 535), dedicada ao arcebispo Pedro, Patriarca de Jerusalém.

⁽⁴⁹⁾ J. MURGA, *Jesucristo*, cit., 128.

⁽⁵⁰⁾ A. SURGIK, *A questão da responsabilidade civil do Estado perante o Direito Romano*, in *La responsabilidad civil. De Roma al derecho moderno*, Burgos, 2001, 822 ss.

⁽⁵¹⁾ P. GROSSI, *Unanimitas. Alle origine del concetto di persona giuridica nel Diritto canonico*, in ASD II, 1958, 1-103; J. MURGA, *La continuidad post mortem de la fundación cristiana y la teoria de la personalidad jurídica coletiva*, in AHDE XXXVIII, 1968, 481-551; J. PANIZO, *Persona y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo Flechi*, Pamplona, 1975; F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, 144 s.; C. RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984 (citados por P. AGUILAR ROS y R. HERRERA

Portanto, tornava-se indispensável encontrar uma argumentação jurídica convincente para resguardar a pessoa física inocente, conforme explica Federico de Castro y Bravo:

Para ello era indispensable encontrar una argumentación jurídica que convenciera a los juristas. No puede negarse la diferencia que existe entre la persona del hombre, con alma y cuerpo, y las corporaciones que carecen de una y de outro. ¿Cómo puede pecar una universitas, si ésta no es más que nomen intellectuale et res incorporalis? Si la universitas, como el capítulo, el pueblo, la gente, son nomina iuris, ¿como pueden incurrir en interdicción o excomunion?; y todavía se previene contra la posible observación de que, ello no obstante, las universitates finguntur una persona (52).

Desta forma, para acabar com uma prática injusta, estabeleceu-se a diferença entre a realidade física e anímica do homem, e a funcional das corporações, penetrando na dogmática jurídica a nova expressão *persona ficta*.

O resultado prático que se consolidou com Sinibaldus Fliscus (consagrado Papa com o nome de Inocêncio IV e falecido em 1254) foi que o Concílio de Lyon (1245) proibiu a excomunhão dos *collegia* e *uniuersitates*. “Esto produce un efecto inmediato cual es que frente a los términos: ‘corpus’, ‘universitates’, ‘collegia’ y ‘civitates’, el término *persona* apenas se emplea; a partir de los “Commentaria” de Flisco el término ‘persona ficta’ entra y arraiga en el acervo terminológico del Derecho”, afirmam Paloma Aguilar Ros e Ramón Herrera Bravo e explicam: “Además, la resonancia de antiguas discusiones sobre la Santísima Trinidad, en buena parte centradas en torno al significado del término persona, extendió más este término y se fue imponiendo la distinción entre ‘vera persona’ del hombre y las ‘personae fictae’ que constituyen los ‘corpora’ y las ‘universitates’” (53).

Reiterando o que já temos afirmado (54), é pela encruzilhada religiosa da trajetória histórica que muitos fenômenos jurídicos tomaram seu rumo e chegaram até os nossos dias, não obstante a tendência moderna menosprezar a História e ainda insistir absurdamente na busca de explicações por caminhos pretensamente científicos.

BRAVO, *Derecho romano y derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada, 1994, 38).

(52) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1991, 146.

(53) P. AGUILAR ROS y R. HERRERA BRAVO, *Derecho*, cit., 39.

No caso, a expressão *persona ficta* é fundamental para se entender a consolidação da idéia de pessoa jurídica. É que, para o direito canônico resultava fácil a idéia de abstração e espiritualização ao ver nas *uniuersitates personarum* associações de indivíduos que integravam uma unidade ideal e que, juridicamente, constituíam outra pessoa. Todas estas idéias foram entrando no Direito Comum e, através da jurisprudência tardia, consolidaram-se no campo das sociedades mercantis⁽⁵⁵⁾ e, por conseguinte, na própria estrutura do Estado.

Entretanto, a desconfiança da monarquia absoluta com relação às associações chegou a tal extremo que a exigência da aprovação prévia pela autoridade monárquica passou a impor-se sob o pretexto de que, qualquer nova associação, na falta de prova em contrário, supunha-se ter sido criada mais para um mau fim do que para um bom fim⁽⁵⁶⁾.

Isso explica a exigência ainda hoje mantida pelas autoridades para que as pessoas jurídicas só possam ter validade mediante sua prévia aprovação.

7. DA *PERSONA FICTA* ÀS PESSOAS MORAIS

Um dos momentos decisivos da evolução do conceito de pessoa jurídica é o da introdução e generalização da expressão “pessoa moral”.

É interessante observar que esta denominação serviu inicialmente como uma espécie de ponte de ligação histórica entre a *persona ficta* e “pessoa jurídica”. Todavia, até hoje se mantém de certo modo, pelo menos na linguagem do direito canônico⁽⁵⁷⁾, ainda que de forma não muito precisa, conforme se vê do texto legal:

Can. 113 — § 1. Catholica Ecclesia et Apostolica Sedes, moralis persona rationem habent ex ipsa ordinatione divina.

§ 2. Sunt etiam in Ecclesia, praeter personas physicas, personae iuridichae, subiecta scilicet in iure canonico obligationum et iurium quae ipsarum indoli congruunt. (Cân. 113 — § 1. A Igreja católica e a Sé Apostólica são pessoas morais pela própria ordenação divina.

⁽⁵⁴⁾ A. SURGIK, *A questão*, cit., 829; *Gens gothorum — As raízes bárbaras do legalismo dogmático*, Curitiba, 2004, 59 ss.

⁽⁵⁵⁾ P. AGUILAR ROS y R. HERRERA BRAVO, *Derecho*, cit., 40.

⁽⁵⁶⁾ F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 161.

⁽⁵⁷⁾ A Comissão para a revisão do Código de Direito Canônico, constituída em 28 de março de 1963, já havia aprovado substancialmente uma estrutura provisória, em que se incluiu, entre outros, o tema “Das pessoas físicas e morais em geral”. Posteriormente,

§ 2. Na Igreja, além das pessoas físicas, há também pessoas jurídicas, isto é, sujeitas, no direito canônico, de obrigações e de direitos correspondentes à sua índole) (58).

Historicamente, tal como ocorre a respeito de qualquer período de transição, também aqui é difícil fixar com precisão quando e como começou a usar-se a denominação “pessoa moral”.

Segundo Federico de Castro y Bravo (59), pode considerar-se decisiva, de todos os modos, a obra de Hugo Grotius (60), iniciador ou catalizador do movimento de renovação política e jurídica, pois, ainda que não tenha tratado diretamente da natureza jurídica da *uniuersitas*, aplicou-lhe, todavia, incidentalmente o adjetivo “moral” ao tratar do fato de que uma mesma pessoa pode ser cabeça (como soberano) de vários povos, o que constituiria uma espécie de *corpo moral*.

Os seguidores de Grotius, simplificando a expressão “pessoas morais compostas”, inicialmente empregada, passaram a mencionar simplesmente “pessoas morais”.

Esta nova designação implica mais que uma simples mudança de nome. Supõe a aceitação de uma nova concepção. A pessoa moral passaria a ser entendida como uma realidade e, como o homem, seria também uma substância enquanto ente moral. Não poderia, portanto, qualificar-se como uma ficção.

Daí começa a desenvolver-se e consolidar-se a concepção do Estado como “pessoa moral, que tem próprio entendimento e vontade, e que é capaz de obrigações e de direitos” (61).

Esta denominação “pessoa moral” e seu peculiar significado será aceita também pelos civilistas, assim como pelo despotismo esclarecido e pelo movimento codificador, assumindo um novo valor político, de tal forma que a expressão *persona ficta* será utilizada daí em diante pejorativamente, ao tempo em que se impõe a figura do Estado moderno, exclusivista e absorvente.

a denominação foi assim alterada: “Das pessoas físicas e jurídicas”, conf. *Código de Direito Canônico (Codex Iuris Canonici)*, São Paulo, 1983, Prefácio XXXI.

(58) Sobre a mudança de denominação referente a este cânon, é de causar perplexidade o comentário do Pe. Jesús S. Hortal, S. J.: “O Código anterior chamava as pessoas jurídicas de *morais*, denominação inadequada, porque a personalidade delas não se baseia na moral e sim no direito positivo”, *Código*, cit., 45.

(59) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 164 ss.

(60) Veja-se na Coleção Clássicos do Direito Internacional, coordenada por Arno Dal

Pode-se perceber por aí, como a gênese da pessoa jurídica, insinuando-se através da prática dos testamentos no baixo Império romano em favor das causas pias, tem estreitos vínculos com a lógica do poder. Primeiramente, é o poder eclesiástico que se impõe fortemente; depois, o poder estatal a adotar diversas denominações pelo filtro de diversas entidades abstratas, até o próprio poder se transformar finalmente em uma pessoa jurídica na figura do Estado.

Considerando-se a inseparabilidade histórica entre direito e política, as modificações qualitativas na estrutura do Estado e as contradições abertas por todas estas formas de modificações, são produtos dos ajustamentos internos da dinâmica capitalista, em meio às desigualdades sociais. E a nova relação entre Estado e sociedade civil na era do capitalismo monopolista — o Estado *dentro* da sociedade, o Estado como capitalista coletivo — tem certamente concorrido para colocar as instituições no imediato reduto do antagonismo de classes ⁽⁶²⁾.

Está aí, escancaradamente à mostra, como uma grande ferida aberta, a chamada “crise do direito”. Sabe-se que ela existe, mas poucos são aqueles que se propõem a contribuir para resolvê-la.

Já faz meio século que um grande romanista alertou: A verdadeira essência da “crise” é a incerteza em torno do significado e do valor dos estudos romanísticos na hodierna fase da chamada ciência do direito ⁽⁶³⁾.

8. DAS PESSOAS MORAIS À PESSOA JURÍDICA

A moderna concepção da pessoa jurídica arranca do movimento sistematizador da Pandectística alemã. Com ele se difunde e impõe o termo “pessoa jurídica” e dele derivam sua desmesurada valorização dogmática e os equívocos que ainda pesam sobre ela na doutrina atual ⁽⁶⁴⁾.

Desde o começo do século XIX, manifestou-se a ânsia natural de expor ordenada e “racionalmente” na redação de uma parte geral a imensa e confusa massa do *ius ciuile*, procedendo-se ao estudo das instituições concretas. Tratou-se, primeiramente, do direito objetivo e, depois, entre outras figuras, centrou-se a atenção nas figuras abstratas do direito subjetivo. Este, por sua vez, impunha considerar a existência de sujeitos de direito distintos do homem

Ri Júnior, H. GROTIUS, *O direito da guerra e da paz (De Jure Belli ac Pacis)*, Ijuí, 2004.

⁽⁶¹⁾ F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 167.

⁽⁶²⁾ A. SCHIAVONE, *Historiografía y crítica del derecho*, Madrid, 1982, 105.

⁽⁶³⁾ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino,

individual. Assim, inevitavelmente, a sistematização levou ao estudo da pessoa coletiva ao lado da pessoa física.

Na doutrina anterior, faziam-se referências a questões (agora não mais discutidas), como a possibilidade de denominar como pessoa moral, mística ou fingida o fisco, a família (considerada como *corpus* em que se dá a sucessão hereditária), famílias nobres, fideicomissos familiares, patrimônio rural, comunidade de bens entre cônjuges, comunidades solidárias, credores em concurso de credores, grêmios, agrupações de agricultores, de comerciantes, de patrícios, de letrados, povos, distritos, etc.

Agora, a Pandectística alemã traça outros rumos doutrinários.

Sob o nome de Pandectística alemã, costuma-se designar aquela especial elaboração do *Corpus Iuris* como sistema normativo vigente, que teve início na Alemanha do século XVIII e, na esteira da Escola Histórica de Savigny, atingiu seu ponto culminante no século XIX.

Consistiu particularmente numa construção teórico-prática do direito romano justiniano, harmonizado com as exigências alemãs do tempo e dogmatizado segundo a mentalidade esquematizante e abstratizante daquele povo ⁽⁶⁵⁾.

Pode-se também definir a Pandectística como o estilo, ou o método com que os juristas alemães do século XIX analisaram, declararam, explicaram e enfim aplicaram na prática os textos das “Pandectas” de Justiniano como norma vigente, como direito positivo, sob os seguintes princípios do ordenamento jurídico: 1. Princípio da autonomia privada. 2. Predominância do direito subjetivo e liberdade contratual. 3. Propriedade e livre sucessão testamentária ⁽⁶⁶⁾.

De fato, o processo de construção “científica” do novo direito alemão promovido pela Escola Histórica recebeu um impulso decisivo com Puchta (1797-1846), que protagonizou a orientação da chamada “ciência jurídica” para a elaboração dogmática do direito privado, sobre a fundamentação romanística oferecida pelo direito contido no Digesto, de cuja denominação grega (“Pandectas”, por derivação de *pandectai*) tomou essa direção o nome de “Pandectística”.

Deste modo, a Pandectística constitui o enlace entre essas anteriores correntes “científicas” alemãs e o direito formalizado na codificação civil (Bür-

1953, 241.

⁽⁶⁴⁾ F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 170 ss.

⁽⁶⁵⁾ R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 219.

gerliches Gesetzbuch = BGB), mesclada com elementos tomados do direito germânico e aprovada pelo Parlamento no dia 14 de julho de 1896. O componente germânico do Código civil alemão também constitui um resultado construtivo da Escola Histórica em seu ramo germanístico, que tratou de construir um direito privado alemão supraterritorial a partir dos elementos comuns que podiam ser extraídos dos diferentes direitos particulares, entrando assim em choque com a posição polêmica da direção romanística da Escola ⁽⁶⁷⁾.

Nesta linha de pensamento, claramente dirigida pelo movimento conhecido como *mos italicus* (aferrado aos textos Justinianeus, ainda que evitados de inúmeras interpolações), a Pandectística alemã deixou de considerar o valor da nova vertente de pensamento que já havia sido aberta pelo chamado *mos gallicus*.

O *mos gallicus* teve por preocupação depurar o que era verdadeiramente direito romano em face das interpolações introduzidas por determinação de Justiniano, principalmente no Digesto, a fim de adequá-lo aos interesses políticos de seu governo, altamente autoritário e despótico.

De fato, a partir de 1816, a famosa descoberta do manuscrito palimpsesto das Institutas de Gaio por Niebühr ⁽⁶⁸⁾ já tornara possível proporcionar uma nova visão do direito romano clássico.

Todavia, o estudo da interpolacionística, que agitou o mundo jurídico na segunda metade do século XIX, até o começo do século XX, infelizmente não chegou a aprofundar-se na atualidade como seria de desejar.

Nestas circunstâncias, verifica-se ainda o desenvolvimento da idéia de pessoa jurídica a evoluir cada vez mais nitidamente na direção ideológica da construção de um instrumento a serviço do poder, que, ao final das contas, acabará por transformar-se até mesmo num verdadeiro instrumento de fraude, inclusive nas mãos do próprio Estado, em evidente prejuízo da sociedade.

Com razão, tem sido afirmado que o positivismo científico desta corrente doutrinal, unido ao positivismo legalista, imprimiu na mentalidade do jurista continental, que recebeu essas influências, uma atitude passiva com relação à normatividade. E preparou as condições intelectuais para a indiferença do jurista ante a dimensão ética do direito.

Isso provocou certamente uma crise no sentimento jurídico, ao se produzir nos Estados totalitários a contradição da legalidade com o sistema de valo-

⁽⁶⁶⁾ L. GLAUS, *La pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell'ottocento*, in Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Padova, 1988, 289.

⁽⁶⁷⁾ J. PARICIO y A. BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea*, Madrid, 1995, 280.

res ético-sociais, que a cultura ocidental havia assimilado como próprios de sua identidade e que haviam tido uma formulação política no Estado derivado do movimento humanista e da corrente democrática do primeiro jusnaturalismo racionalista (69).

É por isso que, para muitos, se torna difícil entender o motivo por que os romanos do período clássico desconheciam a pessoa jurídica tal como a conhecemos hoje. Isso se deve, não ao fato de eles terem sido incapazes de abstrair, mas ao fato de que seu aguçado senso ético (*bona fides*) jamais poderia admitir que a responsabilidade individual dos componentes de uma sociedade viesse a diluir-se a ponto de se transferir para uma entidade fantasma, como é hoje a pessoa jurídica.

Curiosamente, a mesma fundamentação que deu origem à *persona ficta* no âmbito religioso, para corrigir uma distorção igualmente religiosa, mas de caráter autoritário (excomunhão de inocentes), também servira outrora para o direito romano clássico desconhecer a pessoa jurídica (fictícia), porém, sob fundamentação inversa: a transparência no trato da coisa pública e a participação popular no poder.

Urge, pois, questionar profundamente, até mesmo a própria razão de ser da pessoa jurídica.

“A eliminação do conceito de pessoa jurídica não tem nenhuma consequência danosa à nossa cultura jurídica” — assim escreveu, no início dos anos 50 um romanista alemão: “A história do direito romano ensina o contrário. A posição jurídica do cidadão romano não foi prejudicada, nem na época republicana nem na imperial, pelo fato de que a pessoa jurídica fosse ou tivesse permanecido desconhecida no direito” (70).

“Juristas e juízes se encontram, cada vez mais, diante da exigência de superar ‘a clara separação entre membros e corporações’, para evitar injustiças e abusos, mesmo quando não se entenda a ‘personalidade jurídica’ como uma defesa ideológica com a função de ocultar os interesses realmente tutelados pelo ordenamento” (71).

(68) Sobre este importante evento histórico, veja-se E. GLASSON, *Études sur Gaius*, Paris, 1885.

(69) J. APARICIO y A. BARREIRO, *Historia*, cit., 290.

(70) U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in *La Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II/510, Milano, 1954, citado por P. CATALANO, *As raízes do problema da pessoa jurídica*, in *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, XIX, São Paulo, 1995, 67.

(71) Cfr. F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*,

9. DA PESSOA JURÍDICA ÀS SOCIEDADES ANÔNIMAS E AO ESTADO

O ponto culminante da evolução (ou involução) da pessoa jurídica é o advento das sociedades anônimas, em franca cumplicidade, hoje, com o Estado.

Literalmente no anonimato, as sociedades anônimas realmente acobertam com freqüência graves distorções sociais, apesar de se mostrarem perante a sociedade como revestidas da mais perfeita juridicidade, pelo menos do ponto de vista formal.

Instituição predileta do dogmatismo positivista, que se pensara como direta manifestação da liberdade de associação, e que se acreditara poder servir de modelo ou de explicação ao próprio Estado, a sociedade anônima está sem duvida em momento de crise: Em diversos países, ditam-se novas leis ou preparam-se novas reformas, e a doutrina mostra-se inquieta e dividida. Situação que, por sua generalidade, faz pensar que se trata talvez de algo muito mais grave que de uma transitória situação patológica e que seja precisamente a figura da sociedade anônima a que está em questão.

Hoje, não só se duvida — e cada vez em mais amplos círculos — da justificação jurídica da sociedade anônima, como também sua consideração como pessoa jurídica parece ser reflexamente a principal causa do ceticismo de boa parte da doutrina a respeito da própria pessoa jurídica ⁽⁷²⁾.

A sociedade moderna (e contemporânea) encontra-se de tal maneira influenciada por essa “nova” concepção de vida capitalista ⁽⁷³⁾ que sua política de acumulação (luta pelo lucro ou o lucro pelo lucro) poderia levar-nos à dedução de que o capitalismo se assenta em apenas três pilares: 1. O lucro. 2. Somente o lucro. 3. Nada mais do que o lucro.

Nas próprias regras e princípios do direito mercantil, advertem-se, ainda hoje, dois estratos: um, residual, correspondente à concepção profissional do comerciante; e outro, imposto pelas exigências do capitalismo, por exemplo, os critérios da abstração e formalismo, a garantia da liberdade do comércio e a despersonalização das relações jurídicas, que constituem atualmente a base geral da doutrina e da prática ⁽⁷⁴⁾.

in *Studi in memória di C. Espósito*, II/281 e ss., Padova, 1972, citado por P. CATALANO, *As raízes*, cit., 67.

⁽⁷²⁾ F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 21.

⁽⁷³⁾ I. WALLERSTEIN, *Capitalismo histórico e civilização capitalista*, Rio de Janeiro, 2001,

Nestas circunstâncias, o ser humano passa a ser tratado como instrumento a serviço do mercado: pretende-se tudo transformar em mercadoria, desde o saber (privatização da educação) e os mais elementares valores que integram o patrimônio do povo (água e outras dádivas da natureza), até mesmo o próprio espaço público, em evidente violação do valor máximo do ser humano: a liberdade (direito de ir e vir, de pensar, etc.) (75). Assim, o antigo sentido privilegiado do direito mercantil renasce, porém, não tanto em favor dos comerciantes, senão dos poderes “anônimos” que regem as finanças (76).

Já em 1838, Alphonse de Lamartine denunciava um novo inimigo da liberdade: “o feudalismo do dinheiro”. Não se trata de uma frase demagógica ou vazia de sentido, mas de uma das realidades sociais mais importantes do mundo contemporâneo. É necessário lembrar que o sistema financeiro conseguiu dominar a sociedade atual, utilizando especialmente a arma da sociedade anônima.

Desde as primeiras sociedades por ações, ostentava-se abertamente seu caráter de figuras de direito público em estreita participação e vinculação com o poder soberano: monopólios, jurisdição civil e criminal, cunhagem de moeda, imposição de impostos, até mesmo a faculdade de promover guerras e concluir Tratados (77).

Com a extinção do antigo regime, desapareceram de certa forma estas figuras, mas apareceram outras análogas, agora disfarçadas como figuras de direito privado, para se converterem em grandes forças de influência nas instituições, alcançando um novo significado político, ao assumirem a direção do sistema financeiro e o comando da política liberal.

Realmente, a comparação do sistema financeiro com o senhor feudal, em expressões como “aristocracia do dinheiro” e “feudalismo financeiro”, é mais do que uma simples metáfora; existe verdadeiramente certa semelhança entre ambos: a de converter-se em classe dominante e a de amparar seu poder em uma série de privilégios jurídicos. A particularidade que se destaca é que os privilégios de que gozam os setores financeiros são muitas vezes indiretos e que alguns dos mais importantes são conseguidos através e por meio das sociedades

41 ss.

(74) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La Persona*, cit., 47.

(75) Cfr. A. SURGIK, *Da violação da liberdade na cobrança de pedágio*, in *Atualidades jurídicas* — II, São Paulo, 2000, 21 ss., também acessível na Internet: <http://sites.uol.com.br/aloisiosurgik>

(76) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 48.

anônimas, de tal sorte que, pelo mecanismo da lei, se isentam do regime da igualdade jurídica proclamada pelas constituições.

O artifício da sociedade anônima põe à disposição de qualquer um que compra ações a possibilidade de limitar sua responsabilidade; por outro lado, o agente financeiro, graças às combinações que com a sociedade anônima a lei lhe permite, pode manipular a sociedade sem expor sua própria fortuna. É possível assim desfrutar de riquezas e dispor de uma imensa força social com dinheiro alheio e por conta e risco dos demais acionistas que não têm poder de controle sobre a sociedade.

O anonimato permite-lhe livrar-se da responsabilidade civil e penal e até mesmo da prisão, que pesam e ameaçam a todos os demais cidadãos comuns (78).

Na prática e na doutrina, busca-se, e em grande parte se consegue, que as grandes empresas gozem de um verdadeiro poder normativo independente, sobretudo nos últimos tempos, quando vemos poderosos grupos econômicos unindo-se nas chamadas mega-fusões, em evidente prejuízo dos mais fracos e, quase sempre, com plena aquiescência e cumplicidade do Estado.

É interessante observar o longo percurso histórico dos testamentos, esta figura chave no âmbito social e jurídico de Roma.

Inicialmente, o testamento serviu como projeção ao futuro da própria personalidade do testador romano, instituindo herdeiros, atribuindo legados, designando usufrutuários, ordenando legados, substituindo fideicomissos, nomeando tutores, manumitindo escravos, reconhecendo dívidas, etc. (79).

Posteriormente, pelo caminho da patrimonialização da *hereditas*, ganhou fortalecimento também o patrimônio e o poder da Igreja através dos testamentos piedosos.

Por esta via, patrimonial e emotiva, o processo de dominação da Igreja associou-se ao processo de dominação do poder imperial e monárquico.

“Para que os símbolos possam produzir o seu efeito efetivo, eles devem ligar-se a associações emotivas habituais. Ora, os símbolos emotivos do cristianismo passaram, por assim dizer, para o sangue da humanidade ocidental” (80).

(77) J. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, Paris, 1946, 66, citação de F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 61.

(78) F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona*, cit., 61.

(79) A. TORRENT, *Sucesión testamentaria*, in *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Vigo, 1998, 49.

Assim, o acúmulo patrimonial eclesiástico, motivado em grande parte pela sucessão testamentária a assumir grandes proporções no baixo Império romano em favor das causas pias (*piae causae*) associadas à Igreja, não só concorreu decisivamente para a fixação das primeiras bases da idéia de capacidade aquisitiva dessas entidades, como também para determinar os rumos da grande proliferação de outras sociedades fictícias que, finalmente, até mesmo sob o anonimato, como as sociedades anônimas, juntamente com a figura do Estado, ganharam personalidade própria para o pleno exercício da dominação.

10. CONCLUSÃO

No limitado espaço deste modesto trabalho, os fatos históricos aqui apresentados sugerem alinhar as seguintes conclusões:

1. Direito e política são indissociáveis ao longo da História, a ponto de a evolução jurídica só ser compreensível em face da sucessão dos acontecimentos políticos.

2. A partir da direção política adotada pelo imperador Constantino, através do Edito de Milão do ano 313, ao associar seus interesses aos interesses da Igreja, o poder do Império e o da Igreja passaram a dominar amplamente os destinos da Humanidade.

3. O testamento romano, outrora utilizado para garantir principalmente a sucessão dos valores morais e das tradições familiares, assim como para projetar ao futuro a própria personalidade do testador, passou a assumir caráter mais patrimonial, especialmente quando se intensificou a prática dos testamentos em favor das “causas pias”.

4. A necessidade de evitar a dissipação dos valores destinados por testamentos a essas causas piedosas motivou a criação de novas formas de inalienabilidade, à semelhança do que ocorrera outrora com as “*res divini iuris*”, estabelecendo-se assim os primeiros fundamentos da separação entre as pessoas físicas e as corporações religiosas.

5. Com o canonista Sinibaldus Fliscus, no século XIII, surgiu a “*persona ficta*” idealizada por ele para separar as pessoas físicas (presumivelmente inocentes) do conjunto dos habitantes de uma cidade (“*persona ficta*”), quando atingida pela pena da excomunhão.

6. A “*persona ficta*” abriu caminho para a concepção da “pessoa moral”, que, por sua vez, se transformou, por obra da Pandectística alemã, na atual figura da pessoa jurídica, também fictícia.

7. Da pessoa jurídica, enaltecida e propalada como a grande invenção do nosso tempo, resulta a imensa proliferação de muitas formas de entidades fictícias (poderíamos dizer fantasmas), cujos fins nem sempre atendem aos interesses do bem comum, inclusive a figura das sociedades anônimas, que em cumplicidade muitas vezes com o próprio Estado (também pessoa jurídica), constituem, no contexto das desigualdades sociais do mundo capitalista, uma das principais causas da crise do direito contemporâneo.

8. Assim, a verdadeira essência da crise do direito atual reside na chamada “ciência do direito”, ao desconsiderar, com sua postura dogmática e arrogante, o significado e o valor dos estudos do direito romano, que simplesmente desconheceu a pessoa jurídica.

9. O fato de ter sido desconhecida do direito romano a pessoa jurídica não causou qualquer prejuízo à posição jurídica dos cidadãos romanos; pelo contrário, não se conhece experiência alguma neste planeta que supere ou pelo menos se iguale à excelente experiência jurídica romana do período clássico oriundo da República.

10. O mundo contemporâneo debate-se com os mais graves conflitos. Pessoas jurídicas (fictícias), parecem demonstrar mais força em destruir o ser humano do que em construir. Entidades fantasmas, por assim dizer, multiplicam-se e promovem assumidamente o terror, em face do terrorismo do próprio Estado, que, ao invés de detectar e eliminar as causas do terror ataca-lhe os efeitos, causando ainda maior terror. Um estudo mais atento da História poderia levar-nos à constatação de que o Estado também é um fantasma. Fantasma que assusta e mata. Pela via sinuosa dos testamentos, ao longo do decadente regime imperial e monárquico, insinuou-se a ficção da pessoa jurídica até chegar à desditosa situação atual. Distanciados da sabedoria romana, que simplesmente desconheceu a pessoa jurídica, temos necessidade de voltar às suas lições, a fim de reaprender. Afinal, só reconstituindo o passado é que poderemos verdadeiramente construir o futuro.