

Os CONTRATOS ASSOCIATIVOS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concepções contratuálistas tradicionais – a busca de uma noção contratual. 3. O fenômeno associativo. 4. O contrato associativo. 4.1. Figuras de produção. 4.1.1. Nas sociedades e associações não-personificadas. 4.1.2. Nas entidades personificadas. 4.2. Os vícios. 5. O contrato-organização.

Márcio Ferro Catapani

Juiz Federal Substituto

Ex-Procurador-Sectional da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto

Professor assistente do curso de especialização em Direito Empresarial da PUC/SP

Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

Mestre pela PUC/SP

1. INTRODUÇÃO

Questão bastante controvertida na doutrina diz respeito ao vínculo jurídico que se põe na base das corporações¹. Esse tema, ademais, não possui relevância apenas no campo teórico, mas espraia sua influência para a criação de normas aplicáveis às corporações e para a decidibilidade de casos concretamente apresentados².

Nesse contexto, no século XX assistiu-se ao embate de duas correntes doutrinárias principais: a institucionalista e a contratualista. Os institucionalistas advogam, *grosso modo*, a existência de um interesse da corporação não-redutível ao interesse dos sócios³. Sua visão, fundada em elementos primordialmente econômicos, não se concentra especialmente em questões de forma⁴. Já os contratualistas buscam identificar os interesses da corporação com o interesse dos sócios, procurando a solução teórica para o problema no arcabouço fornecido pela teoria geral dos contratos.

-
- 1 O termo corporações, tradicionalmente, engloba tanto as sociedades como as associações. Segundo o vigente Código Civil brasileiro, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981). Já as associações consistem na “união de pessoas que se organizam para fins não econômicos” (art. 53). Há outras formas associativas, como os partidos políticos e as organizações religiosas (art. 44, IV e V) que podem ser tidas, para os fins deste trabalho, como espécies do gênero “associação”. Ressalte-se, outrossim, que no Direito estrangeiro, não é incomum o estudo comum e unívoco das associações e das sociedades. Nesse sentido, *v.g.*, Herbert Wiedemann busca formular uma teoria geral do Direito Societário, englobando sociedades e associações (*Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*, Munique: Beck, 1980).
 - 2 Muitas vezes, a definição sobre qual é o interesse da corporação e, por via de consequência, se uma determinada deliberação é plenamente válida ou eivada de vício, depende da tomada de posição acerca da natureza desse vínculo. Assim, a decisão de conflitos societários, concretamente apresentados, é afetada. Ademais, outros pontos, como o reconhecimento da possibilidade de existência de sociedades unipessoais, ou a participação de trabalhadores, investidores e representantes do Estado em órgãos deliberativos, também são influenciados pela postura teórica adotada.
 - 3 Nesse sentido, veja-se o texto fundamental, tido como genético do institucionalismo, escrito por Walter Rathenau (“La realtà della società per azioni – Riflessioni suggerite dall’esperienza degli affari”, *in Rivista delle Società*, anno 11, fascicolo 5, settembre-ottobre, Giuffrè, Milão, Itália, 1966; a tradução portuguesa, diretamente do original alemão, sob o título “Do sistema acionário – Uma análise negocial”, foi realizada por Nilson Lautenschleger Jr. e publicada na RDM 128/99). A aplicação do institucionalismo dá-se, em especial, na macroempresa, em virtude de sua importância política e econômica, e também da maior estabilidade e menor dependência dos sócios de que são dotadas (Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, *Appunti di diritto commerciale*, vol. 1, Giuffrè, Milão, Itália, 1989, p. 211). Destarte, ordinariamente, o institucionalismo volta-se para o estudo das sociedades. Contudo, as teses institucionalistas são adequadas também para a explicação da existência e funcionamento das associações, em especial aquelas de caráter público, também caracterizadas por sua grande influência política e social, bem como por notável estabilidade.
 - 4 Cfr. Calixto Salomão Filho, *A sociedade unipessoal*, SP: Malheiros, 1995, pp. 45-46.

Neste trabalho, faremos uma breve análise das tradicionais teorias contratualistas para, posteriormente, desenvolver algumas considerações sobre uma vertente contratualista mais atual: a do contrato associativo, também denominado contrato organização.

2. CONCEPÇÕES CONTRATUALISTAS TRADICIONAIS – A BUSCA DE UMA NOÇÃO CONTRATUAL

Para tentar explicar a natureza do vínculo existente na base das corporações, parte da doutrina recorreu à já formulada e sedimentada noção de contrato⁵. A corrente contratualista das sociedades ganhou grande desenvolvimento, em especial, na doutrina italiana⁶. No entanto, desde já, deve-se assinalar que o contratualismo não é unívoco, mas, pelo contrário, existem diversas e diferentes teorias que podem ser denominadas contratualistas. Em comum, essas teorias têm a noção de que o contrato é a base para a explicação do fenômeno da constituição e atuação das corporações, em suas relações internas⁷.

Contudo, não é difícil perceber que as tradicionais expressões jurídicas, normas e princípios, aplicáveis aos contratos, encontram certa dificuldade conceitual e operacional, quando postas diante de um dito contrato de sociedade. Assim, por exemplo, a existência de duas partes com interesses contrapostos não é adequada à descrição e análise de uma corporação que, comumente, tem mais de dois membros, cujos interesses, ao menos em boa medida, são ditados pela existência de um escopo, fim ou atividade comum.

Em virtude dessa dificuldade aplicativa e conceitual, Ascarelli formulou a noção de contrato plurilateral. Para esse autor, existem duas diferentes espécies de

5 Os próprios romanistas apresentam as sociedades então existentes como um dos tipos de contratos consensuais existentes no Direito Romano (José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. 2, 5ª ed., RJ: Forense, 1995, pp. 199-204).

6 Cfr. Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 50.

7 Calixto Salomão Filho busca o elemento comum das correntes contratualistas na definição de interesse social, que, para elas, não pode ser superior ao interesse dos sócios (*A soc...* cit., p. 51). Da mesma forma, Jaeger e Denozza referem-se ao contratualismo com base no interesse social (*Appunti...* cit., p. 212). Entendemos, entretanto, que esse raciocínio é válido quando a análise encontra o seu foco justamente na definição de qual seja o interesse do ente corporativo, a ser juridicamente protegido. Mas se o que se tenta explicar é, por outro lado, o vínculo existente entre os membros da corporação, é mais adequado definir o contratualismo pelo recurso à noção de contrato (por mais pleonástica que a explicação possa parecer). Em suma, não se trata de posições divergentes, mas sim de que o termo contratualismo pode ter duas significações diversas, porém relacionadas e interdependentes, conforme o foco que se dê à pesquisa.

contratos: os de permuta e os plurilaterais. Estes se diferenciam daqueles porque há a possibilidade de participação de mais de duas partes, sendo que, para todas essas partes, decorrem direitos e obrigações⁸. O critério de diferenciação adotado por Ascarelli é eminentemente formal, porque, segundo esse autor, somente assim se obtém a certeza necessária a uma classificação jurídica⁹.

Ademais, esse autor conclui que a denominada teoria geral dos contratos é formada em parte por normas aplicáveis a todos os tipos de contratos (plurilaterais e de permuta) e, em parte, por normas que constituem apenas a generalização de regras típicas dos contratos de permuta (as quais, por consequência, não dizem respeito aos contratos plurilaterais)¹⁰.

Apesar de críticas que se possam fazer à teoria do contrato plurilateral, ou a outras concepções contratualistas, a legislação brasileira, ao menos nominalmente, sempre tendeu a considerar a sociedade como um contrato¹¹. Há referência expressa ao “contrato de sociedade”, tanto no Código Civil de 1916¹² como no diploma vigente¹³.

8 “O contrato plurilateral”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, SP: Saraiva, 1945, p. 275.

9 Entendemos, neste ponto, relevante transcrever a lição de Ascarelli: “Leva-se, assim em conta, o aspecto estrutural e não aquele econômico (ou funcional). Do ponto de vista econômico poderiam, estes contratos, serem encarados como de *organização* (...); veremos, com efeito, ser esta a função preenchida por estes contratos, bem como pelo mandato (sendo, por isso, preferível falar em contrato de organização apenas para indicar quer o mandato, quer os contratos plurilaterais).

OSTI acha preferível classificar os contratos conforme os característicos econômicos deles e, desse ponto de vista, acha criticável quer a categoria do contrato ‘plurilateral’, quer todas as classificações tradicionais, todas assentes em critérios formais.

Parece-me, no entanto, preferível o sistema tradicional de assentar as classificações jurídicas, antes de mais nada, sobre critérios formais; proporcionam eles uma certeza jurídica que, ao contrário, não pode ser própria a critérios econômicos.

Geralmente, as classificações assentes em critérios formais e aquelas assentes em critérios econômicos acabam por coincidir, à vista da correspondência, normal, de uma determinada estrutura jurídica com uma determinada função econômica, e da natural influência desta sobre aquela; deve aliás, o intérprete, visar assentar a classificação sobre critérios que, embora formais, encontrem correspondência e significado em critérios econômicos; são porém, os critérios ‘estruturais’ os que devem prevalecer na classificação jurídica” (“O contrato...” cit., p. 275) (grifo no original)

10 Esse fenômeno é explicável porque o estudo dos contratos de permuta é, historicamente, anterior e mais desenvolvido que o estudo do contrato de sociedade.

11 Dizemos “ao menos nominalmente” porque, segundo parte da doutrina, há, em especial na Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/76), aspectos institucionalistas.

12 “Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.”

13 “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

O contratualismo, no entanto, não terminou sua evolução com a formulação da noção de contrato plurilateral por Tullio Ascarelli. Com efeito, a busca pela natureza do ato institutivo de uma corporação, ou pela definição do interesse social, acarreta teorias com diferentes contornos e premissas, conforme o ordenamento a que se referem e o momento histórico em que se inserem¹⁴.

3. O FENÔMENO ASSOCIATIVO¹⁵

Sob a perspectiva sociológica, é comumente afirmado pela doutrina jurídica que a existência de corporações advém da necessidade de comunhão de esforços humanos para a realização de determinados empreendimentos. Assim, por exemplo, José Lamartine Corrêa de Oliveira, ao discorrer sobre a obra de Hauriou, afirma que “há, no mundo dos homens, instituições.”¹⁶ Em uma análise antropológica, pode-se afirmar que o ser humano, por sua natureza ou por algum fenômeno cultural deveras difundido, tende a reunir-se com seus semelhantes para a realização de diversas empreitadas. Ainda, tendo em vista o aspecto econômico, pode-se dizer que o exercício de certas atividades econômicas, bem como o desenvolvimento das potencialidades produtivas e a maximização dos resultados da utilização de bens escassos, dá-se quando os homens se agrupam para atuarem em conjunto.

Essas visões sociológicas, antropológicas e econômicas, contudo, são aptas para explicar os motivos pelos quais se formam corporações, ou justificar a

14 Cfr. Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, *Appunti...* cit., pp. 211-212.

15 Salvo quando expressamente anotado em sentido contrário, toda a exposição feita doravante sobre o fenômeno associativo e os contratos associativos é baseada na doutrina de Paolo Ferro-Luzzi, constante do livro *I contratti associativi* (Milão: Giuffrè, 2001). É importante notar, ainda, que esse autor utiliza-se de uma linguagem e de termos bastante peculiares, os quais, apesar de por vezes dificultarem o entendimento, procuramos manter por fidelidade à sua obra e ao seu pensamento, procurando explicá-los para facilitar a compreensão da teoria. Com efeito, alterar a terminologia utilizada por esse autor, diante da especificidade de sua doutrina, implicaria desvirtuar completamente seu pensamento.

16 *A dupla crise da pessoa jurídica*, SP: Saraiva, 1979, p. 12. Acrescenta Corrêa de Oliveira: “Para o mestre de Bordéus, quando há *governo*, embora não haja liberdade política, pois que a Nação se deixa passivamente conduzir, já há um *corpo social*, já se produziu o fenômeno da *incorporação*, embora só na fase seguinte, quando surge a *liberdade política*, por força da participação dos cidadãos nas decisões governamentais, é que, por decorrência dessa interiorização das *manifestações de comunhão*, surge a *pessoa moral*. (...) Sendo portanto a personalidade moral dos grupos a resultante de um movimento espontâneo e natural, ela é também um fenômeno natural e espontâneo. A personalidade moral é, portanto, real. E dela deriva a realidade da *personalidade jurídica*, que é apenas um aperfeiçoamento (*retouche*) e uma estilização da *personalidade moral* e repousa sobre o mesmo fundo de realidade” (*A dupla...* cit., pp. 12-13) (grifos no original).

sua existência, bem como a das pessoas jurídicas de uma forma geral, mas não podem basear uma teoria jurídica acerca do fenômeno associativo.

Por outro lado, Paolo Ferro-Luzzi acrescenta que os tradicionais instrumentos da tecnologia contratual também não são aptos a operacionalizar, sob a perspectiva jurídica, o estudo e a regulação do fenômeno associativo. Com efeito, a ordem conceitual em que o contrato está inserido advém de um momento tipicamente individualista da experiência jurídica. O fenômeno associativo, ao contrário, representa um momento coletivo da experiência social e jurídica, motivo pelo qual a construção dogmática sobre ele deve advir de uma técnica objetiva, depurada de elementos subjetivos¹⁷.

Num primeiro momento, os conceitos contratuais foram aplicados de forma simples e automática aos organismos societários.

Essa visão, contudo, gera alguns problemas. Em primeiro lugar, a noção de *fattispecie* limita o momento do fato ou ato juridicamente relevante (contrato), impedindo verificar-se o nexó entre diversos fatos. No entanto, no âmbito associativo, o cerne está justamente no desenvolvimento coordenado de fatos. Por outro lado, o fenômeno associativo tende a absorver o indivíduo ou, sob outra ótica, a tornar menos relevante o princípio da independência das esferas individuais, característico do direito privado. Por essa razão, é difícil aplicar-se à espécie o conceito de direito subjetivo, que foi justamente formulado para a defesa do indivíduo contra organizações, em especial o Estado. Portanto, o conceito de direito subjetivo não serve para indicar a posição do participante de uma organização, sendo que o fenômeno associativo deve ser analisado sob uma perspectiva objetiva¹⁸, partindo-se do conceito de atividade.

O fenômeno associativo diz respeito a um tipo específico de atividade: aquela exercida em comum e dirigida a um certo resultado.

A noção de atividade floresceu na doutrina italiana. Tradicionalmente, o conceito de atividade não foi desenvolvido pela doutrina jurídica¹⁹. Sua ela-

17 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 234.

18 A análise do fenômeno associativo, assim, fica depurada de elementos subjetivos. Por essa razão, a atuação das pessoas que integram o organismo societário, como participantes ou administradores, é vista sob a ótica de figuras de produção de atos (e da atividade), e não de titulares de direitos e deveres.

19 De acordo com Ascarelli, "la dottrina giuridica tradizionale ha, nella raffinata elaborazione dei concetti di atto e negozio giuridico, trascurato l'elaborazione di quello di attività dovendosi perciò esaminare quale delle categorie giuridiche del diritto tradizionale siano applicabili alla 'attività'" (*Corso di diritto commerciale*, 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1962).

boração é mais recente que a de outros conceitos relacionados à matéria contratual²⁰, como os de ato e negócio jurídico. Ascarelli define atividade como uma série de atos coordenáveis entre si em relação a uma finalidade²¹. Outrossim, a atividade coincide com o objeto da corporação, seja esta uma pessoa jurídica ou uma coletividade organizada não-personificada²². À atividade não se aplica a qualificação de válida ou inválida, mas sim de lícita ou ilícita²³.

Feita essa breve análise do fenômeno associativo, passemos ao estudo do contrato associativo, que, segundo Ferro-Luzzi, é a forma jurídica pela qual se manifesta aquele fenômeno.

4. O CONTRATO ASSOCIATIVO

Paolo Ferro-Luzzi propõe uma revisão das tradicionais teorias contratualistas. Para ele, a distinção entre os contratos deve basear-se não em um critério formal, como havia proposto Ascarelli, mas sob a ótica funcional, conforme o valor prevalente do ato. Assim sendo, Ferro-Luzzi divide os contratos entre os de escambo e os associativos²⁴.

Segundo esse autor, contratos de escambo são aqueles em que o valor primordial é o da imputação e atribuição de direitos subjetivos. Os contratos associativos, por sua vez, têm como valor essencial a criação de uma organização, em sentido jurídico. Por outro lado, também para Ferro-Luzzi, o estudo das diferenças entre os contratos associativos e os contratos de organização é que permite o delineamento correto de uma teoria geral dos con-

20 A noção de atividade está intimamente ligada à teoria de empresa, que foi positivada pelo *Codice Civile* italiano de 1942. O art. 2.082 do *Codice*, ao definir empresário, utiliza o termo “atividade”, que passou a demandar maior atenção. No âmbito doutrinário, Asquini, ao estudar a empresa sob a perspectiva jurídica, concluiu tratar-se de um fenômeno poliédrico, do qual um dos perfis é o funcional, ou seja, a atividade desenvolvida (*Perfis da empresa*, tradução de Fabio Konder Comparato, in RDM 104/109-126).

21 Diz Ascarelli: “attività non significa atto, ma una serie di atti tra loro coordinabili in relazione ad una comune finalità (e il termine ‘atto’, anziché nella sua portata giuridica tecnica, deve essere a questo riguardo inteso, al meno per le persone fisiche, come equivalente ad ‘affare’ a sua volta poi risultante da uno o più atti giuridici, ché, per le persone fisiche, è una pluralità di ‘affari’, e non puramente di ‘atti’, che può presentarsi come coordinata e così integrante una ‘attività’)” (*Corso... cit.*, p. 147).

22 Ascarelli, *Corso... cit.*, pp. 147-148.

23 Sendo que, mesmo quando a atividade é ilícita, os atos que a compõem não serão, necessariamente, inválidos (Ascarelli, *Corso... cit.*, pp. 148-149).

24 Segundo Ferro-Luzzi, a antítese escambo/associação dá-se em um plano dogmático superior ao do contrato, qual seja, o do negócio jurídico (*I contratti... cit.*, p. 219).

tratos, distinguindo-a das normas aplicáveis exclusivamente a uma ou outra dessas espécies de contratos²⁵.

Os contratos de escambo têm como efeito jurídico a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, constituindo uma outra forma de se ver o direito subjetivo, mais adequada ao campo obrigacional. No entanto, o tradicional esquema *fattispecie*/efeito jurídico não é adequado para a explicação dos contratos²⁶, sendo mais operacional a utilização do esquema imputação/qualificação. Por essa lógica, o que realmente caracteriza um contrato de escambo (e seu protótipo, que é a compra e venda), é que o valor do fato juridicamente relevante se concretiza em uma pluralidade²⁷ de imputações que têm por objeto qualificações heterogêneas e destacadas (como, *v.g.*, a propriedade e o crédito).

Como a organização é a essência do fenômeno associativo, o contrato associativo gira em torno da constituição, modificação e extinção da organização. Usualmente, define-se organização como o complexo de bens e pessoas organizados para a busca de um fim comum²⁸. Contudo, essa definição é apenas descritiva e utiliza conceitos baseados em figuras subjetivas que, como já visto, surgiram em um momento individualista da experiência jurídica e não são aptas à explicação do fenômeno associativo.

O conceito jurídico de organização, apresentado por Ferro-Luzzi, é o de *coordenação da influência recíproca entre atos* e, como tal, pressupõe a noção de atividade^{29,30}.

25 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 222.

26 O esquema *fattispecie*/efeito possui uma conotação temporal pontual, e por isso não explica de forma satisfatória as características jurídicas dos contratos, que são dinâmicas por excelência. A formação contínua da *fattispecie*, como ocorre nos contratos, se eles forem explicados por esse esquema, é de difícil enquadramento e de pouca utilidade prática, porque o efeito de um determinado fato isolado é a *fattispecie* de uma nova situação juridicamente relevante.

27 O fato juridicamente relevante, ou seja, o contrato, é formado por uma relação fundamental (por exemplo, a compra e venda), constituída por diversas relações jurídicas singulares (*v.g.*, obrigação de entregar a coisa e o preço, responsabilidade por evicção, pactos adjetos). Por outro lado, além do fato principal há outros, ulteriores (como o adimplemento ou o inadimplemento).

28 Para Ferro-Luzzi, os conceitos usuais de organização são sociológicos ou econômicos. Mas, juridicamente, o que importa é exclusivamente a *forma iuris* pela qual o ato (contrato) modela a atividade (*I contratti...* cit., p. 319).

29 Uma tal visão do fenômeno societário, que se centre na coordenação de atos reciprocamente condicionados, e não nos participantes do contrato, leva à admissão não apenas da sociedade (ou associação) unipessoal, mas também da sociedade (ou associação) sem sócio. A função do eventual reconhecimento de uma sociedade sem sócio seria conferir estrutura empresarial, ou ao menos mais dinâmica, às fundações (Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., pp. 61-66).

30 A noção jurídica de organização não é unívoca. Rachel Sztajn, por exemplo, apresenta uma noção estruturalista de organização (vide *Teoria jurídica da empresa*, SP: Atlas, 2004).

Por tal motivo, a disciplina jurídica quanto ao objeto do contrato, no âmbito associativo, aplica-se primordialmente sobre a atividade e, secundariamente, sobre as contribuições dos membros.

A relação entre o contrato associativo e a atividade deve ser vista sob dois ângulos. Pelo primeiro, o contrato é o momento fundamental e fundante da atividade. Por essa razão, a essa espécie de contrato aplicam-se aspectos da disciplina da própria atividade. Pelo segundo ângulo, o contrato se projeta sobre a atividade, que constitui o necessário desenvolvimento daquele. Destarte, não se pode analisar isoladamente o contrato ou a atividade, que devem ser entendidos globalmente.

Justamente em virtude de o foco, nos contratos associativos, ser a existência de uma atividade, não se pode falar em comunhão³¹.

A questão primordial para o estudo da atividade no âmbito do fenômeno associativo é a atinente à produção das ações, bem como do resultado produzido por elas.

Não se deve falar em partes do contrato, mas em participantes, que são aqueles que concorrem substancialmente para o ato fundante no qual a atividade está baseada, ou seja, para a formação do contrato associativo. A afirmação da existência de situações jurídicas subjetivas é inadequada, porque o valor do contrato associativo está em sua natureza organizativa, sendo que ele depende de diversos outros atos posteriores, dos mais variados tipos, inerentes ao exercício da atividade³².

Por outro lado, a contribuição econômica dos membros para a organização (*conferimento* de bens) consiste na destinação de bens à atividade, ou na colocação desses bens à disposição da corporação. Deve, assim, haver uma vontade efetiva de destinar os bens à sociedade ou associação.

O próprio conceito de imputação assume contornos diversos. Na seara associativa, é mais adequado trabalhar-se com a noção de organização da imputação, por meio do qual a norma conecta a produção de uma atividade

31 Deve-se lembrar, nesse contexto, que os direitos reais são construídos especialmente sobre a noção de direito subjetivo, que Ferro-Luzzi reputa como inadequada para aplicação no âmbito dos contratos associativos. Com efeito, doutrinariamente, o direito subjetivo por excelência é a propriedade, que consiste, entre outras prerrogativas, na possibilidade de uso exclusivo de um bem. Nos contratos associativos, por sua vez, regula-se a utilização de bens por uma coletividade organizada, para a consecução de uma determinada atividade.

32 O que conferiria grande instabilidade às situações jurídicas reconhecidas.

comum e dirigida a um fim a um valor organizativo, conferindo idoneidade à imputação. Assim, há diversidade entre a imputação ao indivíduo, que leva em conta a pessoa, e a imputação ao fenômeno, que toma por base a atividade³³. Por essa razão, no fenômeno associativo, deve-se analisar o fato ou a série de fatos ocorridos em conexão com os fatos ainda a se verificar³⁴.

Há três especiais hipóteses de imputação no âmbito dos contratos associativos: (i) o *conferimento*; (ii) a qualificação dos deveres de comportamento das figuras de produção (cuja atuação analisaremos a seguir com mais vagar); e (iii) a participação nos resultados. Contudo, deve-se sempre ter em mente que a disciplina dessas três hipóteses é informada pelo valor organizativo. Assim, o “inadimplemento” de um dever no âmbito de tais hipóteses não tem as mesmas conseqüências que teria em um contrato de escambo, pois não atinge o valor central do ato.

No que tange à aplicação da teoria geral dos contratos aos contratos associativos, Ferro-Luzzi sustenta que não se deve escolher uma alternativa rígida, quer pela aplicabilidade, quer pela inaplicabilidade. É mister que se verifique em que medida essa teoria geral é coerente com as características próprias do escambo, e verificar com que limites e eventuais diferenças ela se aplica ao fenômeno associativo³⁵.

A maior parte das tradicionais classificações dos contratos não se aplica àqueles de natureza associativa. Com efeito, não se pode dizer que eles sejam de prestação correspectiva (sinalagmáticos) ou não, pois não existem prestações, em sentido técnico.

Ademais, os contratos associativos também não são gratuitos ou onerosos³⁶.

33 Segundo Rachel Sztajn, “a imputação da atividade empresarial parece estar relacionada à assunção de riscos, à possibilidade de perda da riqueza investida no exercício da empresa” (*Teoria... cit.*, p. 159).

34 Quando ocorrer uma qualificação que traga o exaurimento total do fenômeno, sem a existência de eventuais fatos futuros, está-se fora do processo próprio do fenômeno associativo, pois a atividade foi encerrada, e a organização perde o seu sentido de existir.

35 Nesse tocante, a posição de Ferro-Luzzi praticamente não difere da de Ascarelli.

36 Mesmo no que diz respeito ao *conferimento*, o critério não é exatamente adequado. Isso porque, no escambo, há a circulação da riqueza, enquanto no fenômeno associativo há a passagem, no que tange à utilização do bem, de uma zona de liberdade para uma zona de vinculação. No entanto, pode-se buscar um conceito mais amplo de gratuidade e onerosidade, pelo qual há um tratamento diverso aos participantes do ato cujo interesse se realize com ou sem um sacrifício proporcional. Nesse contexto, os contratos associativos são onerosos, porque o resultado é perseguido com o sacrifício por parte de todos os participantes (sacrifício da utilização individual dos bens *lato sensu* em favor da utilização coletiva).

Igualmente, não se lhes aplica a distinção entre contratos comutativos e aleatórios, em especial porque não existe um paralelo entre (i) as prestações de cada uma das partes, próprias dos contratos de escambo, e a (ii) relação entre *conferimento* e resultado.

Os contratos associativos são de duração, em virtude da atividade desenvolvida, sendo que a contribuição dos participantes pode ou não ter caráter de duração.

Há contratos associativos típicos e atípicos, tanto sob a perspectiva da estrutura quanto da função³⁷. A atipicidade estrutural é conceitualmente coerente, mas é limitada pela tutela de terceiros³⁸.

Quanto a seu aperfeiçoamento, basta a existência das vontades no mesmo sentido, motivo pelo qual os contratos associativos são consensuais, e não reais. Note-se que nos contratos associativos há uma identidade de vontades, enquanto no escambo existe uma confluência ou convergência.

Por fim, no que tange à divisão dos contratos entre de efeitos reais e obrigacionais, os contratos associativos incluem-se entre aqueles dotados de efeitos reais. Isso porque o elemento organização, tido como condicionamento que o ato dotado de valor organizativo impõe aos demais, pressupõe uma sucessão de atos condicionados de forma imediata e direta, não sendo afeto ao *modus operandi* das relações obrigacionais. Já o *conferimento* pode ter eficácia real ou obrigacional.

4.1. FIGURAS DE PRODUÇÃO

Apesar de os conceitos de organização e de atividade aplicarem-se a todos os fenômenos associativos, a ciência jurídica ainda carece de uma disciplina geral da matéria, que contém em pólos opostos as sociedades e as associações. Por outro lado, também há uma diferença entre aquelas expressões do fenômeno (organismos societários) dotadas de personalidade jurídica e aquelas que não o são.

Tanto o ato como a atividade advêm de uma figura de produção que os faz existir, referindo-se a um sujeito posto no centro do fenômeno. Cria-se um

37 Nos contratos associativos, o tipo e a causa são cindidos, pois é possível que uma mesma função seja perseguida por meio de uma pluralidade de tipos organizativos (Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 371). As associações, *v.g.*, não têm a sua função individualizada na lei, mas a sua causa pode ser a persecução em comum de qualquer finalidade que possa ser perseguida individualmente.

38 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 373.

processo para a produção de ações, no seio do qual são relevantes os conceitos de método assemblear, princípio majoritário, colegialidade e coletividade.

O método assemblear é um expediente técnico para a produção de uma vontade unitária, mesmo diante da existência de diversas manifestações. Ademais, a utilização desse método normalmente é acompanhada pelo princípio majoritário. O ato colegial, em cuja base está uma entidade tipicamente plurisubjetiva, é a emanção que se separa dos componentes da figura de produção, não se referindo aos indivíduos nem à sua soma, posto que pode ser tida como proveniente de um outro organismo. Por fim, pode-se falar em coletividade ou ato coletivo quando os indivíduos não podem agir isoladamente, mas devem fazê-lo em conjunto.

No âmbito decisório, nas sociedades sem personalidade jurídica, aplica-se a coletividade. Já nas associações não reconhecidas e nas entidades personificadas, encontra-se a colegialidade. No que tange à administração, a aplicação de um ou outro regime depende do regulamento convencional de cada entidade.

4.1.1. NAS SOCIEDADES E ASSOCIAÇÕES NÃO-PERSONIFICADAS

Nas entidades não-personificadas, quais sejam as sociedades de pessoas e as associações não-reconhecidas³⁹, há um nexo entre administração e responsabilidade. Nelas, quem administra é responsável pelos resultados da atividade. Por isso, a responsabilidade dá-se no âmbito do regime jurídico da administração, e não da representação⁴⁰. A administração, por sua vez, consiste na gestão da atividade inteira, isto é, na plenitude de gestão⁴¹. Tal responsabilização existe porque, nas atividades associativas não-personificadas, é difícil separar a ação do sujeito-agente e excluir os reflexos do resultado da ação sobre esse agente.

Ademais, nas sociedades de pessoas⁴², salvo disposição contratual em contrário, vige o princípio de que qualquer sócio responde e pode, isoladamente,

39 É importante notar que preservamos aqui a lição de Ferro-Luzzi, nos termos em que foi formulada. Contudo, a mesma merece temperamento, nesse tocante, ao ser aplicada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, no direito italiano, as sociedades de pessoas não são dotadas de personalidade jurídica, quando, no Brasil, à exceção das sociedades em comum e das em conta de participação, a personalidade jurídica é conferida a todas as sociedades, sejam elas de pessoas ou não. Por outro lado, as associações não-reconhecidas, mencionadas pelo autor, são aquelas às quais não foi conferida personalidade jurídica.

40 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 249.

41 Em geral, em qualquer associação ou sociedade, quem é excluído da administração mantém posições conexas com o caráter funcional das ações, concernentes ao controle e à prestação de contas ou à eventual nomeação de administradores.

42 Leia-se, em se tratando dos ordenamentos jurídico brasileiro, francês ou português, nas sociedades não-personificadas.

administrar⁴³. Isso porque, nas sociedades, em virtude da natureza produtiva das atividades por elas exercidas, há uma coincidência entre os participantes do fenômeno associativo e os termos de referência do resultado. Ou, em outras palavras, o resultado da atividade atinge (beneficiando ou prejudicando patrimonialmente) os participantes. É ressalvada, no entanto, a possibilidade de exonerar-se de responsabilidade aquele que é excluído da administração. Mantém-se, destarte, o nexa entre administração e responsabilidade.

Já nas associações não reconhecidas, a situação é diferente. Se, por um lado, também figura o nexa entre administração e responsabilidade, por outro, o associado, em princípio, não é administrador. Essa dissociação entre a figura do associado e a do administrador dá-se porque aquela não é o termo de referência do resultado da atividade, ou seja, sua esfera patrimonial não é o objetivo do resultado⁴⁴. Como consequência, nas associações há duas figuras de produção das ações sociais distintas: a administração e os associados excluídos da gestão.

Como consequência, no que tange às entidades não-personificadas, existe uma regra geral, pela qual há um nexa entre administração e responsabilidade, devendo diferenciar-se a situação de quem administra (gere a atividade inteira) e de quem é excluído de qualquer ingerência na administração. E há regras específicas, advindas da diferenciação quanto à relação de participação no fenômeno, no que tange à posição do participante com relação aos resultados e no modo de atribuí-los⁴⁵.

4.1.2. NAS ENTIDADES PERSONIFICADAS

Nas sociedades e associações dotadas de personalidade jurídica, há uma separação entre a atuação geral de uma pessoa e sua atuação desenvolvida como

43 No âmbito do Direito brasileiro, devemos sempre ter em mente que apenas as sociedades em conta de participação e as em comum não são dotadas de personalidade jurídica. Quanto a estas últimas, o art. 989 do Código Civil estabelece que todos os bens dos sócios respondem por atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, somente existindo eficácia de um eventual pacto limitativo de poderes se o terceiro contratante dele tiver ou devesse ter conhecimento. Ademais, o art. 990 do Código Civil dispõe que todos os sócios respondem pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade.

44 Por essa razão, nas sociedades, os poderes são conferidos aos sócios, como tal. Mas, nas associações, os poderes atribuídos aos associados individualmente dizem respeito ao grupo, e em seu nome devem ser exercidos. Nem os poderes referentes ao controle e à prestação de contas são atribuídos diretamente aos indivíduos. Acrescentamos que, em nossa visão, existe exceção a esse princípio no que tange às questões relativas à própria participação do associado na organização, que lhe interessam diretamente e, por isso, os poderes a ela relacionados (opor-se à sua exclusão da associação, por exemplo) não dizem respeito ao grupo, mas ao próprio associado.

45 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 268.

administrador. No entanto, é inegável que sempre resta uma ligação entre a pessoa e a ação por ela desenvolvida. O que diferencia as entidades dotadas ou não de personalidade jurídica é a existência de um nexó entre agente e ação, em função da sujeição à responsabilidade pessoal pelo resultado da ação.

No âmbito dos fenômenos personificados, há uma clara diferenciação entre o momento decisório e o executivo. Com efeito, o decisório é pontual no tempo, pois culmina em um ato cronologicamente delimitado. Ademais, as decisões podem ser realizadas por figuras de produção plurisubjetivas (como a assembléia geral). O momento executivo, por sua vez, é continuativo, prolongando-se no tempo, porque é sempre referido a uma atividade dirigida a um resultado. A execução, outrossim, apresenta um aspecto individual, não cabendo a figuras de produção plurisubjetivas.

Portanto, a distinção mais importante, no caso, não é entre administradores e não-administradores, mas entre deliberação e execução. Note-se que a assembléia geral, por exemplo, ao deliberar, pode imiscuir-se na administração⁴⁶.

As diferenças entre sociedades e associações são atenuadas, mas ainda persistem. Por exemplo, nas sociedades, o voto se dá por interesse econômico ponderado, mas nas associações dá-se por cabeça. Essa diferença também se justifica pelo fato de que, nas sociedades, os sócios são destinatários do resultado. Além disso, nas sociedades os sócios só podem impugnar o resultado de uma deliberação em alguns casos, enquanto nas associações qualquer associado pode impugnar as decisões, porque defende os interesses do grupo.

A questão principal atinente à personalidade jurídica é o modo de produção das ações, e não a afetação patrimonial, como entende a maior parte da doutrina⁴⁷. A doutrina tradicional concentra-se na questão patrimonial e nas situações subjetivas, utilizando-se de conceitos dos contratos de escambo. No entanto, o importante é analisar a produção de ações e a imputação, tendo em vista valores organizativos.

Para Ferro-Luzzi, devem-se distinguir as questões relacionadas à produção e à imputação, bem como o plano do ato e o da atividade. Tem-se de indagar, ademais, no comportamento de qual figura de produção se concretiza a

46 O mesmo se diga quanto ao Conselho de Administração, previsto na lei acionária brasileira, a quem cabe, por exemplo, fixar a orientação geral dos negócios da companhia e escolher e destituir os auditores independentes (art. 142, I e IX da Lei n.º 6.404/1976).

47 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 278.

atividade comum, e qual comportamento deve de ser considerado para a produção do resultado, para, só então, verificar-se o aspecto da responsabilidade.

4.2. Os vícios

O regime jurídico dos vícios do negócio também adquire contornos especiais, diante da formulação teórica do contrato associativo⁴⁸.

Num primeiro plano, o vício de uma prestação ou participação singular somente afeta o contrato inteiro se ela for considerada essencial⁴⁹.

Ademais, deve-se verificar se a execução do contrato já se iniciou, com o exercício da atividade. A norma geral do direito contratual, de que os vícios geram a resolução do negócio, aplica-se somente quando a atividade ainda não começou a ser desenvolvida. Entretanto, se essa atividade já se iniciou, não é possível falar-se em resolução, uma vez que essa figura implica sejam apagados todos os efeitos pretéritos, retroagindo, o que seria impossível. Há, então, de configurar-se uma disciplina especial, aplicável aos contratos associativos. Destarte, nesse caso, o que pode ocorrer é a dissolução (*scioglimento*), mesmo quando haja apenas duas partes presentes no contrato, tendo em vista o organismo criado pelo exercício da atividade.

Um dos temas a ser estudado é o do vício advindo da onerosidade excessiva superveniente⁵⁰. Somente se pode vislumbrar a ocorrência desse vício, no âmbito societário, em casos de contribuições continuadas ou periódicas, que se tornem excessivamente onerosas a uma das partes, no correr da vida social. Como a hipótese somente se verifica durante a vida da entidade, ou seja, quando a atividade já está sendo realizada, deve-se aplicar a disciplina especial, gerando a possibilidade de recesso com justa causa.

Já nos casos de lesão, deve-se sempre ter em mente a necessidade de tutela dos interesses de terceiros, que se fiaram em uma determinada consis-

48 O reconhecimento de que a disciplina ordinária dos vícios dos contratos não se aplica aos contratos de sociedade ou constitutivos de organizações em geral não decorre unicamente do esquema traçado por Ferro-Luzzi. Com efeito, Ascarelli, *v.g.*, já aduzia que o regime jurídico desses vícios deve ser analisado frente às específicas características dos contratos plurilaterais ("O contrato..." cit., pp. 304-307). Vide também, sobre o tema, Erasmo Valladão A. e N. França, *Invalidez das deliberações de assembléia das S.A.*, SP: Malheiros, 1999.

49 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 345. Para Ascarelli, essa regra já constava do direito brasileiro, em virtude do disposto no art. 153 do Código Civil de 1916, o qual corresponde ao art. 184 do vigente Código Civil pátrio. Isso porque, nos contratos plurilaterais, diante da existência de uma pluralidade de contraentes, conforme o caso, o contrato poderá ser executado mesmo se uma das partes originais faltar ("O contrato..." cit., pp. 305-306).

50 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 352.

tência do patrimônio social⁵¹. Se a atividade ainda não começou a ser desenvolvida, aplica-se a disciplina geral do inadimplemento e da impossibilidade superveniente da prestação, verificando-se a essencialidade desta e da participação que ela implica. Por outro lado, se a atividade já foi iniciada, a solução do problema passa pela análise da nulidade ou anulabilidade da prestação e do negócio. Para decidir-se entre a nulidade ou a anulabilidade, total ou parcial, o legislador não leva em conta a extensão do vício, mas o reflexo da prestação viciada, que virá a faltar, sobre a funcionalidade da organização. Na verdade, deve-se aplicar a disciplina geral, com os temperamentos necessários, sendo que o princípio da proteção dos terceiros não é absoluto e deve submeter-se à análise da funcionalidade da organização.

5. O CONTRATO-ORGANIZAÇÃO

No Brasil, a visão de Ferro-Luzzi acerca da natureza do ato criador de corporações é, em boa medida, adotada por Calixto Salomão Filho.

Ao discorrer sobre a questão das sociedades unipessoais⁵², Salomão Filho considera que tanto as teorias contratualistas tradicionais quanto o institucionalismo não são aptos a bem explicar o fenômeno societário⁵³. Em sua visão, a sistematização dos problemas relativos às sociedades unipessoais dá-se pelo recurso à teoria do contrato-organização.

Sobre a especificidade do contrato social (ato constitutivo das corporações, traduzido teoricamente na definição de contrato associativo), assim se manifesta esse autor: “Adotada a teoria do contrato-organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social.”⁵⁴

Como consequência aplicativa, essa teoria é apta à explicação e reconhecimento da sociedade unipessoal. Com efeito, a criação de uma organização pode interessar tanto a uma pluralidade de sujeitos como a uma única pessoa. Além disso, a organização criada não justifica sua existência exclusivamente a partir dos interesses dos sócios. Na verdade, o interesse da organização (“inte-

51 Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti...* cit., p. 353.

52 As ponderações feitas por esse autor centram-se no estudo das sociedades, mas a sua conformação teórica permite estendê-las, em sua maior parte, também para as associações.

53 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 57.

54 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 59.

resse social”) deve ser analisado em função da interação e equilíbrio entre o interesse do sócio e o interesse de autopreservação⁵⁵.

Por outro lado, ainda segundo o pensamento de Calixto Salomão Filho, a organização é o fundamento da existência da personalidade jurídica. A principal função da atribuição de personalidade jurídica é a estabilização das estruturas organizativas. E, por tal razão, essa concepção não é unitarista, na medida em que “o ordenamento reconhece e atribui capacidade jurídica segundo os diferentes tipos e graus de organização”⁵⁶.

Operacionalmente, a organização cria um centro autônomo de decisões, do qual decorrem a conferência de capacidade jurídica e o reconhecimento da pessoa jurídica como um centro de imputação de direitos e deveres⁵⁷. A existência desse centro autônomo de decisões, mesmo nas sociedades unipessoais, advém da procedimentalização das decisões sociais⁵⁸.

A adoção de uma teoria contratual do ato institutivo da sociedade, como a do contrato-organização, tem valor pragmático, uma vez que podem ser aplicados a tal ato princípios contratuais como a cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁹.

Entretanto, o autor é explícito ao concluir que o legislador brasileiro não adotou a teoria do contrato organização, ao menos no que tange às sociedades unipessoais⁶⁰.

55 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 59-60.

56 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 60.

57 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 61.

58 Uma pessoa física toma suas decisões por meio de processos psicológicos. No entanto, as pessoas jurídicas e as organizações não-personificadas possuem o seu momento decisório juridicamente regulado, por meio da existência de competências, formalidades e procedimentos, ainda que apenas uma única pessoa física componha a respectiva figura de produção, ou seja, tenha a incumbência de tomar a decisão.

59 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 107-108.

60 Calixto Salomão Filho, *A sociedade...* cit., p. 108.