

No direito romano, a *societas omnium bonorum* exerceu papel de relêvo. Não era preciso que os bens fossem transferidos especialmente ao patrimônio social. A conclusão do contrato social, tudo que era dos sócios — exceto os créditos (PAULO, L. 1, § 1, e L. 3, § 1, pr., D., *pro socio*, 17, 2) — automaticamente entrava no patrimônio social. A L. 3, pr., refere-se aos créditos, mas frisa a prestação das *actiones* que correspondiam aos créditos (cf. P. VAN WARMELO, *Aspects of Joint Ownership in Roman Law, Tijdschrift voor Rechtsge-schiedis*, 25, 168 s.). Não havia automaticidade para os bens posteriormente adquiridos (PAPINIANO, L. 52, § 8, D., *pro socio*, 17, 2; ULPIANO, L. 73). SALVATORE RIGGIBONO (Traditio ficta, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 34, 185 s.), que tantos outros seguiram (e. g., FRITZ SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, 84, nota 4, e HEINRICH SIBER, *Römisches Recht*, II, 206), tinha o conteúdo do fragmento de PAULO como Justiniano; mas, com o recente descobrimento de fragmento das *Institutiones* de GAIO, não se pode pensar que só houve a *societas* moderna baseada na comunhão hereditária, com a *societas omnium bonorum*. O texto que se veio a conhecer alterou profundamente, e tinha de alterar, o que se afirmava sobre o *consortium*.

O pacto de admissão do herdeiro do sócio era nulo (SABINO, L. 59, pr., D., *pro socio*, 17, 2; ULPIANO, L. 35). Não se podia convencionar a continuação da sociedade com os sócios sobreviventes (L. 65, § 9, D., *pro socio*, 17, 2).

A prestação podia consistir em coisa, ou em dinheiro, ou bens incorpóreos, ou em trabalho. Tanto podia ser da propriedade, como de direito real, ou de simples uso e fruição, sem a gravação de direito real (L. 58, pr. e § 1, e L. 52, D., *pro socio*, 17, 2). Só o exame do caso concreto podia dar a conhecer, em caso de dificuldade, o que foi que se prometeu prestar. O trabalho podia não ter valor pecuniário, pôsto que mais frequente fôsse o trabalho-valor. Podia ocorrer o *negotium mixtum cum donatione*. O contrato de sociedade não deixava de ser contrato de sociedade somente pelo fato de não corresponder à prestação a participação de alguns sócios ou de um sócio. Nem obstava ao contrato de sociedade a cláusula que fazia diferente da

participação nos lucros a participação nos danos, ou de só um dos sócios ter o risco (L. 29, § 2, e L. 30, D., *pro socio*, 17, 2).

Na *societas* romana, a vinculação era de direito das obrigações, e não de direito das coisas. A comunhão, sim. Com o direito germânico, a mão-comum, *gesamte Hand*, introduziu o elemento real, que faltava à *societas*. Daí se ascendeu à personificação das associações e das sociedades. O condomínio e a herança não conseguiram ser pessoas; a associação e a sociedade, sim.

§ 5.168. Conceito de sociedade

1. ELEMENTOS PARA A DEFINIÇÃO. — *Contrato de sociedade* é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se vinculam, reciprocamente, a colimar fim comum, mediante a co-atividade. a) Há de haver o *fim comum*, fim que pode não ser patrimonial, pôsto que tenham os figurantes do contrato de prestar o que seja necessário à consecução da finalidade. O fim pode ser econômico, religioso, artístico, jurídico, moral, político, ou científico. Mas as sociedades mais freqüentes e de maior importância são as sociedades de fins patrimoniais. Dentre essas, vêm em primeiro plano as sociedades de *fins aquisicionais*, ou para exploração, em comum, de indústria, ou de tráfico (comércio, transportes), duradouras ou ocasionais (e. g., sociedade para venda nas festas do ano nôvo, ou de alguma comediação). O fim pode não ser egoístico. A sociedade pode ter escopo de interesse geral (e. g., de cidade, vila, ou rua, ou mendigos, ou crianças, ou velhos), ou terceiro ou terceiros. Então, o fim comum existe, sem que o proveito social seja para os sócios.

Mediante manifestação de vontade de duas ou mais pessoas é que se constitui o contrato de sociedade. Porém a sociedade, efeito, pode provir da lei, ou de manifestação de vontade alheia. Lê-se no Código Civil, art. 1.363: "Celebaram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns". Aí, o que se define é o contrato de sociedade, mas sócios podem ser duas ou mais pessoas, conforme regra jurídica, como se a lei estabeleceu que algum prêmio pela descoberta de processo químico, ou outra descoberta, é a empresa que o Estado fun-

dara e para a qual a lei mesma dá as cláusulas constitutivas e os estatutos. A herança ou o legado de empresa que era do testador tece relações jurídicas entre os co-herdeiros e os co-legatários que não são de origem contratual. Ainda assim, há contactuação que assenta no recebimento do prêmio, ou na aceitação da herança ou do legado. A ineliminabilidade do acôrdo mostra que a sociedade se constituiu e passou a reger-se pelas regras jurídicas do contrato de sociedade, com a figura, os direitos e os deveres de sócios.

2. FIM DA SOCIEDADE E OBJETO SOCIAL. — O contrato de sociedade conclui-se para que duas ou mais pessoas se vinculem a prestações, versadas no interêsse comum. Qualquer das prestações não pode ser só em proveito de quem a faz, ou de outra pessoa. A comunidade do interêsse é elemento essencial ao conceito. Isso não afasta que a distribuição dos lucros possa ser de inspiração diferente.

O fim do contrato é a obtenção do que se reputa conseguintel com a comunidade das prestações. O fim, dito, às vêzes, “objeto”, há de ser *lícito e possível*.

O fim pode ser *patrimonial*, ou *não-patrimonial* (incremento da ciência, da arte, da moral, da religião, do direito, da política, ou da própria economia). Por vêzes, o caráter não era de enriquecimento, sem deixar de ser patrimonial, como acontece com os clubes de diversões, ou de amadores, ou de esportes, ou de lições.

A *participação nos lucros*, por parte dos empregados, não cria vínculo social (Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de março de 1896 e 10 de abril de 1897, *O D.*, 79, 614 s.). Nem o *empréstimo com participação nos lucros*: trata-se de mútuo ou de empréstimo de uso ou de uso e fruição. Nem a *outorga de poder* (mandato ou outra figura) ou *comissão* para venda de mercadorias, com parte nos lucros (Relação do Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1873, *O D.*, I, 473 s.). Nem a compra por duas ou mais pessoas de patrimônio ou massa, para que se dividam os lucros ou os lucros e perdas (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de janeiro de 1898, *O D.*, 78, 535).

3. PRÉ-CONTRATO. — Pode haver pré-contrato de sociedade ou de associação, uma vez que se precise o fim e se dêem

as outras indicações. Ainda não se criou a sociedade, porque essa é efeito do contrato de sociedade, e não de promessa de contratar. Não há só a indenizabilidade dos danos, pelo inadimplemento do que se prometeu (sem razão, J. HÉMAR, *Théorie et Pratique des Nullités de sociétés et des Sociétés de fait*, 165). O art. 1.006 e os §§ 1.º e 2.º do Código de Processo Civil podem ser invocados.

4. AÇÃO DO SÓCIO. — Entre os sócios há relações jurídicas de direito das obrigações e de direito das coisas. Daí *direitos, deveres, prestações, obrigações e ações*, que existem entre êles. No direito romano, a *actio pro socio* tinha o caráter de *iudicium bonae fidei*. Por ela, o sócio pedia o que era seu, a parte nos lucros, a partição das perdas e dos danos que lhe houvessem causado. Tinha o demandado de ressarcir os danos que resultassem do dolo ou negligência grave (GAIO, L. 72, D., *pro socio*, 17, 2; PAULO, L. 65, §§ 4 e 5). No direito pós-clássico, o sócio respondia pela falta da diligência que êle teria com os seus próprios negócios.

5. FINS COMUNS E ATIVIDADE HUMANA. — O ser humano, produto da assembléia, como foi, não poderia ter sômente fins individuais, sômente ter por fito atingir o que interessa ao seu eu. Os fins coletivos, que dependem de cooperação de duas ou mais pessoas, inclusive de coletividades amplas, como o clã, a tribo, a nação, o Estado, têm a maior relevância na vida do homem. Em lugar de se aterem a prestar ou prometer prestar e quererem ou exigirem contraprestação, juntam-se, às vêzes, por meio de contrato, para que a atividade comum, que êles prometem, consiga os fins comuns.

Pode a sociedade não ter estrutura ou não ter satisfeito pressupostos para haver direção, com a submissão de tôdas as vontades à maiorie, e nome que mostre a distinção entre o grupo e cada membro do grupo.

A atividade de um homem, mesmo com os seus empregados, pode não ser suficiente para se atingir o fim que se tem. Daí, a necessidade da associação e da sociedade. As regras jurídicas sôbre as sociedades buscam solução aos problemas de organização e de comunhão das atividades humanas.

6. OBJETO DA SOCIEDADE. — O objeto social é o que se prevê como atividade da sociedade. Há atos que a sociedade pratica sem estarem incluídos no objeto social e não estão, por isso mesmo, incluídos nas funções da gerência. A sociedade, pessoa jurídica, pode figurar em atos que o contrato não prevêiu como de objeto social. Só há as limitações legais e a exigência de que os sócios ou os órgãos competentes os admitam. É raro que se haja dado aos sócios gerentes a legitimação para atos estranhos ao objeto social, ao fim da sociedade; então, se isso não ocorreu, só a assembleia de sócios pode permiti-los (SCHLINK, *Die Ultra-vires Lehre im englischen Privatrecht*, 1 s.). No direito inglês, há a teoria do “*ultra vires*”, segundo a qual se algum ato é estranho à atividade da sociedade, previamente no contrato, há exorbitância dos poderes de gestão e positivamente da própria capacidade da pessoa jurídica. Assim, afasta-se a teoria da *igualdade das pessoas*, segundo a qual o que a pessoa física pode praticar também o pode a pessoa jurídica, salvo limitação legal ou estatutária explícita. Naquela teoria, não há ratificação pelos sócios, em caso de infração, porque a mesma sociedade não o poderia, através de assembleia geral. Na própria Inglaterra, a nova legislação pós de lado, em parte, a teoria. Mesmo sob aquela teoria, tinha-se de atender à diferença — eventual — entre a capacidade da sociedade e a competência do órgão, ou de determinados órgãos, caso em que a sociedade se vincula perante os terceiros de boa fé (A. F. TOPHAM, *Principles of Company Law*, 24; FRIDMAN, *The Law of Agency*, 234), ou ter havido ratificação. Não se pode negar a responsabilidade das sociedades pelos danos causados por seus órgãos, no exercício das suas funções, se o ato foi ato ilícito, nem a margem que as sociedades têm para atos que interessam à sua vida ou prosperidade, posto que não haja explicitude no que então se considera objeto da sociedade. Recorre-se à responsabilidade pelo fato de ligação do agente à sociedade, responsabilidade indireta (*vicarious liability*), como se vê em PALMER, SMITTHOFF e CURRY (*Company Law*, 20.^a ed., 90), não afasta que responda a sociedade por ser pessoa jurídica. Por outro lado, a lei vincula os empregadores e os que têm alguém como órgão (cf. Código Civil, arts. 1.521, III, e 1.523).

Objeto da sociedade não é só a atividade nos negócios específicos, é, também, a atividade que serve aos fins sociais, ou que é de supor-se que sirvam a eles. Daí não se pode estabelecer, *a priori*, quais são os atos exorbitantes, pois a troca de terrenos, por exemplo, pode ser útil, como pode ser útil o loteamento. São-no as emissões de ações a descoberto, ou sem deliberação da assembleia geral; não os atos que são conexos, sem serem infringentes da *cláusula de objeto* (objects-clause). Cp. CONNELL-PURSE (*Companies and Company Law*, 35). Compreende-se que as legislações dos Estados Unidos da América (*e. g.*, Vermont Public Acts 1915, n. 141, § 15; Ontario Act 1916, n. 35, sect. 6; Virginia Corporation Law 1956, § 5) tenham afastado a teoria do “*ultra-vires*”. No mesmo sentido, o Business Uniform Corporation Act de 1928 (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 149).

§ 5.169. Natureza da sociedade

1. COMUNIDADE E SOCIEDADE. — As relações jurídicas, em que a sociedade figura, resultam, em princípio, de contrato. Relações jurídicas semelhantes podem derivar de sucessão hereditária, de confusão, ou de incidência de regra jurídica que una duas ou mais pessoas. A *comunhão de interesse* surge de fatos assaz diversos (*e. g.*, entre co-herdeiros), como pode emanar de algum contrato (*e. g.*, casamento, sociedade). É antonomástico chamar-se comunidade à comunidade que não é social.

2. BILATERALIDADE E PLURILATERALIDADE. — O contrato de sociedade é contrato *a)* bilateral ou *b)* plurilateral? Afirmando a) PAUL OERTMANN (*Schuldrecht*, 859), G. PLANCK (*Kommentar*, III, 4.^a ed., 729) e HEINRICH DERNBURG (*Bürgerliches Recht*, II, 2, 655), que, a despeito disso, nega a invocabilidade do § 320 do Código Civil alemão (art. 1.092, 1.^a parte, do Código Civil brasileiro). Contra, EMIL STEINBACH (*Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation*, 3 s.), H. TITZE (*Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem BGB.*, 309 s.), JOSEF KOHLER (*Lehrbuch*, II, 279) e OTTO VON CIERKE (*Deutsches Privatrecht*, III, 830).

Primeiramente, precisemos que o adjetivo “bilateral”, como os adjetivos “unilateral” e “plurilateral”, referindo-se a

negócio jurídico, necessariamente alude a figurantes (dois, um, três ou mais). O número de figurantes é que importa. Posposto ou anteposto a contrato, que não pode ser negócio jurídico unilateral, já qualifica contrato, negócio jurídico bilateral ou plurilateral; portanto, somente se pode ligar a dever de prestar. A relação jurídica, o *efeito*, é que gera dever dos dois lados.

Como negócio jurídico, a sociedade é, sem exceção possível, bilateral (de dois sócios), ou plurilateral (de três ou mais sócios). Se o contrato (negócio jurídico bilateral ou plurilateral) é bilateral ou plurilateral (= gerador de relação jurídica obrigacional dos dois lados, ou de três ou mais) é outra questão, e só aí pode haver divergências. Evita, até certo ponto, confusões falar-se de *contrato de intercâmbio*, com bilateralidade ou plurilateralidade, ou de contratos que não são de intercâmbio (contratos unilaterais); mas a prestação para finalidade comum não faz não haver laços entre os sócios.

A sociedade é *efeito* do contrato de sociedade. O contrato de sociedade é para que se faça a sociedade, relação jurídica que dêle se irradie. O vínculo dos sócios é recíproco. Todos têm o dever de atividade ou contribuição para que se obtenha o fim comum. Cada sócio tem direito a que os outros cumpram, de modo que, se não há somente dois sócios, a plurilateralidade exsurge. Quando a sociedade exige que algum sócio ou alguns sócios adimplam o que prometeram, já a *pretensão de contribuição* está no patrimônio social, embora corresponda aos sócios em conjunto. Se algum dos sócios pode exigir a prestação, é para todos, e não para êle (GÜNTHER HAUPT-RUDOLF REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., 31; ALFRED HUECK, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., 36; HANS WÜRDINGER, *Recht der Personengesellschaften*, 47; HEINRICH LEHMANN, *Gesellschaftsrecht*, 65; KARL GEILER, *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 2.^a Parte, 9.^a ed., 41; JOHANNES FRIESECKE, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 683; contra, PAUL KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft*, 33).

Preliminarmente observemos que estamos a falar de contrato (de sociedade) bilateral ou plurilateral, e não só do negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que há em todos os

contratos. Sobre os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, Tomo XXXVIII, §§ 4.185-4.264.

A prestação de um figurante não é, evidentemente, prestação para o *outro figurante do contrato*, mesmo se só há dois sócios. Porque a contribuição é para a finalidade comum, cada sócio ou a sociedade pode exigir o adimplemento para todos (sem razão, GÜNTHER HAUPT-RUDOLF REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., 31; JOSEF ESSER, *Schuldrecht*, 408 s.).

Com a redução do número de sócios a dois, o contrato de sociedade não deixa de ser contrato de *prestações comunitadas*, para se tornar simplesmente intercambial. A bilateralidade pode corresponder contrato de sociedade como pode corresponder contrato de intercâmbio.

Na divergência, o grande mal estava em se partir do conceito de *lateralidade* (unilateralidade, bilateralidade, plurilateralidade) do contrato e querer-se que só os contratos de intercâmbio sejam bilaterais ou plurilaterais. De modo nenhum. Sejam dois ou mais de dois os sócios (seja bilateral ou plurilateral o contrato), o contrato de sociedade tem o elemento do fim comum, que retira a intercambialidade do contrato (A não presta a B, para que B preste a A, ou a terceiro, C; A presta a B para que as suas prestações tenham o destino que tende ao fim comum).

No contrato de compra-e-venda, A pode ser o comprador e B o vendedor, ou A e C os compradores e B o vendedor, ou A e C os compradores e B e D os vendedores. A bilateralidade permanece. No contrato de sociedade entre A, B e C, ou entre A, B, C e D, não: a plurilateralidade ressalta. Se alteração do contrato reduz o número de sócios a dois (A e B), nem por isso deixa de ser contrato de sociedade o que se fez e alterou. Não mais se trata de contrato plurilateral (erro grave de TULLIO ASCARELLI, Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale, *Foro Lombardo*, 1939, 108 s.; Contratto plurilaterale; comunione d'interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, VII, 730 e 732 s., 723). Se não houve a alteração do contrato e algum sócio se retirou, ou deixou de ser sócio por outra causa, de jeito que permaneça a vaga, então, sim, se pode falar de persistência da plurilateralidade,

porque não há só pluralidade possível por nova alteração do contrato, mas sim acidental desaparecimento.

O contrato de sociedade pode ser *bilateral* ou *plurilateral*. O contrato bilateral de sociedade pode modificar-se a ponto de se plurilateralizar. O contrato plurilateral de sociedade pode bilateralizar-se, o que implica alteração, ou sofrer a diminuição do número de sócios, com vagas que tenham ou possam ser preenchidas sem alteração do tipo do contrato.

O simples fato da diminuição acidental do número de sócios não torna bilateral o contrato de sociedade, porque, *ex hypothesi*, a pluralidade persiste, razão por que há *vagas*. Uma vez que não se alterou o contrato de sociedade, o ato *constitutivo*, obviamente continuou a pluralidade, acidentalmente atingida. Se, para a admissão de novos sócios (terceiro, ou outros), a alteração do ato constitutivo é indispensável, o contrato de sociedade tinha-se bilateralizado.

O contrato de sociedade pode ser *contrato aberto* ou *contrato fechado*. Se a falta de algum sócio ocorreu em sociedade de contrato aberto, há a abertura para outras pessoas e a vaga que advém somente tem relevância se concerne a número mínimo de sócios. A estruturação a porta aberta supõe o número variável de sócios, de modo que não se há de pensar em vaga. A estrutura fechada, mesmo se há número mínimo de sócios, permite que se cogite de vaga desde que a falta não diminua mais do que se pode admitir.

O contrato bilateral de sociedade pode ser plurilateralizado por alteração contratual, ou por ter o ato constitutivo previsto a plurilateralização.

A pluralizabilidade e à possibilidade de vagas pode corresponder *patrimônio social fixo*, com variabilidade do número de prestações. Os sócios são A, B e C, com as quotas *ad, be, cf*, para que, à entrada de D, a prestação *d*, que A fizera, passe a ser atribuída a D, e, à entrada de E, a prestação *e*, que fizera B, passe a ser atribuída a E. Cláusula contratual pode estabelecer que, ao deixar de ser sócio A, a quota passe a ser de B, ou de B e C, ou de quem suceda a A. Se inicialmente os sócios eram apenas A e B, com as quotas *ac* e *bd*, ou *acd* e *bef*, para que outros sejam admitidos, a pluralidade é *finalística*, de modo que a bilateralidade é *temporária*. A

transformação prevista no contrato de sociedade é mediante a *porta aberta* ou a *porta semi-aberta* (admissão dependente de aprovação dos dois sócios, ou dos sócios existentes).

As leis soem estabelecer a pluralidade necessária do contrato social (*e. g.*, para as sociedades por ações, mínimo de sete sócios).

O interesse em ser comum o fim faz ser comum o interesse. O conteúdo do interesse de cada sócio há de ser qualitativamente idêntico, o que faz elemento essencial, no contrato de sociedade e, pois, na sociedade mesma, que é efeito, a igualdade qualitativa (cf. VITTORIO SALANDRA, Il contratto plurilaterale e la società de due soci, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, III, 838). Quantitativamente, os interesses podem ser desiguais (diferenciados pelos valores das quotas, ou da participação nos lucros e nas perdas).

Temos de recusar a afirmação de FRANCESCO MESSINEO (La Struttura della Società e il cd. Contratto plurilaterale, *Rivista di Diritto civile*, 1943, 85 s.; *Dottrina generale del Contratto*, 3.ª ed., 47, 62 s.) de não haver *consenso* no contrato plurilateral, porque as manifestações de vontade são em sentido paralelo. De início, observemos que o paralelismo, a que o jurista italiano alude, é de flagrante artificialidade. Se A, B e C querem constituir sociedade, não querem em sentido de linhas paralelas, mas sim de linhas convergentes: há a contactuação das linhas e houve o consenso. Tanto há *in idem placitum consensus* no contrato de compra-e-venda, ou em qualquer outro negócio jurídico bilateral, como há no contrato de sociedade. Não há só o consentir (*cum-sentire*) se dois se acordam, também o há no acôrdo de três ou mais. No negócio jurídico unilateral, sim, não há *consensus*: só há *sentire* de uma pessoa, e aí, sim, houve erros êrassos de terminologia no Código Civil italiano, arts. 391 (assentimento seria, e não consentimento), 394 e 395 (casos de assistência, e não de consentimento), porém não em todos os casos que o jurista italiano exproubrou.

Quanto à tese de FRANCESCO MESSINEO de não ser contrato o negócio jurídico de criação de sociedade, deu-lhe resposta cabal GIUSEPPE FERRI (Società come contratto, *Diritto e Pratica commerciale*, 1943, I, 6 s.; *Studi in memoria de FRANCESCO FERRARA*, I, 259 s.). Se a lei pode criar sociedade

entre duas ou mais pessoas, *e. g.*, desapropriar o edifício tomado e fazer sócios, por lei, os que foram condôminos, para os proveitos e despesas do uso e fruição do bem, é outro problema; mas de modo nenhum deixa margem à tese absurda, que é a de FRANCESCO MESSINEO.

No contrato de compra-e-venda, no de troca e noutros semelhantes, as prestações são antagonicas, porque se inter-cambia. No contrato de sociedade, o fim comum pré-elimina o antagonismo: há bilateralidade do contrato, ou há plurilateralidade, mas há o plus da destinação; falta a enantimorfia, porque a separação do patrimônio pelo fim comum impede que o sócio fique em frente do outro sócio, todos miram o fim comum. Há convergência em vez de divergência prestacional.

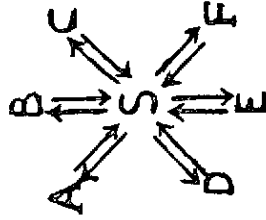
No contrato de intercâmbio, as figuras são as seguintes: Outorgante (*e. g.*, vendedor) \Leftrightarrow Outorgado (*e. g.*, comprador)

ou

Outorgantes (*e. g.*, vendedores) \Leftrightarrow Outorgados (*e. g.*, compradores)

Nos negócios jurídicos plurilaterais, as direções mudam; porém não há, *verba*, paralelismo, salvo se há pluralidade de negócios jurídicos.

Nas sociedades, pois que, nelas, não há o elemento de intercambialidade, o fim comum muda a posição das setas:



Assim é a figura, se só os órgãos sociais podem exigir o cumprimento dos deveres de cada sócio. Se qualquer dêles o pode, a figura é complexa, porque, além do que acima se tem, há \rightarrow de cada sócio para qualquer dos outros, pôsto que a prestação seja para o patrimônio da sociedade.

3. FIM COMUM. — O fim comum, na sociedade, é cons-trutivo, porque põe em comunhão, ou cooperação, o que não

estava em tal situação jurídica. O contrato plurilateral, com que se divide o bem comum, é desconstitutivo, razão por que não se pode negar a comunidade de interesses, nem a igualdade qualitativa, sem que se possa pensar em sociedade. No plano da comunhão de fim, a sociedade é criadora; a *divisão entre condôminos*, ou *co-herdeiros*, ou *entre compossuidores*, não no é: o resultado é individual, exatamente porque houve a *divisão*. (Dizer-se que a divisão é antítese perfeita do contrato plurilateral, importa reduzir-se o contrato plurilateral ao contrato de sociedade, que pode ser bilateral ou plurilateral e não é a única subespécie de contrato plurilateral. Sem razão, GIUSEPPE OSTI, *Contratto, Novissimo Digesto Italiano*, IV, 474, nota 3, que, aliás, aludia a desconstitutividade do contrato, o que nada tem com o ser unilateral, bilateral ou plurilateral. O distrato contrato é. Pode ser negócio jurídico bilateral ou plurilateral, mas supõe o contrato, que êle desconstitua, o que não ocorre no contrato de divisão, porque não se trata de desfazer contrato, mas situação jurídica que, por vêzes, não re-sultou, sequer, de contrato. Se o contrato de divisão é entre três ou mais pessoas, há contrato plurilateral, como ocorre com o contrato de sociedade: a diferença não está na estrutura ne-gocial, nem na estrutura contratual, mas sim no fim comum, ali *divisorio*, aqui, *societário*.)

O contrato de sociedade, como qualquer outro contrato, que possa ser plurilateral, tem de ser entre três ou mais figu-rantes, em posições *próprias*. (Os três ou mais compradores, ou os três ou mais vendedores, que contrataram a compra do prédio, em igualdade de frações, ou sem igualdade, não são figurantes em posição própria: há uma chave, por trás da qual êles estão. Os dois figurantes, no contrato de sociedade, estão em situação própria. Se são três ou mais os figurantes, há posição própria, e o contrato é plurilateral.) Há contratos de sociedade que não são plurilaterais e contratos plurilaterais que não são de sociedade ou de associação. Esse é um ponto que escapou a muitos juristas (*e. g.*, KARL WIELAND, *Handels-recht*, I, 453 s.; MATTEO FERRANTE, *Il Negozio giuridico — Concetto*, 115 s.). Principalmente, tem-se de repelir a identi-ficação entre contrato plurilateral e contrato de sociedade ou de associação, dito *contrato associativo* (cf. GIUSEPPE FERRI, *Contratto plurilaterale, Novissimo Digesto Italiano*, IV, 681).

4. **COMUNIDADE EFICACIAL.**— Há o *fim comum*, há duas ou mais pessoas que o querem atingir, mas, para isso, é preciso que o contrato de sociedade surta os efeitos que se quiseram resultantes do contrato, ou que dêles tenham, por lei, de resultar. Assim, não há somente a reciprocidade de deveres de prestação, porque o fim comum determina que se crie a comunidade, de jeito que há interesses que deixaram de ser individuais, para serem, também êles, *comuns*. Daí o problema de técnica legislativa que concerne ao atendimento e à defesa dos interesses comuns. São exemplos as regras jurídicas do Código Civil, arts. 1.373, 1.379, 1.380, 1.383, 1.386, 1.387, 1.396 e 1.397. As regras jurídicas que sejam dispositivas permittem cláusulas pré-excludentes, mas, se o afastamento do *ius cónstitutivum* é tal que se tira ao figurante do contrato qualquer influência na atividade social e qualquer fiscalização, não se há de pensar em sociedade (JOS. SCHAFFHEUTLE, *Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen*, 29). Não há só as relações jurídicas entre os sócios. Há a comunidade, que pode vir a personificar-se. Para isso, há ter os seus órgãos. Os sócios estão vinculados a atividade e gestão que tenham por fito obter a finalidade social. Há algo a mais, que caminha para a sociedade, que é efeito, e para a pessoa jurídica, de modo que se parte do Direito das Obrigações para se ir ao que concerne à Parte Geral, aos sujeitos e aos patrimônios. Sai-se da comunidade e vai-se à sociedade, para que se chegue à personalidade: ao elemento comum patrimonial adita-se o elemento comum às pessoas, mas para que se crie outra pessoa.

O elemento de vinculação recíproca, com o propósito da obtenção do fim comum, permite que se possa pensar em sociedade que a lei crie, em vez de o contrato constituí-la; e ao mesmo tempo a diferencie da comunidade jurídica simples, isto é, das comunhões que advêm de aquisição, em comum, de direitos (*e. g.*, comunhão conjugal, comunhão hereditária). A comunhão não só permanece no plano patrimonial, atinge as pessoas. Se fôsse concluído contrato, ou se a lei criasse vinculação apenas oriunda de comunhão patrimonial, não haveria, em tal espécie, sociedade.

Se há decretação de nulidade, ou de anulação, qualquer que seja a causa, do contrato de sociedade, há a *liquidação*, porque falta o elemento da comunidade pessoal.

Não se pode falar de *relação fáctica* de sociedade se o contrato de sociedade é nulo ou anulado. Num e noutro caso, não se reconhece o efeito do contrato de trabalho, ou do contrato de sociedade; reconhece-se que algo ocorreu, que entra no mundo jurídico para os efeitos que se lhe têm de atribuir. As relações jurídicas, a despeito de não se poderem considerar emanadas do *contrato de sociedade*, derivam do fato de ter havido prestações e contactos eficaciais. A relação é, portanto, jurídica, e não fáctica.

Nas "sociedades", a que não se reconhece o vínculo contratual ou requisito para existir, não se pode deixar de considerar o que ocorreu entre os que seriam membros (cf. ALFRED HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, 2.^a ed., 44 s., 56 s.).

O contrato de sociedade não é contrato a favor da sociedade futura. É constitutivo da sociedade. Os figurantes criam-na, dão-lhe os pressupostos para o registo e a personificação, e para que, desde a criação, tenha direitos e deveres perante êles e os possa exercer.

Daí ser absurdo falar-se de contrato a favor de terceiro, que seria o de sociedade: a sociedade não é terceiro; a sociedade é criação do contrato. As vinculações dos sócios tiveram por fito criá-la; se não a criaram, ela não é. Por isso, quando se fala de *sociedade de fato*, assunto de que cogitaremos, tem-se de ter toda a atenção para a íntima contradição, que há na expressão: sociedade de fato é a sociedade que não é sociedade; não foi criada; o que no mundo jurídico seria sociedade lá não chegou. Se há efeitos jurídicos, não são sociais.

5. **DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO.**— Há *a*) as associações e as sociedades públicas, isto é, de direito público, *b*) as associações e sociedades privadas, isto é, de direito privado, *c*) as associações e as sociedades que entram no direito privado mas criadas pelo Estado, *d*) as que entram e são consideradas elimináveis (o contrato é anulável), *e*) as que não entram no direito. As associações e sociedades *d*) permanecem no mundo fáctico e não são associações ou sociedades se só consideramos associações ou sociedades as que resultam de contrato *existente*. As associações e sociedades *e*) supõem contrato *existente e nulo*.

Para que as sociedades tenham personalidade, é preciso que satisfaçam exigências legais, quase sempre que se registem. A sociedade que consta de contrato de sociedade, porém ainda não se personificou, tem trato especial, de que falaremos com minúcias.

§ 5.170. Espécies de sociedades (sociedade universal, sociedade particular, e outras sociedades)

1. EXTENSÃO PATRIMONIAL DA SOCIEDADE. — O problema legislativo que logo surge é o da admissão ou vedação das sociedades universais. Ou se limita, ou não se limita a autonomia da vontade. Diz o Código Civil, art. 1.367: "As sociedades são universais, ou particulares". Essa solução não é tolerada por alguns sistemas, como o Código Civil argentino, art. 1.651, o chileno, art. 2.056, e o alemão, § 310.

Lê-se no Código Civil argentino, art. 1.651: "Es nula la sociedad de todos los bienes presentes e futuros de los socios, ó de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos los bienes presentes designándolos; y tambien de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados bienes". O Código Civil alemão, § 310, diz ser nulo o contrato pelo qual um dos figurantes se vincula a transmitir o seu patrimônio futuro, ou parte do seu patrimônio futuro, ou gravar com usufruto o patrimônio. Há, portanto, diferença entre as duas soluções vedativas.

A solução permissiva veio, para o direito brasileiro, das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 44, § 1; e há, no Código Civil, a regra jurídica segundo a qual o contrato de sociedade universal determina, com a conclusão, a transmissão da propriedade e da posse dos bens, reciprocamente, "sem ser necessária alguma apreensão corporal, ou ato algum". Apenas havemos de interpretar o art. 1.373 do Código Civil de acôrdo com a *teoria da posse* que se criou no Código Civil, com a abstração do *animus* e do *corpus*. De início, observemos que não se cogita, no art. 1.373, de sociedade de bens determinados futuramente adquiridos; mas sim da sociedade que abranja todos os bens, presentes e futuros, e não de sociedade de todos os bens presentes, ou só de todos os bens futuros, ou só dos frutos e rendimentos.

Diz o Código Civil, art. 1.373: "Se a sociedade fôr de todos os bens, o domínio e a posse dêles tornar-se-ão comuns independentemente de tradição real, salvo o direito de terceiros". O que se estatui é explicitação da solução que só seria normal no sistema brasileiro, que abstrai, na teoria da posse, do *animus* e do *corpus*, com transmissão automática da propriedade, à semelhança do que se passa na comunhão entre cônjuges. Uma vez que se concluiu o contrato de sociedade universal senso estrito ("de todos os bens"), tudo ocorre como se fôsse intrínseca ao contrato bilateral ou plurilateral a cláusula de transmissão do domínio e da posse. Não é preciso que se faça o registro, por exemplo, de cada bem imóvel, nem que pratique ato que signifique transmissão da posse. Contudo, o registro é indispensável, para que se possa alegar contra terceiros ter havido a transmissão do domínio e da posse.

Estatui o Código Civil, art. 1.369: "O simples ajuste de sociedade universal, sem outra declaração, entende-se restrito a tudo o que no futuro ganhar cada um dos associados". O legislador, uma vez que admitiu a sociedade universal, tinha de redigir regra jurídica sobre o que se há de considerar bem social e o que não se há de considerar. A regra jurídica dispositiva que a desse como abrangente de todos os bens, presentes e futuros, seria desaconselhável. Na L. 7, *pro socio*, 17, 2, a solução foi a de regra jurídica dispositiva: se não se disse qual a extensão, entendia-se que apanhava todos os adquiridos (quae ex quaestu veniunt).

Quanto à *sociedade particular*, estabelece o Código Civil, art. 1.370: "A sociedade particular só compreende os bens ou serviços especialmente declarados no contrato". Para que a sociedade se tenha por particular, é preciso que se apontem os bens que se não de pôr em comum, inclusive serviços. Não basta que se diga "particular"; pôsto que particular seja a sociedade constituída, especialmente, para determinada empresa, ou para exploração de determinada indústria, ou profissão. Cf. Código Civil francês, arts. 1.370 e 1.371. Uma vez que se precisou qual o objeto da atividade social, o que se colima é o atingimento do fim comum, e isso não importa que se tenha como capital o que os sócios venham a adquirir. Assim, lê-se no Código Civil, art. 1.371: "Também se considera particular a sociedade cons-

tituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria, ou exercer certa profissão”.

2. SOCIEDADES CIVIS E SOCIEDADES COMERCIAIS. — As sociedades de direito privado que não têm fim comercial, isto é, que se não fazem comerciantes, como acontece também com as pessoas físicas, são ditas sociedades civis. O que determina ser tida como comerciante a pessoa física tem a mesma influência no tocante às pessoas jurídicas. Observe-se, todavia, que a *comercialidade* e a *civilidade* podem anteceder à personificação. Antes mesmo de se tornar pessoa, a sociedade já é civil ou comercial. A lei cabe delimitar o círculo jurídico das sociedades comerciais. A estrutura social não é, no direito brasileiro, elemento diferencial. Se é certo que as leis comerciais cogitam, peculiarmente, das espécies estruturais das sociedades comerciais, nem por isso se obsta a que se componham, à semelhança das sociedades comerciais, sociedades não de ser classificadas como civis.

Têm-se, hoje, de atenuar a diferença, que se criou, entre as sociedades civis e as comerciais. A unificação do direito privado é inevitável. As discussões em torno da natureza da diferença estão superadas. ¿Comerciam os clubes que dão refeições e aposentos? ¿Comerciam os clubes que vendem os objetos necessários aos jogos e às diversões?

Diz o Código Civil, art. 1.364: “Quando as sociedades civis revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, entre as quais se inclui a das sociedades anônimas, obedecerão aos respectivos preceitos no em que não contrariem os deste Código; mas serão inscritas no registro civil, e será civil o seu fôro”. A atitude do legislador provém do *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 3.087-3.096, que frisou a independência das sociedades, civis e comerciais, em relação à estrutura da sociedade (coletiva, seja ou não em nome coletivo; em comandita, simples ou por ações; anônimas ou companhias; em conta de participação; de capital e indústria).

No Código Civil, não se atendeu, especialmente, a que há empresas cuja propriedade é separada da direção, com órgãos particulares, distintos das pessoas que compõem a sociedade, e a que algumas instituições há que mais se devem considerar associações do que sociedades.

A remissão do art. 1.364 do Código Civil às leis comerciais pode fazer surgir dificuldade na classificação da sociedade como civil ou como comercial, mas o critério para a solução cifra-se na indagação da existência dos requisitos para se considerar comerciante a sociedade.

Diz o Código Civil, art. 1.365: “Não revestindo nenhuma das formas do artigo antecedente, a sociedade reger-se-á pelo que neste Capítulo se prescreve”. O que se há de entender é que primeiro se tem de verificar se foi seguida a estruturação conforme as leis comerciais. Se nas leis comerciais não há regras jurídicas sobre a espécie, tem-se de atender tão-só ao Código Civil, arts. 1.363-1.409.

A ligação entre sociedades para atos de exploração, ou de distribuição, em comum ou como nova entidade, é traço marcante da economia contemporânea. Cartéis e trustes provêm dessa tendência. Nos negócios jurídicos de incorporação para construção de edifícios, diferentes gêneros de indústria e comércio por vezes se unem, com personificação por cima (superpersonificação, sobrepersonificação), ou sem ela. Outrosim, nos negócios de aluguer de edifícios, em comum (cf. J. FLECHTHEIM, *Deutsches Kartellrecht*, I, 12).

§ 5.171. Associação e sociedade

1. PRECISÕES. — A cada momento assiste-se ao emprego das expressões “associação” e “sociedade” como se fôsem sinônimos. Muitas vezes, como se a “associação” correspondesse qualquer constituição de negócio jurídico associativo e a “sociedade” somente determinado negócio jurídico associativo (*e. g.*, a associação teria fim altruístico, ao passo que a sociedade o teria egoístico). Chegou-se a sustentar que a associação se designaria por ter membros variáveis e haver, nas sociedades, a invariabilidade dos sócios (*e. g.*, FRANCESCO FERRARA, *Teoria delle Persone giuridiche*, 497 s.). Também se pretendeu que na associação se tenha o gozo imediato das utilidades, ao passo que na sociedade haja o gozo através de dividendos (TU-LIO ASCARELLI, Società, Associazioni, Consorzi, cooperative e trasformazione, *Revista del Diritto Commerciale*, 1949, II, 425), ou, na associação, a predeterminação da quota das utilidades e, na sociedade, não (DOMENICO RUBINO, *Le Associazioni*

non riconoscute, 15 s.). Pensou-se também em haver atividade *produtiva*, na sociedade, e *satisfativa*, na associação. Sobre o assunto, Tomo I, § 82, 1.

A expressão "associação" é empregada, às vezes, em sentido vastíssimo, como na Constituição de 1946, art. 141, § 12. Basta que haja união voluntária, com fim comum. Então, pode não haver a economicidade. Tanto se refere às vinculações pessoais como às pessoais e reais, às duradouras e às acidentais. Não se confundem, porém, com as simples *reuniões*. Nem quanto às associações nem quanto às sociedades, o elemento da personalidade é essencial: apareceu, historicamente, depois; e, em princípio, se não se faz necessária à *criação* a personalidade, continua de ser ulterior à criação.

Se a sociedade ou associação, devidamente constituída, não satisfaz requisito para se personificar, não se torna — salvo se regra jurídica especial, ou se o próprio contrato lhe deu prazo para adquirir personalidade ou dissolver-se — sociedade de fato, ou não reconhecida.

De ordinário, nas associações, o patrimônio não é comum aos sócios: a corporação independe dos sócios e subsiste às mudanças. Não há a disponibilidade dos meios econômicos. Não se diga que essa posição seja por cima dos sócios ou que força a pessoa jurídica, nem que seja diferente a personificação.

O que se regula, nas associações e nas sociedades, é a vontade diferente, unitária, que se criou, ou que as manifestações de vontade criaram. A personificação é plus. O que importou foi o fato de ser necessária, para determinado fim, solidariedade humana.

2. CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO. — Associação, em sentido lato, é a organização estável de duas ou mais pessoas, para se conseguir fim comum. Com isso, de certo modo se extrapola o conceito, que deveria limitar-se à participação de sócio, de associado. Em vez disso, faz-se compreensivo de comunhões hereditárias e acidentais, de sindicato, de partidos políticos e de quaisquer sociedades. O que liga tôdas as espécies é o fato de estabilidade, razão por que a simples "reunião", transitória e instável, como é, não se pode ter como associação.

Sem que se repila, de todo, o emprêgo do termo, quando não suscite confusões, o sentido próprio é aquêle que evita, por

exemplo, porem-se sob o mesmo nome o que é comunidade sem associatividade e o que é, verdadeiramente, associação. A comunidade, só por si, não associa. A sociedade, sim; de modo que o problema, quanto ao conceito de associação senso estrito, consiste em saber-se qual a diferença entre associação senso estrito, elemento essencial à comunidade, à associação senso estrito e à sociedade, é a pluralidade de sujeitos (comuneiros, associados, sócios). A associação supõe a presença dos associados, a existência de órgão diretor e de assembleia, a que se atribuem as principais deliberações sociais. O fim comum há de existir. Se desaparece, extingue-se a associação. Outro elemento é o patrimônio, pôsto que não se possa afastar a possível criação de associação sem patrimônio.

Na Lei n. 173, de 10 de setembro de 1893, empregou-se a expressão "associação", no sentido de entidades que se fundassem "para fins religiosos, científicos, artísticos, políticos, ou de simples recreio", mas a interpretação do art. 1.º não podia deixar de fora as associações "para fins morais" ou "jurídicos". Apenas se pré-excluía, com evidente precisão conceptual, a entidade para fins econômicos, por se tratar de processo social de adaptação. Mas, no art. 15, se tais associações não adquiriam a personalidade jurídica, haviam de reger-se "pelas regras das sociedades civis" (art. 15). De modo nenhum se estatuirá que fôssem, por isso, sociedades, mesmo se estruturadas como sociedades por ações (art. 16).

3. DISTINÇÃO. — Se na associação se atribui todo o lucro de cada negócio jurídico, feito através dela, a cada associado de que proveio a prestação (*e. g.*, associação em tipografia, de cujas edições tenham os lucros, individualmente, os autores; exposição de quadros ou esculturas, cujos preços, ou os lucros, sejam pagos aos pintores ou escultores, individualmente), tem-se discutido se há associação ou sociedade.

4. ESPÉCIES DE ASSOCIAÇÕES. — Há associações regidas pelo direito privado (ditas associações de direito privado ou associações privatísticas), associações regidas pelo direito público (ditas associações de direito público ou associações publicísticas) e associações de utilidade pública. As duas últimas espécies são inconfundíveis, pôsto que haja utilidade pública na segunda e seja reconhecido à terceira o caráter de utili-

dade pública. O ato pelo qual se reconhece o caráter de utilidade não é somente declarativo; há atribuição, em virtude do que se reconheceu, razão para que a eficácia seja *ex nunc*, e não *ex tunc*, como se fôsse apenas declarativo.

A classificação das associações, no que concerne à facultatividade (voluntariedade) e à ausência de facultatividade (avoluntariedade), distingue as associações em *facultativas*, *legais* (ditas, imprópriamente, obrigatórias) e *coercivas*. Para que exsurja a *associação facultativa*, é preciso que os associados a constituam, com portas abertas a outros associados, que posteriormente manifestam a vontade de associar-se. Para que exista *associação legal*, basta que se haja composto o suporte fático para que a lei considere criada a associação. No suporte fático, não é elemento essencial a manifestação de vontade de associar-se, para qualquer dos membros. Para que haja *associação coerciva*, tem-se de supor que de alguma regra jurídica se irradiam dever e obrigação de duas ou mais pessoas associarem-se.

Conforme o território e o plano estatal, as associações são *locais* (estaduais, distritais, territoriais, municipais), *nacionais*, *internacionais* e *supraestatais*.

No que se refere aos sujeitos, as associações são *simples* ou *complexas*. Simples, quando, para que se faça parte da associação, é preciso que se satisfaçam requisitos subjetivos (pessoais ou não). É o que acontece com as associações de empregados e os sindicatos de empregados, as associações de empregadores e os sindicatos de empregadores, os clubes e grêmios de coestadianos.

As associações são *perpétuas* ou *temporárias* (com termo, ou condição resilitiva; ou a termo ou sob condição resilitiva, mas prorrogável).

As associações ou são de direito privado, ou de direito público (estatal), ou de direito público interestatal, ou de direito das gentes. A *teoria do fim* entende que é o fim, privado ou público, que determina ser ou de direito privado, ou de direito público, a associação. Assim pensavam VITTORIO EMANUELE ORLANDO (*Principi di Diritto amministrativo*, 146) e GUIDO ZANOINI (*Corso di Diritto amministrativo*, I, 7.^a ed., 124 s.). Nem sempre a associação privatística tem fim privado; nem

sempre a associação publicística tem fim público. A associação de direito privado pode ter fim de proteção a inválidos, do lugar ou transeuntes, a acidentados de determinado lugar, ou de esporte. A associação de direito público pode ter por fim seguros de empregados ou funcionários, ou de pessoas que se transporem em aeronaves. A *teoria da direção ou ligação* distingue a associação de direito público como a que fica sob a direção ou a ligação ao Estado, mesmo se autárquica, e a associação de direito privado como a que não está sob o poder, o controle, do Estado (FORTI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, 175). A despeito da referência à ligação, quando se abstrai das regras jurídicas de controle das associações privadas, a teoria falha. Há a *teoria do império* (c. g., GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 263). O Estado tem a função de traçar os limites do direito privado e, pois, os do direito público. O que é tido como publicístico não pode ser privatístico. Associações de fins privados, associações sem império e associações que não são controladas pelo Estado podem ser consideradas pelo sistema jurídico como associações de direito público. O problema é *de iure condito*, e não *de iure condendo*. Chamá-riamos a tal teoria *teoria dos limites no sistema*. É a verdadeira. O Estado é que pode levar em consideração o fim, o império e o controle.

As associações podem ser *simples* ou *complexas* (federações, confederações), como são as associações de trabalhadores, as de empregadores e os partidos políticos.

Quanto às finalidades, são *culturais*, *esportivas*, *religiosas*, *morais*, *jurídicas*, ou *políticas*.

A associação pode ser *reconhecida* ou *não-reconhecida*. Para essa, há o interesse comum, que é relevante para o direito; apenas o Estado lhe recusa personalidade jurídica, ou porque falte algum pressuposto, ou porque não se tenha requerido o reconhecimento. Se dizemos que também são associações não-reconhecidas aquelas para as quais não se satisfaz requisito registário, ou outro requisito sem ser o de reconhecimento, para a aquisição da personalidade jurídica, estamos a dilatar o conceito de não-reconhecimento. Antes do reconhecimento, se esse é exigido para que se faça associação a reunião, ou antes de alguma outra formalidade, que bastasse, a asso-

ciação é *associação de fato*, por faltar a inteira juridicidade, e não qualquer juridicidade. Dissemos "por faltar a inteira juridicidade", porque, de regra, há algo que entrou no direito (*e. g.*, o contrato, que precisava ou ainda precisava de aprovação estatal). O que importa é que haja mais do que *reñição*. Por outro lado, a diferença entre associação e sociedade tem de ser atendida. Elemento comum, negativo, entre sociedades irregulares e associações irregulares é o de não terem a personalidade que poderiam ter.

Quanto à capacidade civil, os sistemas jurídicos não são coincidentes a respeito do regramento. Nega-a, de todo, o sistema francês. Dão-lhe alguma, material e processual, *e. g.*, o sistema alemão e o brasileiro (Código Civil, art. 20, §§ 1.º e 2.º). A concepção alemã influu no Código Civil italiano, arts. 36-38, e no Código de Processo Civil italiano, art. 754. Sobre o assunto, Tomo I, § 83.

Para que surja associação não-reconhecida, é preciso que tenha havido conclusão do contrato, porém não se afasta que se haja concluído *pactum de contrahendo cum tertio*, que vincule os interessados. Por outro lado, o contrato de associação pode ser concluído com a adesibilidade por outros interessados. Depende do que se estabeleceu para as adesões e inclusão dos interessados; *e. g.*, conforme cláusula de integração de três em três aderentes.

Se o ato constitutivo deu poderes de apresentação ou de representação aos que dirigem a associação, esses poderes podem ser exercidos, como quaisquer outros, tanto mais quanto os terceiros não têm de conhecer o que internamente possa dezoar da outorga. Quem opera em nome e por conta da associação é responsável, seja como órgão ou não no seja (DOMENICO RUBINO, *Le Associazioni non riconosciute*, 2.ª ed., 257).

Os membros da associação, que alegam ofensa a direito de sócio, podem oferecer ou aceitar compromisso, ou podem suscitar o juízo arbitral, se foi previsto em lei, no ato constitutivo ou nos estatutos (cf. ALEXANDER LEIST, *Die Strafgewalt moderner Verein*, 175 e 102).

A autonomia das associações para a concepção e a feitura dos seus estatutos não é ilimitada, embora se atribua a OTTO VON GIERKE (*Die Genossenschaftstheorie*, 186). Só existe, em

extensão, a deliberabilidade pelos órgãos da associação se a lei (assim, ALEXANDER LEIST, *Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht*, 1 e 172), ou o ato constitutivo, ou os estatutos não a limitaram. O limite pode advir de regra jurídica positiva (= impositiva) ou negativa (= proibitiva), pois o que importa é que seja *ius cogens*.

A ação para que se reconheça a qualidade de associado é a *ação declaratória*. Todavia, se houve exclusão, ou se se atribui ter havido retirada espontânea do membro, tem-se de propor a *ação constitutiva negativa*, para que, desconstituído o ato do órgão ou o ato do preposto, se declare ao autor a qualidade de associado.

Quando se quer sair de associação não-personificada, tem-se de observar o contrato, ou a regra jurídica do art. 1.374 do Código Civil. No tocante à dissolução da associação, de ordinário a assembléia geral é que decide, e não se permite que tal poder tenha algum órgão (cf. art. 1.399, VI; diferente o direito anterior; cf. MAX GASSER, *Austritt und Ausschliessung aus Vereinen*, 31).

5. SINDICATOS. — Enquanto o sindicato de empregados é associação de pessoas físicas, o sindicato de empregadores pode vincular pessoas físicas e pessoas jurídicas. Se o empregador é pessoa física, fácil é compreender-se que possa associar-se para a sindicalização, ou entrar no sindicato, votar e ser votado. Se pessoa jurídica, a função de *representação* depende da organização da pessoa jurídica. De ordinário, se a pessoa jurídica é sociedade pessoal, a apresentação é coligada à administração; mas, segundo o art. 17 do Código Civil, os estatutos podem atribuir *poder de representação* ou *de representação* a qualquer sócio e, na falta, o poder de apresentação incumbe à diretoria. Na própria sociedade em comandita simples, o comanditário está sujeito ao art. 314 do Código Comercial. Na sociedade em nome coletivo, o sócio pode ter discriminada função, mas presume-se que qualquer sócio pode usar a firma (Código Comercial, art. 316, 2.ª alínea). Na sociedade de capital e indústria, o contrato social tem de especificar as funções dos sócios de indústria (Código Comercial, art. 319, 1.ª alínea). Na sociedade em conta de participação simples, o sócio ostensivo é que apresenta a sociedade (Código Comercial,

OBRAS PRINCIPAIS DO AUTOR
I. JURIDICAS

- Sistema de Ciência Positiva do Direito*, 2 Tomos (esgotada).
Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional (esgotada).
Tratado de Direito Internacional Privado, 2 Tomos (esgotada).
Tratado de Direito Privado, Tomos I-XXIX, publicados.
Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil (1934), 2 Tomos (esgotada).
Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937, 1.º e 3.º Tomos, únicos aparecidos (esgotada).
Comentários à Constituição de 1946, 3.ª ed., Tomos I-VIII (esgotada).
La Conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, T. 39, 1932.
La Création et la Personnalité des personnes juridiques en droit international privé, Mélanges STREIT, Athènes, 1939.
Nacionalidade e Naturalização no direito brasileiro (esgotada).
História e Prática do Habeas Corpus, 4.ª ed.
Tratado de Direito de Família, 3.ª ed., 3 Tomos (esgotada).
Da Promessa de Recompensa (esgotada).
Das Obrigações por Atos Ilícitos, 2 Tomos (esgotada).
Dos Títulos ao portador, 2.ª ed., 2 Tomos (esgotada).
Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, história, lacunas e incorreções do Código Civil (esgotada).
Tratado dos Testamentos, 5 Tomos (esgotada).
Tratado do Direito Cambiário: I. Letra de câmbio. II. Nota Promissória. III. Duplicata mercantil. IV. Cheque, 2.ª ed., 4 Tomos (esgotada).
Tratado de Direito Pederal, 5 Tomos 2.ª ed. (esgotada).
Comentários ao Código de Processo Civil, 2.ª ed., Tomos I-XXV.
Embargos aos acórdãos, Prejulgados e Revista no Direito processual brasileiro (esgotada).
Tratado da Ação Rescisória contra as Sentenças, 4.ª ed.
História e Prática do Arresto ou Embargo (esgotada).
Conceito e Importância da "unitas actus" (esgotada).
Die Zivilgesetzte der Gegenwart, Band III: *Brasilien* (Einleitung von Dr. Pontes de Miranda), unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Genicke, herausgegeben von Dr. Karl Heinsheimer.
Rechtsgefühl und Begriff des Rechts (1922).
Begriff des Wertes und soziale Anpassung (1922).
Brasilien, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, do Prof. Dr. Schlegelberger, em colaboração.
Questões Forenses, 8 Tomos.
- II. FILOSOFIA CIENTÍFICA
O Problema Fundamental do Conhecimento (esgotada).
Carta. Mão e Dedo (esgotada).
Vorstellung vom Raumé, Atti del V Congresso Internazionale di Filosofia (1924), Napoli, 1925.
- III. SOCIOLOGICAS
Introdução à Sociologia Geral (1.º prêmio da Academia Brasileira) (esgotada).
Democracia, Liberdade, Igualdade, os três caminhos, 2.ª ed.
Introdução à Política Científica (esgotada).
Método de Análise Sociopsicológica (esgotada).
Os Novos Direitos do Homem (esgotada).
Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho (esgotada).
Direito à Educação (esgotada).
Anarquismo, Comunismo, Socialismo (esgotada).
- IV. LITERARIAS
Obras Literárias, 2 Tomos (esgotada).
A Sabedoria dos Instintos (1.º prêmio da Academia Brasileira), 2.ª ed. (esgotada).
A Sabedoria da Inteligência (esgotada).
O Sábio e o Artista, edição de luxo (esgotada).
Penetração, poemas, edição de luxo (esgotada).

PONTES DE MIRANDA.

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLIX

Contrato de sociedade. Sociedades de pessoas.

2.ª EDIÇÃO

EDITOR BORSOI
RIO DE JANEIRO
1965