

Diego Corapi

A IDEIA DE CÓDIGO NO ENSINAMENTO DE TULLIO ASCARELLI E A ATUAL EVOLUÇÃO DAS CODIFICAÇÕES DO DIREITO COMERCIAL¹

Tradução de José Estevam de Almeida Prado

I. INTRODUÇÃO

A crescente complexidade da produção de regras em todos os setores da vida associativa e em particular no da economia, o dilúvio de normas de diversos níveis têm posto em crise em todos os países a noção de ordenamento jurídico enquanto *corpus iuris* coerente.

Nos países de tradição civilística, onde a exigência de coerência como um todo do ordenamento é satisfeita com a construção formal de um sistema de normas, é à codificação, entendida como instrumento para abarcar em um texto coerente e completo os preceitos fundamentais, que se dirige a reflexão crítica: Natalino Irti falou de uma idade da codificação, querendo com isso indicar a perda de centralidade do código como fundamento sistemático do ordenamento².

Mas, não obstante isso, a presença do código paradoxalmente não desaparece, ao contrário, pode-se registrar significativos avanços em diversos países: nos EUA, o UCC é objeto de revisão que confirma a validade como base do direito do comércio; nos Países Baixos, o código civil foi inteiramente reformado; também em nível internacional, leis uniformes que são “códigos” setoriais são introduzidas (a CISG) e até mesmo se tenta um *Restatement*

¹ Este estudo foi apresentado em uma conferência ocorrida na Universidade de São Paulo. Dedico-o à lembrança comovente de Claude Ducouloux Favard, que, antiga aluna de Tullio Ascarelli, manteve sempre em seus estudos e na sua vida uma forte ligação com a Itália e que se tornou por isso uma colega e amiga constante e afetuosa no caminho comum da pesquisa e do ensino.

² N. Irti, *Letà della decodificazione*, Milano 1979. O autor reexaminou o tema em “*Letà della decodificazione*” *vent’anni dopo*, Milano 1999.

das regras pactuadas em contratos comerciais internacionais (os Princípios UNIDROIT), enquanto no contexto europeu se colocam em andamento ambiciosos projetos de código civil³.

O novo código civil do Brasil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003⁴, está, assim, em sintonia com uma evolução que vê a confirmação da codificação como momento fundante do sistema; da mesma forma, a unificação do direito das obrigações e a superação da distinção entre direito civil e direito comercial, embora continuando a identificar na empresa a noção específica que qualifica a disciplina da atividade econômica.

Essa evolução impõe também uma renovada reflexão crítica por parte do intérprete.

De que modo o ensino de Ascarelli pode hoje nos acompanhar nesta reflexão?

Quais e de que modo questões atuais encontram no pensamento e nos estudos do maestro elementos para uma análise e renovada solução?

³ Ao *Draft Frame of Reference* (DCFR), preparado por um *Study Group on a European Civil Code* e publicado em versão final em 2009, foi dado seguimento em 2011 a um *Feasibility Study* redigido por um *Expert Group* nomeado pela Comissão CE e seguido também de uma proposta para uma *Common European Sales Law*. Sobre o alcance e significado dessa iniciativa, v. D. Derada, *Codice civile europeo: tra necessità e rilievi critici*, in *Riv.dir.comm.*, 2013, I, 323. Para uma reflexão sobre essas iniciativas no contexto da evolução dos ordenamentos jurídicos imposta pela “globalização”, v. S. Rodotà, *Un codice per l’Europa? Diritto nazionale, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell’incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, p. 541.

⁴ Sobre esse ponto se pode ver o meu artigo *L’unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile*, in *Riv.dir.comm.* 2002, I, 801. Para uma visão geral do sistema jurídico brasileiro: também os meus artigos *Il diritto brasiliano: nuovo terreno d’indagine per la comparazione*, in *Riv.dir.civ.* 2007, I, 375; *Tradizione romanistica e influenza di common law nell’evoluzione del diritto brasiliano*, in *Riv.dir.comm.* 2009, I, 365. Para uma reconstrução histórica, v. R.M. Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: Appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, XXXII / XXXIV, p. 963.

2. A HISTÓRIA DO DIREITO E O DIREITO COMPARADO NA CONCEPÇÃO DE TULLIO ASCARELLI

A primeira sugestão que surge das páginas de Ascarelli sobre os temas da codificação e do significado da unificação do direito das obrigações concerne à necessidade de uma consideração histórica e comparatística, além de técnico-jurídica e sociológico-econômica.

Esta é, creio, a grande herança que nos deixou o nosso mestre: a história e a comparação não têm apenas o efeito de enriquecer o conhecimento e a cultura do jurista; a história e a comparação são momentos indispensáveis da interpretação das normas. Somente através de uma visão do desenvolvimento histórico das normas e dos institutos e da sua colocação em relação a outros ordenamentos, é possível, para Ascarelli, a avaliação do intérprete que constitui a real essência do fenômeno jurídico.

No trabalho de interpretação que cotidianamente realiza o intérprete, realiza-se a síntese entre momento criativo e exigência de continuidade e coerência do sistema, que é a dialética que, segundo Ascarelli, concretiza a relação entre a exigência de equidade (justiça) e a de certeza do direito.

Se de fato, segundo Ascarelli, “a norma será para sempre tal como é interpretada” e “a interpretação não é uma dedução euclidiana das premissas articuladas ou individualizadas”, mas “base última das normas que possam ser identificadas como jurídicas pelos consociados”, para ele continua sendo verdadeiro que em cada ordenamento se distingue entre a norma a aplicar e a interpretação em um enquadramento conceitual, sistemático, que possa assegurar a sua continuidade⁵.

Já nos dois últimos séculos, no mundo da *civil law* a François Geny, e depois no século XX na Alemanha a Philip Heck e Eugen Ehrlich, na Escandinávia a Alf Ross e aos realistas, e no mundo da *common law* a Jerome Frank e Karl Llewellyn, ficou claro que o processo por meio do qual se chega à decisão de um caso e o processo com o qual se motiva são distintos.

Se na *common law* esse reconhecimento tem levado a uma revisão crítica e nos EUA, ao abandono definitivo da chamada teoria declarativa baseada

⁵ T. Ascarelli, *Prefazione*, in *Studi di diritto comparato e di teoria dell'interpretazione*, Milano, 1953 p. IX, em partic. na p. XXVII: “A tarefa do intérprete se resolve exatamente em uma contínua conciliação entre as posições de novas normas que respondem ao seu critério de justiça e a asseguaração de uma continuidade imposta por uma exigência de certeza sem a qual pois não existiria justiça”.

em uma rígida aplicação do precedente judicial como direito individualizado pelo juiz de modo definitivo no corpo de uma tradição já existente, na *civil law* esse reconhecimento tem produzido não somente uma visão mais elástica do papel do intérprete na floresta do direito positivo, mas também a revisão da própria doutrina rígida da lei como única fonte do direito.

Tullio Ascarelli, mesmo antes de iniciar a sua carreira de “viajante jurídico”⁶, mas já precoce e voraz leitor, colocou-se imediatamente a questão em termos em que emerge violentamente na tradição de *civil law* que considera o direito acima de tudo como sistema de normas positivas: o seu primeiro estudo foi dedicado, de fato, ao problema das lacunas.

E nisso Ascarelli estabeleceu a questão no pressuposto de que, tendo o direito características de necessidade e imanência na vida social, a sua completude postula o reconhecimento da complexidade da sua interpretação no âmbito da unidade do ordenamento.

A teoria da interpretação criativa permite, segundo Ascarelli, superar a antinomia entre a exigência de resolver cada possível controvérsia e a abstração da norma jurídica e de dar o justo relevo aos instrumentos usados cotidianamente pelo jurista como a analogia e a ficção.

É aqui, *in nuce*, o fundamento dos desenvolvimentos do seu pensamento que o conduzirá à concepção do negócio indireto e – no plano da reflexão cultural – à simpatia pela interpretação sutil de Porzia, no Mercador de Veneza de Shakespeare, mais que pela radical posição de Antígona, de Sófocles, que se abate sobre o sistema como um todo⁷.

Assim, é a própria visão histórica e comparatística que permite dar um passo adiante com respeito à exegese e à teoria declarativa da existência das normas *tel quel* e, portanto, que permite que a avaliação do intérprete se integre dos elementos para uma adequada síntese criativa.

Ascarelli, como partícipe da tradicional cultura historicista crociana da Itália do seu tempo, sente de modo fortemente inovador a instância

⁶ Como o definiu P. Grossi, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato* 1997, 3, p. 485. Não apenas “viajante no mundo”, mas sobretudo exilado por causa das leis raciais. Sobre a sua vida e obra, v. M. Stella Richter, *Ascarelli Tullio*, in *Enc. it. Treccani*. Para a visão do seu pensamento por parte dos mais notáveis estudiosos seus colegas, v. os *Scritti in memoria*. Para uma sua reconstrução, vide também F. D'Urso, *Funzione economica e struttura giuridica nell'opera di Tullio Ascarelli*, in www.i-lex.scienzeigiuridiche.scienzeecognitive.intelligenzaartificiale. *Rivista quadrimestrale on line*, giugno 2013, n. 18.

⁷ T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, p. 3.

Andrea Marighetto

O PROFESSOR TULLIO ASCARELLI: UMA IMPORTANTE CONTRIBUIÇÃO AO MUNDO DO DIREITO

1. O PENSAMENTO “CRIATIVO” EM TULLIO ASCARELLI¹

É possível entender o pensamento de Tullio Ascarelli pela sua obra acerca da teoria da interpretação. A metodologia de Ascarelli concretiza-se em uma contínua análise do direito e do método do Direito baseada em uma interpretação histórico-sistemática e comparativa dos institutos considerados. Portanto, para Ascarelli a metodologia de análise não se reduz a uma simples atividade de “leitura” passiva dos institutos, mas é um verdadeiro exercício de análise crítico e criativo².

É possível descrever o método de análise do Direito de Ascarelli em quatro momentos fundamentais: a) a centralidade da interpretação, entendida como motor de criação e desenvolvimento do Direito; b) a criatividade e o dinamismo interpretativos como elementos necessários na continuidade do desenvolvimento do sistema de Direito; c) a contextualização histórico-econômico-social do instituto jurídico a ser interpretado, sem a qual – de acordo com Ascarelli – não é possível entender realmente a finalidade da norma; d) o uso racional e limitado da argumentação no método interpretativo para garantir um controle interno e externo da norma jurídica³.

Para Ascarelli a separação entre a dogmática e a análise dinâmica dos institutos jurídicos deve-se principalmente à sua própria formação e experiência

¹ Veja-se o verbete “Ascarelli, Tullio” de RICHTER, Mario Stella. *O contributo italiano à história do pensamento* – Direito (2012). Enciclopedia Italiana Treccani.

² BOBBIO, Norberto. Itinerario di Tullio Ascarelli, in VVAA, *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano; Giuffrè, 1969; RODOTÀ, Stefano. *Ascarelli Tullio*, in VVAA, *Dizionario biografico degli italiani* Roma: Treccani, 1962, IV, p. 371; FERRARA, Francesco. Tullio Ascarelli in *Rivista di diritto civile*, Padova: Cedam, 1960, I, p. 113; CASA, Federico. *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999; REALE, Miguel. *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983, p. 231 e ss., ASCARELLI, Tullio. *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

³ MERRYMAN, John Henry, *The Italian Style: III Interpretation in 18 Stanford Law Review*, 1965-1966, 583.

de jurista de Direito Comercial, cujo conhecimento fundamenta-se mais no estudo empírico, de casos concretos, do que na análise dos dispositivos legais e o trabalho exegético da dogmática. Os casos concretos são analisados à luz das suas contextualizações históricas, econômicas e sociais, e interpretados considerando o tratamento dos mesmos em outras legislações e experiências jurídicas.

Por estes motivos, o interprete e a sua atividade representam uma parte importante na criação e no desenvolvimento da doutrina e do sistema jurídico em geral. Existe em Ascarelli um abandono do dogmatismo e do formalismo, bem tradicionais na experiência jurídica italiana, em favor de um sistema dinâmica, criativa e propositiva.

A atividade de interpretação, portanto, é necessariamente constitutiva e não unicamente declarativa. O propósito constitutivo abrange, de um lado, a capacidade de suprir lacunas jurídicas para resolver específicos casos; doutro – nisso é possível reconhecer a importância da atividade interpretativa segundo o pensamento de Ascarelli –, a função *de iure condendo* para criação de normas e regulamentação de específicos institutos⁴.

Neste sentido, a interpretação desenvolve duas importantes tarefas: de um lado, a de garantir a certeza do Direito, no sentido de assegurar o respeito aos institutos jurídicos tradicionais; doutro, a de garantir a renovação e a atualização do sistema jurídico como todo, promovendo a emanção e a adoção de uma normativa que responda às situações em contínua evolução e modificação. Em particular, para realizar esta última tarefa, Ascarelli acreditava que a utilização da metodologia da comparação, entre sistemas de *civil law* e *common law*, era extremamente relevante, exatamente para destacar a presença de diferentes modelos e soluções.

Outra importante característica da metodologia interpretativa de Ascarelli é a utilização da técnica da sistemática organizativa dos casos e das experiências factuais referentes à aplicação do Direito. Esta metodologia é evidentemente instrumental, tornando mais direta e eficiente a comparação de casos entre as diferentes jurisdições e sistemas de Direito.

O Direito é, portanto, um sistema de normas que disciplina – juridicamente – as relações humanas e sociais dos indivíduos, segundo uma lógica pela qual o Direito é só uma das técnicas que disciplina as relações entre os indivíduos. Tal impostação permite a Ascarelli interagir, ao mesmo

⁴ CAIANI, Luigi. *Tullio Ascarelli e il problema del metodo*, in id, *La filosofia dei giuristi italiani*. Padova, Cedam, 1955.

Tullio Ascarelli

EMPRESÁRIO OCULTO E SOBERANO DA SOCIEDADE – RESPONSABILIDADE LIMITADA E FRAUDE À LEI¹

Tradução de Luana F. Joppert Swensson

1. A sentença do Tribunal de Milão volta a examinar, e sob um aspecto, talvez novo só na aparência, um velho problema: o da responsabilidade, utilizando as palavras de Mossa, do “soberano” da sociedade, ou seja, no caso da sentença, do sócio único (aliás dos cônjuges sócios únicos), no qual a sentença, dado o pleno domínio exercido sobre a sociedade, reconhece um empresário e um empresário comercial, passível então de falência.

O problema já foi amplamente examinado, há mais de 26 anos, em relação à disciplina das sociedades por ações. Primeiro SRAFFA e BONFANTE, em seguida, eu mesmo, depois GRECO e CICU, assim como DE GENNARO, AULETTA, GHIDINI, DOMINEDÒ, BUTERA, CASTELLETT e, recentemente, BRAGANTINI, dedicamos amplas pesquisas ao problema, internacionalmente conhecido, da sociedade constituída com a finalidade de se exercer comércio com responsabilidade limitada ou, mais genericamente, da sociedade cujas ações se concentram nas mãos de uma única pessoa.

Após estudos, polêmicas, análises e discussão em relação à hipótese da simulação (prevalentemente descartada), à hipótese da impossibilidade de simulação em razão da intervenção da autoridade judiciária na homologação (também essa prevalentemente rejeitada), àquela do negócio indireto (ousaria dizer, prevalentemente aceita), a solução da doutrina e da jurisprudência parecia ter sido alcançada com geral consenso sobre a validade e licitude da sociedade assim constituída (veja o equilibrado exame realizado por DE GREGORIO, *Società*, Torino, 1938, pag. 3 ss., ao resumir polêmicas e conclusões), embora sendo afirmada a necessidade de reação contra utilizações fraudulentas.

¹ De *Foro Italiano* 1952, I, 1315; nota à sentença do Tribunal de Milão de 13 de junho de 1951, cuja súmula é: “Torna-se empresário e fica então sujeito ao procedimento de falência a pessoa física que exerce atividade comercial ou industrial utilizando-se de sociedade comercial da qual tenha domínio exclusivo. O Tribunal competente a declarar a falência do assim chamado empresário oculto pode declarar a falência inclusive da sociedade interposta”.

A conclusão correspondia àquela de uma ampla jurisprudência internacional, tanto do direito continental, quanto do anglo-saxão (onde costuma ser evocado o precedente do caso *Salomon vs. Salomon*): o legislador, em seu art. 2362, parecia, embora restringindo as consequências práticas desta premissa, acolhê-la. A própria responsabilidade ilimitada instaurada pelo art. 2362 parece, com efeito, se basear na lícita existência da sociedade, embora reduzida a um acionista, e o entendimento da época em relação à analogia entre esse caso e o da sociedade constituída ao final da subsequente concentração de suas ações parece manter sua validade. Isso naturalmente não exclui que, no caso concreto, ao deixar de existir a distinção entre o patrimônio da sociedade e o do sócio, este (mas então se trata de uma norma que não diz apenas respeito à sociedade de um ou de poucos sócios, nem somente ao sócio, embora a hipótese concreta possa ocorrer mais frequentemente nas sociedades com um ou pouquíssimos sócios) seja considerado ilimitadamente responsável pelas dívidas da nova sociedade surgida pela confusão entre seu patrimônio e o da sociedade (poderia ser talvez este o caso na hipótese examinada pelo Tribunal de Milão).

Não voltarei a este aspecto do problema já por mim tratado repetidamente (v. nos meus *Studi in tema di società*, Milano, 1952, os estudos republicados nas pags. 55, 61, 75 e 337 e, em meus *Studi in tema di contratti*, o estudo sobre *Negoziò indiretto*, pags. 3 e 131; nestes estudos, v. também as referências ao tratamento de tais problemas fora da Itália e as considerações sobre a insuficiência do art. 2362 [inspirado na premissa nominalista do número dos sócios] para combater as fraudes que aquele artigo gostaria de atingir e o exame crítico da tese de MOSSA [de que há um precedente em VIVANTE, que sustentava a tese depois acolhida legislativamente no art. 2362] sobre a soberania da empresa).

Limito-me a lembrar que a jurisprudência recente seguiu princípio oposto ao acolhido pelo Tribunal de Milão, admitindo a continuidade da sociedade por ações, embora reduzida a um acionista só, ilimitadamente responsável nos limites do art. 2362².

² Cass. 1 de agosto de 1947, *Foro it.*, Rep. 1947, verbete *Società*, n. 89 de 27 de dezembro de 1948, *id.*, 1949, I, 1176; e na doutrina sobre o novo código, GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1950, pag. 148.

A hipótese do tribunal de Milão demonstra justamente a inadequação do art. 2362 que, restritivamente interpretado (ou seja, com a referência a um *único* sócio), pode acabar nunca sendo aplicável e que, extensivamente interpretado, pode abrir a oportunidade de se incluir a responsabilidade ilimitada do acionista “soberano” (e é soberano até mesmo o acionista com