

Tullio Ascarelli  
Catedrático na Universidade de Bolonha – Professor contratado pela Faculdade  
de Direito de São Paulo

PROBLEMAS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS  
E DIREITO COMPARADO

1ª edição

2001

**BOOKSELLER**  
EDITORA E DISTRIBUIDORA

CAMPINAS - SP

Uma classificação muito espalhada é talvez, aquela que assenta na distinção entre seguros de danos, de um lado, e seguro de somas<sup>720</sup>, de outro lado<sup>721</sup>. Esta classificação assenta, afinal<sup>722</sup>, na distinção entre avaliação concreta e avaliação preventiva e abstrata do dano<sup>723</sup>.

A nossa tarefa, nas páginas que precedem, foi aquela de demonstrar a unitariedade substancial do contrato de seguro, apesar das suas subdistinções e da diversidade dos critérios adotáveis a respeito.

## V

### O Contrato Plurilateral

#### 1. O problema

Grocio, depois de distinguir os contratos *permutatorii dos benefici* (isto é, na linguagem hodierna: os contratos a título oneroso

ou sobrevivência) e de outro lado, os demais riscos seja quanto às coisas, seja quanto às pessoas (acidentes), seja quanto ao patrimônio. O que importa, entretanto, é não esquecer os limites da função da classificação, quais sejam, e não vincular, o intérprete, por meio da classificação, a descuidar as peculiaridades dos vários ramos, levando-o a uma solução que poderia resultar errada. A teoria tradicional da interpretação jurídica leva justamente em conta este perigo, ensinando não serem, as premissas teóricas das classificações legais, vinculativas quanto ao intérprete. Examinando as várias classificações legais, cumpre não esquecer esta advertência tradicional.

720. O que, praticamente, volta à contraposição do seguro sobre as coisas (e patrimônio) e do seguro sobre as pessoas.

721. Tal, com efeito, afinal, o sistema da Lei suíça, da alemã e, praticamente, da francesa.

722. Vimos, com efeito, que, excepcionalmente, pode haver uma avaliação preventiva e abstrata do dano, embora não consistindo a indenização numa soma de dinheiro.

723. Com efeito, a distinção entre avaliação abstrata e concreta do dano constitui a justificativa da diversidade de disciplina nos vários casos. Inexato, ao contrário, é excluir, nos seguros de soma ou nos de pessoas, o caráter indenitário.

e a título gratuito), observa que os a título oneroso *aut dirimunt partes aut communionem adferunt*; estes últimos (*communicatorii*) *aut facta communicant aut res, aut hinc res, inde facta ad utilitatem communem quae omnia veniunt societatis nomine* (*De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. XII, §§ III e IV). Na realidade, pode dizer-se tradicional a sensação da diferença entre o contrato de sociedade e os contratos que poderíamos dizer, genericamente, de permuta, e, realmente, a doutrina sempre examinou alguns problemas (por exemplo, o da *exceptio inadimpleti contractus*) em relação aos quais algumas regras gerais dos contratos pareciam de difícil aplicação ao contrato de sociedade<sup>724</sup>.

724. A referência à diferença entre os contratos de permuta ou escambo, no alcance mais amplo desta expressão (venda, troca, locação, mútuo etc.), e o contrato de sociedade é, pode-se dizer, tradicional na doutrina do direito civil. Esta já pôs em evidência, com referência à sociedade, como iremos recordando, algumas características do contrato plurilateral (cf. Wieland, *Handelsrecht*, vol. I, 455; Schreiber, *Iherings Jahrbuecher*, vol. 66, p. 222; Hoeniger, *Gemischte Verträge*, p. 45). Sobre o contrato plurilateral, cf. Ascarelli, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, 256; *Foro della Lombardia*, 1932, 439; *Note Preliminari sulle Intese Industriali in Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, 1933, 2ª ed., Milão, 1937; *Appunti di Diritto Commerciale*, 3ª ed., 1936, vol. II, p. 20 (1ª ed., 1931, p. 17); Auletta, *Il Contratto di Società Commerciale*, Milão, 1936, pp. 31 ss.; Ghidini, *Estinzione e Nullità delle Società Commerciale*, Milão, 1937; Ghiron, *Corso di Diritto Industriale*, 2ª ed., 1937, vol. I, p. 113; Osti, verbete *Contratto*, em *Nuovo Digesto Italiano*, nº 10 (que indica a passagem de Grocio, citada no texto), e nº 26; Joaquim Rodriguez e Rodriguez, *La Empresa Mercantil*, México D. F., 1941, p. 147; Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, Rio, 1944, vol. I, p. 246. Falam de contrato plurilateral, também: Salandra, verbete *Società* (1938) em *Nuovo Digesto Italiano*, sem tornar-se claro, porém, se esse autor abandona a tese, diversa, por ele repetidamente defendida, antes, acerca da constituição da sociedade (cf. essa diversa doutrina em *Le Società Irregolari*, Roma, edição do *Foro Italiano*, 1935, nº 9 e nº 47, e sobre a mesma, Auletta, *op. cit.*, p. 28; e Osti, *op. cit.*); e Asquini, *Sommario delle Lezioni di Diritto Commerciale*, Roma, 1935-1936 e *Rivista di Diritto Commerciale*, 1938, na resenha do tratado de De Gregorio sobre as sociedades comerciais, ambos sem referências bibliográficas. Por seu turno, Weiller (*Foro Italiano*, 1933, I, 1.607), identificou, num estudo agudíssimo, os contratos comutativos em contraste com aqueles que têm uma função instrumental: pertencem a esta segunda categoria quer o contrato plurilateral, quer o mandato.

Os estudiosos orientaram-se especialmente em duas direções: por um lado, há teorias modernas que negaram a contratualidade na constituição de uma sociedade (civil e, mais ainda, comercial), vendo nela, ao contrário, um ato complexo; por outro lado, a doutrina tradicional viu, na constituição de uma sociedade, um contrato. Em face da primeira dessas duas correntes, era difícil explicar a aplicação de diversas normas dos contratos na constituição da sociedade; em face da segunda, ao contrário, difícil era explicar a exclusão no contrato de sociedade de algumas normas dos contratos ou, até mesmo, o conflito de algumas destas com óbvias exigências práticas.

Creio que a solução do problema possa ser encontrada distinguindo-se na categoria dos contratos, uma subespécie que poder-se-ia denominar a do *contrato plurilateral*, levando em conta suas características formais.

Essa categoria distingue-se, com efeito: a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro<sup>725</sup>.

725. Leve-se, assim em conta, o aspecto estrutural e não aquele econômico (ou funcional). Do ponto de vista econômico poderiam, estes contratos, ser encarados como contratos de *organização* (cf. Asquini, *op. l. cit.*); 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, *op. l. cit.*, acha preferível classificar os contratos conforme as características econômicas 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 a assentar a classificação sobre critérios que, embora formais, encontrem correspondência e significado em critérios econômicos;

Com efeito, podem, as normas jurídicas, visar quer a uma "repartição" de bens, quer, porém, ao contrário, a uma "cooperação" na utilização deles. Na primeira hipótese o aproveitamento, sucessivo, do bem por parte do sujeito fica, em princípio, no âmbito geral do lícito jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, é, ele, objeto de disciplina jurídica, e, portanto, o contrato assume um cunho "instrumental" quanto à disciplina das sucessivas relações jurídicas das partes. Dada a importância da idéia de propriedade considera-se, talvez prevalentemente, a primeira hipótese: o direito foi, por isso, prevalentemente considerado sob um aspecto que poder-se-ia chamar "distributivo". O segundo aspecto, que, de modo geral, poder-se-ia chamar "cooperativo", não é, no entanto, de escassa importância<sup>726</sup>.

As páginas que seguem versam este tema apenas do ponto de vista do direito privado, examinando por isso, antes de mais nada, o contrato de sociedade e a sua posição na teoria geral dos contratos no direito privado<sup>727</sup>.

Algumas das regras sobre contratos constituem, na realidade, apenas uma generalização das regras próprias dos contratos de permuta, sendo natural, portanto, que, em matéria de contratos cumpra distinguir as normas próprias de todos os contratos (aplicáveis também aos contratos plurilaterais) e as próprias apenas dos contratos de permuta (inaplicáveis aos contratos plurilaterais).

são porém, os critérios "estruturais" os que devem prevalecer na classificação jurídica. Em cada direito, com efeito, as várias regras jurídicas se coadunam logicamente, antes de mais nada, com a estrutura dos vários institutos, embora não se devendo esquecer os problemas decorrentes do eventual contraste entre a estrutura de um instituto e a função por ele preenchida no caso concreto. Cf. sobre o problema geral de classificação "formais" e "finalistas", Radbruch, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1940, trad. port., p. 170.

726. Cf. Korkounov, *Théorie Générale du Droit*, trad. franc., Paris, 1903.

727. Descuido, por isso, do exame desse tema no direito público. O contrato "social" da tradição contratualista democrática – o *pactum societatis* em contraposição ao *pactum subjectionis* – constitui, tecnicamente, um contrato "plurilateral" (entre todos os sujeitos da ordem jurídica) no sentido expandido nas páginas seguintes.

A constituição de uma sociedade representa, em minha opinião, o exemplo mais importante de contrato plurilateral. Não, porém, o único. A prática contratual moderna tem mesmo acumulado exemplos numerosos de tais contratos.

Essa circunstância confiaria, de um lado, a utilidade de delinear a disciplina geral da categoria dos contratos plurilaterais e, de outro, de indicar as características das várias subespécies destes.

## 2. Natureza do contrato plurilateral

### a) Crítica da teoria do ato complexo

A distinção entre “ato complexo” e “contrato”, no âmbito dos negócios que requerem, para a sua realização, o concurso da vontade de várias partes, costuma ser assentada, pela doutrina, na circunstância de que as partes, no contrato, são animadas por interesses contrapostos: o contrato constitui justamente o instrumento jurídico da solução dessa contraposição<sup>728</sup>. As várias normas sobre o contrato encontram fundamento nessa observação<sup>729</sup>.

Ao contrário, no ato complexo, as partes apresentam-se animadas por idêntico interesse; encontram-se, por assim dizer, do mesmo lado; justamente por isso, o ato complexo está sujeito a uma disciplina diversa daquela dos contratos.

Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inegável que, na constituição da sociedade, as várias partes têm interesses antagônicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação das respectivas contribuições<sup>730</sup>; à determinação da respectiva ingerência na administra-

728. Cf. Demogue, *Obligations*, vol. I, nº 16; Osti, *op. l. cit.*, nº 6.

729. É, por isso, que, no domínio dos contratos, se discute do relevo jurídico da “confiança” decorrente, para a parte contrária, da declaração de cada parte; da responsabilidade conseqüente e assim por diante. A disciplina dos vícios contratuais prende-se, justamente, também ao contraste de interesses entre as partes de um contrato.

730. As normas sobre a avaliação das entradas, que não sejam de dinheiro, são justamente inspiradas no conceito de que, entre o sócio conferente e os

ção; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada sócio visa a tirar da própria contribuição o máximo lucro, pondo-se, destarte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervém (com as normas sobre a sociedade leonina) para limitar eqüitativamente as possíveis desproporções entre sócios.

De outro lado, no entanto, a constituição de uma sociedade representa apenas um primeiro passo: a sociedade, uma vez constituída, visa a uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os sócios<sup>731</sup>.

Por conseguinte, oposição de interesses, na constituição da sociedade; coincidência, porém, no que concerne à realização daquela comum finalidade social, que redundará em proveito de todos os sócios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada sócio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade<sup>732</sup>.

O conflito de interesses – evidente na constituição e subsistente durante a vida da sociedade – permite falar de contrato e excluir o ato complexo; a comunhão de objetivo, por sua vez, distingue esse contrato dos de permuta.

demais, há um conflito de interesses análogo ao que se verifica entre vendedor e comprador. A determinação do valor do bem resulta, precisamente, do consentimento dos demais sócios, de um lado (eventualmente em conseqüência de perícia, como é obrigatório, em muitas legislações, quanto às sociedades por ações), e do conferente, de outro. Cf., no direito brasileiro, art. 5º, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 e, atualmente, arts. 7º-10 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

731. Cf. Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 246.

732. Mesmo durante a vida da sociedade, os vários sócios podem visar a fins diversos e, portanto, estar animados por interesses diversos. O estudo das sociedades anônimas vem pondo cada vez mais em evidência serem, os vários acionistas, animados por intenções diversas (de controle da sociedade, de aplicação de capital, de especulação etc.); haver diversidade de interesses, durante a vida da sociedade; e assim por diante. A disciplina da organização interna da sociedade visa justamente a disciplinar esses contrastes.

Quanto a esta última afirmação, será ela objeto de indagações ulteriores; quanto à primeira, parece-me que já o exame dos casos de ato complexo, postos ao lado da constituição da sociedade, demonstre que nos achamos então em face de uma afirmação cujo sucesso, talvez, prevalentemente se deva à insuficiência, quanto ao contrato de sociedade, da teoria do contrato quando baseada apenas numa generalização das regras peculiares aos contratos de permuta.

Kuntze e seus adeptos, com efeito, colocam na mesma categoria: 1) a constituição de uma sociedade; 2) a manifestação de vontade pela qual vários sujeitos assumem, em um negócio jurídico, a posição de uma parte única; 3) a concorrência da manifestação de vontade do curador e do incapaz na realização de um negócio jurídico.

Parece-me que o simples fato de requerer-se, no primeiro caso, a unanimidade dos consensos e de ser, no segundo, às vezes, suficiente a maioria, demonstra haver entre estas duas hipóteses uma profunda diferença. No primeiro caso, com efeito, não só é necessária a unanimidade, mas todas as partes se encontram, por assim dizer, no mesmo plano; no mesmo plano, em posição de igualdade e em contraposição de interesses. É o caso da realização de um contrato.

No segundo caso, ao contrário, a uma pluralidade de pessoas e, portanto, a uma pluralidade de manifestações de vontade, corresponde uma única parte; as várias manifestações de vontade são destinadas a fundir-se. Nessa hipótese, vigora, às vezes, a regra da maioria, justamente porque se trata de determinar, através do concurso de mais manifestações de vontade, qual é a vontade da "parte". É a hipótese do ato colegial, obviamente distinta daquela do contrato. Para verificar esta diferença basta, aliás, observar que, um ato colegial constituir uma manifestação de vontade que, por seu turno, concorrendo com a declaração de vontade da parte contrária, integra um contrato<sup>733</sup>.

733. Afinal, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos conforme a classificação de Donati A.) concernem à formação da vontade

Quanto ao terceiro, entre os casos acima mencionados, prende-se, ele, a uma hipótese, em que devem concorrer as vontades de mais sujeitos (curador e incapaz), para que seja, no entanto, perfeita a manifestação de vontade de uma parte (incapaz). É óbvio que surjam, nessas hipóteses<sup>734</sup>, problemas diversos dos peculiares às anteriores, e que diversa seja a função econômica correspondente ao instituto jurídico<sup>735</sup>.

de "uma só" parte; dizem respeito à formação de um ato "unilateral". Os problemas respectivos encontram a sua origem na peculiar complexidade da formação da vontade, quando, àquela que é, juridicamente, "uma" parte, correspondem, realmente, mais pessoas. É nesta hipótese que o problema da formação da vontade tem um alcance, bem diferente, do que não tenha quando, ao contrário, à parte (sujeito da declaração) corresponde, como normalmente acontece, "uma" pessoa. É claro que, quando aquela que é, juridicamente, a vontade de "uma" parte, constitui, psicologicamente, o resultado da vontade de mais pessoas (constituindo, por seu turno, a manifestação de vontade de cada pessoa, considerada em si, um negócio jurídico distinto), apresentam-se problemas peculiares: 1) Qual é o alcance da vontade de cada pessoa na formação da vontade da parte? É este, por exemplo, o objeto da teoria do voto; daquela da maioria; daquela dos limites do poder da maioria; 2) Qual a disciplina dos vícios da deliberação, qual a dos vícios do voto, qual a influência dos vícios de voto sobre a validade da deliberação; 3) Sendo que a "formação" da vontade fica, assim, juridicamente, disciplinada, independentemente da sua manifestação, é preciso, mesmo, perguntar: qual é a disciplina da manifestação da deliberação aos terceiros? Quais os órgãos a respeito? Qual a disciplina nos casos de divergência entre o que é manifestado ao terceiros e o que foi, realmente, deliberado? São estes os problemas que se apresentam, justamente, na hipótese de resultar, aquela que, juridicamente, é a vontade de uma parte, realmente, do concurso das vontades de uma pluralidade de pessoas.

734. Conforme as orientações mais modernas, nem esta última hipótese corresponde àquela do ato complexo.

735. Note-se que a teoria do "ato complexo" diz respeito à própria constituição das sociedades (seja ou não seja pessoa jurídica); não respeita à necessidade da intervenção da autoridade pública para que, da constituição da sociedade, decorra uma pessoa jurídica ou um patrimônio separado. Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa jurídica, a não ser em virtude de um ato especial da autoridade pública quanto a cada sociedade em cada caso concreto, é natural distinguir-se: a) o contrato; b) a aprovação ou autorização dele. A pessoa jurídica nasce somente do conjunto dos dois atos. Enquanto se denomine este conjunto "ato complexo" (cf., em sentido contrário, e justamente, Donati A., *Archivio Giuridico*; 1903), pode-se,

Unir numa única categoria três situações tão diversas, assimilar a aprovação do curador, o voto em assembléia e a adesão a um contrato de sociedade comercial, parece-me, equivale a olvidar que as categorias jurídicas não devam corresponder aos gostos estéticos (digamo-lo assim), obviamente diversos dos vários intérpretes, mas devem visar a reunir casos homogêneos, isto é, submetidos a uma disciplina jurídica tal que, ao menos em suas grandes linhas, seja idêntica para todos os casos compreendidos na categoria. Não é certamente isso o que se verifica ao classificar-se a constituição da sociedade como um ato complexo.

A prova de tal afirmação se obtém observando a esterilidade dessa doutrina. A função das construções jurídicas é, ao contrá-

---

então, afirmar, decorrer a constituição de uma sociedade (enquanto pessoa jurídica) de um ato complexo. Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista, Donati A., *Sociedades Anônimas*, México, 1939, p. 45 (tradução do italiano). Este autor classifica *ato complexo* (rigorosamente distinto – cf. Donati A., *Archivio Giuridico*, 1903 – da aprovação e da autorização, onde, ao contrário, há negócios autônomos que devem ser distintos daqueles que constituem o objeto respectivamente da aprovação e da autorização) aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontades de sujeitos diversos (ou órgãos diversos) quanto ao exercício de um único direito ou poder; *ato coletivo* aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontade, de sujeitos diversos, no exercício de direitos ou poderes diversos, embora com paralelismo de interesses; quer o ato complexo; quer o coletivo constitui, por isso, a declaração de vontade de “uma” parte, e, portanto, um ato unilateral, que, por sua vez, pode, ocorrendo a declaração de uma parte contrária, concorrer na formação de um contrato. Osti (*verbete Contratto*, nº 9, em *Nuovo Digesto Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato respeite apenas ao interesse de um entre os sujeitos (como na hipótese do concurso da vontade do menor e do curador); 2) o caso em que as manifestações de vontade de mais sujeitos respeitem, todas, ao interesse de um terceiro (como no caso de mais representantes de um único representado); 3) o caso em que, apesar de visar cada sujeito a um interesse individual, há, entretanto, a unificação dos vários interesses individuais num interesse comum (como no caso da alienação por parte dos condôminos da coisa comum.) As considerações do texto assentam na existência, na constituição com contraste de interesses; há, portanto, na constituição do contrato de sociedade, uma pluralidade de “parte” (e não apenas sujeitos) com contraste de interesses; há, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, ao contrário, um ato complexo ou coletivo.

rio, de um lado, dar a razão das normas vigentes e do seu desenvolvimento histórico; de outro, constituir um instrumento heurístico para solução dos novos casos propostos na prática.

#### b) Crítica da teoria do ato de fundação

Diversa da precedente, é a doutrina (Gierke) que, embora falando às vezes de ato complexo, faz referência ao fato de que, da constituição da sociedade, surge uma nova pessoa jurídica. Chega-se a ver, na constituição do novo sujeito jurídico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação<sup>736</sup>.

Essa doutrina, por sua vez, sobrestima, a meu ver, o valor da constituição da pessoa jurídica, o que resulta do fato de ser, ela, constrangida a demarcar uma profunda linha de distinção entre as sociedades que são e as que não são pessoas jurídicas. A observação demonstra, porém, que tal distinção, embora muito relevante, não pode assumir esse valor.

Demonstra-o o fato de que, no direito comparado e na história do direito, o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais não assume um tal significado: as sociedades de pessoas, às quais se nega, na Alemanha, a personalidade jurídica, são pessoas jurídicas na concepção francesa e italiana; as sociedades civis são, também, elas, reconhecidas como pessoas jurídicas no direito francês, brasileiro, mexicano, ao passo que se nega a personalidade jurídica delas na doutrina italiana dominante.

As regras fundamentais de constituição de sociedades comerciais são comuns às várias formas de sociedade, e nem se pode ver aí uma distinção que permita contrapor rigorosamente – como pertencentes a duas categorias opostas – as regras peculiares às sociedades-pessoas jurídicas e as peculiares às sociedades-não-pessoas jurídicas<sup>737</sup>.

736. Fala-se, às vezes, neste caso, em “ato de direito objetivo”, em contraposição aos contratos dos quais decorrem apenas direitos subjetivos.

737. A mais importante das conseqüências práticas sustentadas pelos adeptos de Gierke é a exclusão da anulabilidade por dolo da constituição de uma

Em lugar de "pessoas jurídicas", dever-se-ia falar, portanto, se for esse o caso, de separação de patrimônios, e ver um ato de natureza especial na constituição da sociedade, quando tenha como conseqüência uma separação entre o patrimônio da sociedade e aquele de cada sócio, ou a rigorosa separação patrimonial peculiar às sociedades anônimas e às por quotas de responsabilidade limitada.

Mas é o caso de observar ser, a constituição da pessoa jurídica (ou do patrimônio separado), uma conseqüência particular decorrente da ordem jurídica.<sup>738</sup> Esta conseqüência pode-se pren-

sociedade. Todavia, já observou von Tuhr, que, se quisermos ser lógicos, a concepção de Gierke nos poderia levar, ao contrário, a admitir a impugnação por dolo em limites mais amplos do que se dá, em geral, nos contratos. Realmente, consoante autorizada doutrina, a anulação dos negócios unilaterais, por dolo, é disciplinada com normas menos rigorosas do que as vigentes quanto aos contratos, e isso justamente porque não há, em tais hipóteses, necessidade de tutelar, em relação ao declarante, a expectativa de uma parte contrária. Com efeito, em muitos sistemas, o dolo constitui motivo de anulabilidade dos "contratos", quando seja essencial e provenha da contraparte; se, ao contrário, provier de um terceiro, dará lugar somente a uma ação por danos (art. 1.116, Código Civil francês; art. 1.115, Código Civil italiano). A distinção entre dolo proveniente da contraparte e dolo proveniente de terceiro não pode, porém, ter lugar em matéria de negócios unilaterais. (Cf. também Trabucchi, *Dolo*, p. 248, que exclui a anulabilidade por dolo dos negócios unilaterais: Planiol-Ripert-Esmein, *Obligations*, vol. I, p. 272, que, ao contrário, a admitem.) A respeito da sociedade, a jurisprudência, nos países em que o dolo vicia o contrato somente quando proveniente da contraparte, às vezes, estabelece que: a) a adesão do sócio pode ser impugnada apenas por dolo proveniente de todos os demais; b) a anulação de uma adesão por dolo não importa em anulação nem em liquidação da sociedade. Essas regras, aceitas pela jurisprudência, são incompatíveis com a teoria da constituição como ato "unilateral" de fundação e, ao contrário, concorrem para demonstrar que a constituição da sociedade representa um *contrato* plurilateral. Se nos achássemos diante de um ato "unilateral" de fundação, o vício de uma adesão singela constituiria um vício de todo o ato; este deveria, pois, ser anulado, ao menos nos casos e nos sistemas em que não é possível considerar os vícios de constituição como sanados pela publicidade social.

738. Isto se evidencia muito claramente lembrando que, de início, a personalidade jurídica das sociedades anônimas decorria de um ato da autoridade pública quanto a cada caso concreto. Mesmo quando, como hoje, a per-

der à observância de determinadas condições, ou, ao contrário, decorrer diretamente da conclusão do negócio, tutelando, no entanto, terceiros quanto à constituição de um patrimônio separado<sup>739</sup>; não pressupõe, em absoluto, a diferente natureza do negócio *inter partes*. Não é por isso ilógico poder, este negócio, ser um contrato, assim como não é ilógico poder, a manifestação consensual das partes, ter efeitos de direito real<sup>740</sup>.

Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurí-

sonalidade pertence a cada sociedade ou a cada sociedade de tipo determinado, é óbvia a diferença entre os requisitos que dizem respeito ao contrato e aqueles que dizem respeito à separação dos patrimônios. É justamente este o ponto de partida da teoria das sociedades irregulares. É justamente por isso que, independentemente das diversas teses quanto à natureza da constituição da sociedade, há teses, diversas, quanto ao alcance da intervenção de autoridade pública ou da publicidade na constituição da sociedade: há quem, embora encarando na constituição da sociedade um contrato, ache, por exemplo, não serem as sociedades irregulares, pessoas jurídicas; há quem (e tal é a tese dominante na tradição norte-americana; cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, pp. 383 ss.) encara, além do contrato entre os sócios, um contrato da sociedade e, até, um contrato dos sócios, com a autoridade pública.

739. Joaquim Rodriguez e Rodriguez, *op. l. cit.*, que, justamente, recorre a este princípio (ou seja, afinal, à personalidade jurídica das sociedades irregulares, afirmada na doutrina de muitos países) para afirmar ser, a constituição da sociedade, um contrato. Afinal na constituição do patrimônio separado em conseqüência da constituição da sociedade há, quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como que de um privilégio a favor daqueles que venham a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do sócio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do sócio. Cf., sobre este aspecto, Ghidini, *op. l. cit.* Este efeito explica a importância, quanto às sociedades, das normas de publicidade e das que visam seja o capital social efetivamente arrecadado e ficar, ele, subsistente, bem como o particular rigor desta disciplina quanto às sociedades anônimas; não contrasta, no entanto, com a natureza contratual do ato de constituição.

740. Tal é, o caso, nos sistemas de tipo francês, à vista do princípio de ser o consentimento das partes bastante quanto à transferência da propriedade.

dica, admitindo a constituição do patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição; isso, porém, não impede que, através dessa unificação, se realize, essencialmente, uma disciplina particular das relações dos sócios entre si e para com terceiros. As obrigações que, em matéria de constituição, assume cada sócio para com os outros sócios, tornam-se obrigações para com a "sociedade", na qual o direito unifica a coletividade dos sócios, através da personalidade jurídica; os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios; os bens dos sócios, como tais, são distinguidos dos seus bens individuais, através da constituição de um patrimônio separado; os interesses dos sócios "como sócios" e "como sócios daquela sociedade" são distinguidos dos interesses individuais dos sócios, através da personalidade jurídica e do patrimônio separado<sup>741</sup>.

Pode-se, aliás, observar que a concepção acima criticada não consegue justificar os direitos da sociedade com os sócios (por exemplo, quanto às entradas), ou aqueles dos sócios com a sociedade<sup>742</sup>.

741. Observou, Ihering, constituir a personificação, um procedimento de técnica jurídica, análogo a "parênteses" na linguagem algébrica.

742. Isto acontece até quanto às sociedades anônimas por ações que são, em geral, as levadas em conta pelas teorias do ato complexo e do ato de fundação. A doutrina alemã, com efeito, frisa a diferença entre a sociedade anônima e a sociedade por quotas de um lado e as demais sociedades de outro lado, à vista do fato de constituírem, apenas as primeiras, pessoas jurídicas, o que não se verifica, entretanto, nos demais direitos. É inegável a maior complexidade da sociedade anônima, a importância da diferença decorrente da responsabilidade limitada e da divisão do capital em ações, a conseqüente diversidade de disciplina quer nas relações quanto a terceiros, quer nas relações entre os sócios, mas nenhum desses elementos, parece-me, é bastante para negar a contratualidade do seu negócio constitutivo. Como notado no texto, as teses contrárias encontram a sua crítica justamente quando se trata de desenvolvê-las, mais pormenorizadamente, no que diz respeito à constituição da sociedade anônima. Ao explicar a constituição sucessiva, a doutrina do ato de fundação, com efeito, imagina: a) a participação do subscritor na declaração unilateral de fundação; b) um contrato entre subscritores e fundadores em

### c) Crítica das teorias ecléticas

Igualmente improcedente, parece-me, uma recente doutrina que, com a intenção de conciliar as diversas tendências, vê na constituição da sociedade ou um negócio jurídico, que seria, ao mesmo tempo, contrato enquanto se encaram as relações entre sócios – e ato unilateral (de todos os sócios) – enquanto se encaram as relações para com terceiros; ou dois atos simultâneos (um contrato e um ato unilateral).

Essa teoria<sup>743</sup> parte da exata percepção de que, na constituição da sociedade, existe algo de análogo e algo de diferente do que há nos demais contratos, mas chega ao resultado, a meu ver, inaceitável, de atribuir a um ato único, simultaneamente, duas naturezas diversas e contraditórias (como a do ato unilateral e a do contrato), ou de postular, ao lado do "contrato" de sociedade, uma declaração dos sócios a terceiros, que, ao contrário, é, na realidade, o próprio contrato de sociedade.

### d) Reafirmação da teoria tradicional do contrato de sociedade

Podemos, pois, voltar à doutrina tradicional, afirmando ser, a constituição da sociedade, um contrato<sup>744</sup>.

favor da sociedade; c) contrato, porém, que a sociedade, embora inexistente, deveria aceitar mais tarde, uma vez surgida; d) e que tais contratos se incluam, necessariamente, no ato social constitutivo. Com isso, o elemento contratual, embora negado, acaba sendo readmitido, numa construção que não é, por certo, simples, e que, ademais, endossa conceitos contraditórios (por exemplo, o do contrato em favor de terceiro, contrato que, porém, o terceiro é obrigado a aceitar).

743. Esta é a doutrina de Salandra, já citado, e de Soprano, *Trattato delle Società Commerciali*, nº 101, acompanhados por Trabucchi, *Dolo*, p. 488. Tal doutrina (cf., quanto à sua crítica, Auletta e Osti, *op. cit.*), deu origem à ulterior construção do primeiro desses autores, sobre o consórcio industrial como sendo sociedade do ponto de vista externo e não o sendo do ponto de vista interno, e à do segundo, sobre a mútua como contrato misto.

744. Cf., uma ampla bibliografia, nos citados volumes de Auletta, p. 19, e Ghidini, p. 125, ambos agudamente examinando e criticando as teorias anticontra-tualistas; na doutrina brasileira cf. Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 246.

Aliás, é fácil observar ser, essa, a premissa explícita ou implicitamente seguida, quando a legislação e a jurisprudência disciplinam a sociedade entre os contratos e lhe aplicam, em princípio, as regras dos contratos.

Essa primeira afirmação é rica de conseqüências: é, por exemplo, à teoria geral dos contratos que deveremos, em princípio, atender em matéria de capacidade, de vícios, de momento de perfeição do contrato; é por força dessas regras que, em princípio, isto é, salvo normas legais especiais, deve ser negada (salvo com o consentimento unânime das partes) a possibilidade de modificar o que originariamente fora estabelecido, e assim por diante.

Por outro lado, porém, a crítica da tese contratualista parte justamente da existência de algumas peculiaridades do contrato de sociedade.

O exame dessas peculiaridades, que passaremos a enunciar, parece-me demonstrar que, embora elas não sejam incompatíveis com os princípios fundamentais do contrato, há, no entanto, uma distinção entre a sociedade e os contratos de permuta; esta distinção permite identificar, entre os contratos, a subespécie dos "contratos"<sup>745</sup> plurilaterais; nesta categoria (contrato plurilateral) é pos-

745. Esta afirmação, mesmo prescindindo do que resultará das páginas seguintes, é suficiente para distinguir a hipótese aqui considerada (cf. Osti, *op. cit.*) a) da hipótese do ato complexo; b) daquela da deliberação; c) daquela (elaborada por Messineo, com particular referência à delegação) do "negócio plurilateral" (a respeito dessa categoria cf. Osti, *op. cit.*, n° 13). Note-se que a diferença é independente do fato de achar que, também em algumas hipóteses mencionadas por Messineo (por exemplo, na constituição de dote por parte de terceiro. Na delegação, ao contrário, uma opinião acatada encara uma pluralidade de negócios e não "um" negócio plurilateral), possa haver um negócio único ou até, mais precisamente, um contrato (cujos sujeitos seriam o constituinte, a mulher e o marido; deixo, é óbvio, de examinar o acerto desta construção) que, à vista da participação de três partes, poder-se-ia denominar plurilateral; d) quanto aos "acordos" (cf. Osti, *op. cit.*, n° 10), voltaremos mais adiante ao assunto. As regras que vamos expor, presumo, corroborarão a distinção entre as várias hipóteses. Elas, com efeito, são, em princípio, inaplicáveis às hipóteses do ato complexo, da deliberação, ou do negócio plurilateral (no sentido de Messineo). É, afinal, justamente a diferença da disciplina prática, o que, simultanea-

sível, por seu turno, identificar várias subcategorias: a do contrato de sociedade é aquela de maior importância, mas não a única<sup>746</sup>.

### 3. O contrato plurilateral

#### a) Possível participação de mais de duas partes

A primeira característica que devemos ressaltar é aquela da possível participação de mais de duas "partes"<sup>747</sup>, assumindo todas

mente, demonstra e justifica a distinção entre os variados conceitos jurídicos. Desnecessário acrescentar poder a palavra "contrato plurilateral" ser utilizada também com referência a hipóteses diversas daquelas do texto.

746. Problema especial é aquele da "fusão" de mais sociedades, à vista do fato de que, simultaneamente com a constituição de uma nova sociedade, verifica-se a extinção das sociedades que se fundem, sucedendo, a nova sociedade, *in universum jus*, às sociedades que se fundem. Há quem (por exemplo, Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, Rio, 1941, vol. II, p. 179) encare também a fusão (no que respeite à constituição da nova sociedade) como *ato complexo*; mais exato parece-me, também neste caso, encarar contrato plurilateral pois há, inegavelmente, partes (as várias sociedades) – e, possivelmente mais de duas – com interesses contrastantes. Este contrato, tem, afinal, natureza análoga à do contrato de constituição da sociedade, sendo, ao contrário, inexacta a assimilação à venda; caracteriza-se, porém, pelo fato de ser concluído por sociedades que, simultaneamente, visam à própria extinção. Por isso os sócios da sociedade resultante da fusão são, diretamente, os sócios das sociedades que se fundem e a nova sociedade sucede em todas as atividades e passividades das sociedades que se extinguem, diversamente do que aconteceria caso mais sociedades constituíssem, por seu turno, uma nova sociedade. Cf. Ferri, *La Fusione delle Società Commerciali*, Roma, 1936; De Gregorio, *op. cit.*, n° 496 s.

747. Não é preciso lembrar poder "uma" parte ser composta de "vários" sujeitos. Os condôminos que vendem a coisa comum constituem "uma" parte, embora composta de "várias" pessoas. Justamente, na hipótese de que a "uma" parte correspondam "várias" pessoas, surge o problema da formação da vontade dessa "parte". Referimo-nos, no texto, a uma pluralidade de "partes" e não à eventualidade de que a "uma" parte correspondem "várias" pessoas. Não há, pois, contrato "plurilateral" na concordata (embora haja, também nesta hipótese, contrato), uma vez que os credores, embora sem constituir uma pessoa jurídica, se apresentam reagrupados em "uma" parte (que se contrapõe à outra parte, constituída pelo devedor); é por isso que, com determinadas cautelas e controles, se torna possível uma deliberação por maioria dos credores.

(e, portanto, mais de duas) quer direitos, quer obrigações. Esta característica é tão conhecida e evidente, quando se levam em conta as sociedades e as associações, que não tem necessidade de ser ulteriormente ilustrada.

Esta característica formal não é destituída de relevância, pois a doutrina dos contratos<sup>748</sup> tem, ao contrário, constantemente em vista a hipótese de duas e *somente duas* partes. Chegou-se mesmo a afirmar<sup>749</sup> ser, a participação de mais de duas partes, incompatível com a natureza do contrato. O contrato de sociedade constitui o desmentido de uma tal afirmação.

É óbvio que, mesmo quanto aos contratos plurilaterais, em um determinado caso concreto, pode haver a participação de apenas duas partes. Isso, porém, em nada diminui a característica acima enunciada: ao passo que, com efeito, dos contratos plurilaterais podem participar *mais de duas partes*, essa possibilidade está excluída nos demais contratos.

Por outro lado, as várias características dos contratos plurilaterais que iremos enumerando, se verificam também quando o contrato, no caso concreto, resulta apenas de duas partes<sup>750</sup>.

Numa venda, numa locação, num mandato, podem, sim, haver vários vendedores, locadores, mandantes, compradores, ou mandatários, mas há sempre duas e *somente duas partes*: todos os vendedores e todos os compradores se apresentam, na venda, unificados em dois grupos e *somente em dois grupos*<sup>751</sup>.

Na sociedade, ao contrário, há a possibilidade de uma verdadeira pluralidade de partes: os cinco, dez ou cem sócios, que podem concorrer na constituição de uma sociedade, representam cinco, dez, cem partes, não havendo possibilidade de reagrupá-los em "dois" grupos, em "duas" partes.

748. Dada a generalização das regras peculiares aos contratos de permuta.

749. Por Messineo, em sua preleção sobre o "negócio plurilateral". Messineo está, logicamente, entre os que vêem no contrato de sociedade um ato complexo.

750. No exame ulterior, notaremos, todavia, alguns limites dessa última afirmação.

751. Quanto à diferença entre "pessoa" e "parte" acompanho a aguda análise de Messineo, *op. cit.*

A distinção é ainda mais clara quando se observa que, mesmo no contrato de sociedade, uma parte pode ser, por sua vez, composta de várias pessoas (por exemplo: dos condôminos de determinado bem conferido na sociedade).

Isso torna a confirmar que, enquanto, em geral, um contrato requer a participação de *duas partes*, e não admite a participação de *mais de duas*, no contrato de sociedade e nos demais contratos plurilaterais é possível a participação de *mais de duas partes*.

#### b) Direitos e obrigações

Todas as partes de um contrato plurilateral são titulares de direitos e de obrigações<sup>752</sup>.

#### c) De cada parte para com as demais

Cada parte, pois, tem obrigações, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras<sup>753</sup>; adquire direitos, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras<sup>754</sup>.

752. Com o termo "bilateral" (em contraposição à "unilateral"), aplicado aos "contratos", faz-se referência justamente à circunstância de que, do contrato, decorrem obrigações recíprocas quanto a todas as (duas) partes. O termo "plurilateral" pode ser aplicado ao contrato em apreço nesse sentido (e é por isso que o contrato de sociedade sói ser qualificado de bilateral), além de indicar (o que corresponde, ao contrário, ao significado do termo "bilateral" em relação ao negócio jurídico) a (possível) participação de mais de duas partes em sua formação. A tese do texto parte implicitamente da exclusão da legitimidade de um contrato plurilateral em que uma das partes goze de direitos sem ter obrigações (por exemplo, goze do direito de participar nos lucros sem ter o dever de participar nas perdas): é o problema versado na teoria da sociedade leonina. No entanto, em tese, esta situação não é logicamente impossível (cf. a respeito especialmente Hoeniger, *op. l. cit.*) e demonstra a peculiaridade dos contratos plurilaterais no que respeita à posição deles quanto à distinção entre contratos a título oneroso e contratos a título gratuito.

753. Nos demais contratos, cada parte contrai obrigações, *somente para com a parte contrária*, sendo as partes apenas duas.

754. Examinaremos, além disso, os problemas decorrentes da constituição da pessoa jurídica, da qual prescindimos por enquanto.

Se quiséssemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos<sup>755</sup>, poderíamos dizer que, no contrato de sociedade e nos contratos plurilaterais em geral, as partes se acham como dispostas em círculo; nos demais contratos, ao contrário, cada uma das (duas) partes se acha num dos extremos de uma linha<sup>756</sup>.

#### d) Conclusão do contrato

A importância de haver uma pluralidade de partes se revela desde a conclusão do contrato.

Se, com efeito, todas as partes estão, simultaneamente, presentes, a conclusão de um contrato plurilateral realiza-se quase com a simplicidade que preside, nesta mesma hipótese, a conclusão de um contrato do qual participem somente duas partes.

Mas, se as partes não estão todas presentes, é evidente que ao participarem do contrato mais de duas partes, o *iter* contratual destinado à reunião de todos os consentimentos se apresenta bem mais complexo do que geralmente. A quem, de fato, devem ser fiadas as várias adesões? Deverá cada parte comunicar a própria adesão a todas as outras? Em que momento é aperfeiçoado o contrato?

No domínio das sociedades comerciais, o direito preocupou-se sempre com essa hipótese.

Com efeito, quanto às sociedades por ações, nas quais esse problema se apresenta com particular gravidade, o direito disciplina, quer a constituição baseada na adesão simultânea dos subscritores, quer, de um modo especial, uma constituição chamada "sucessiva"<sup>757</sup>.

755. Um exemplo neste uso pode ser encontrado no volume de Kokourek, *Jural Relations*, 2ª ed., Indianápolis, 1927.

756. Por sua vez, a delegação, ou o negócio plurilateral estudado por Messineo, corresponde à figura de um triângulo; a deliberação, à de uma série de linhas convergentes num só vértice.

757. É óbvio que, em face do objeto deste estudo, prescindindo da disciplina mais precisa dessa constituição nos vários direitos. No direito brasileiro das so-

Em substância, admite-se poderem, as adesões individuais dos sócios, serem comunicadas aos fundadores que tomam a iniciativa da constituição da sociedade<sup>758</sup>. A assembléia (constitutiva) dos subscritores tem, pois, a tarefa de verificar a realização da subscrição integral do capital e a observância das condições necessárias à constituição da sociedade: de um lado, delibera por maioria; de outro, entretanto, não pode alterar o que resulta das cláusulas em virtude das quais foi efetuada a subscrição.

Na construção desse processo se afadigou a doutrina: esta encarou as subscrições como contratos preliminares ou como contratos em favor de terceiros.

Na realidade, na constituição "sucessiva", há, tão-somente um processo para disciplinar a conclusão de contrato social entre ausentes. Cada manifestação de vontade é comunicada aos fundadores (ou àquele fundador que seja para tal fim indicado pelos demais)<sup>759</sup>, dada a dificuldade prática de comunicá-la, individual-

iedades por ações, a constituição que chamamos "sucessiva" verifica-se tanto no caso da subscrição pública (arts. 40 ss., Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940), quanto na hipótese da subscrição particular por deliberação assemblear dos subscritores, disciplinada no art. 45, § 1º, do mesmo decreto.

758. É justamente no fato de ter tomado a iniciativa da constituição da sociedade que assenta a responsabilidade peculiar dos fundadores.

759. O papel dos fundadores foi bastante discutido em doutrina e é, sem dúvida, bastante complexo. Cf., por último, Auletta, p. 199, quanto ao exame crítico das várias teorias, e uma vasta bibliografia. Tomando a iniciativa da constituição, os fundadores são os destinatários das adesões sociais com o poder de aceitar (com eficácia vinculativa quanto a todos os sócios) as várias adesões. Ao receberem e aceitarem a subscrição de cada qual e ao perseguirem os morosos, os fundadores, portanto, agem como representantes dos demais subscritores. Parece-me fictício encarar, nesta hipótese, os fundadores como gerentes da sociedade, cuja existência pressupõe, ao contrário, a subscrição integral do capital e a entrada da porcentagem fixada pela lei. Ao concluírem contratos no interesse da futura sociedade (por exemplo, ao alugarem os locais necessários), os fundadores agem a próprio risco. A diferença entre as duas funções, não obstante a tendência de uma autorizada doutrina para negar tal diversidade, evidencia-se pelo fato de que a atividade desenvolvida pelos fundadores é, na primeira hipótese, o pressuposto da constituição da sociedade, ao passo que, na segun-

mente, a todos os subscritores<sup>760</sup>. O contrato conclui-se mediante as subscrições, que não constituem, por isso, contratos preliminares, ou contratos em favor de terceiros, mas representam, diretamente, a oferta de cada subscritor de aderir ao contrato de sociedade, por intermédio dos fundadores<sup>761</sup>. Não há nenhuma relação

da, só obriga a sociedade desde que esta aceitar os contratos concluídos pelos fundadores. Por seu turno, o prospecto pode, talvez, ser encarado como um convite ao público para que *pisque de popolo* apresente a proposta de participar na sociedade; não constitui, ao contrário, diretamente, uma proposta de contrato *in incertam personam*; a proposta de cada subscritor é, por seu turno, aceita pelo fundador qual representante dos demais subscritores. O período de organização representa, justamente, o *iter contratual* peculiar à formação de qualquer contrato entre ausentes e sempre necessário para que se alcance a reunião dos consentimentos das partes. À vista, entretanto, da complexidade peculiar da constituição de um contrato plurilateral, mister se faz seja, a conclusão do contrato, verificada e declarada pelos próprios contratantes; a assembleia de constituição formada pelos subscritores tem justamente a tarefa de constatar ter sido o capital, regular e integralmente subscrito, declarando conseqüentemente constituída a sociedade: a sua função é, por isso, antes de mais nada, *declaratória* (sobre a teoria do negócio declaratório, cf. a minha *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, p. 168 s.).

760. Cf. Soprano, *op. cit.*, nº 315; Ascarelli, *Appunti*, vol. II, *Società*, 3ª ed., p. 232; Auletta, *op. cit.*, p. 198; De Gregorio, *Società*, Turim, 1938, p. 261; Ghidini, *op. cit.*; p. 123; Trajano de Miranda Valverde, *op. cit.*, vol. I, p. 198. Esta tese, encontra, aliás, mais uma prova no princípio de ser, o vício da vontade dos fundadores, irrelevante quanto à validade da sociedade. Cf. Hemard, p. 892; Ghidini, *op. cit.*, p. 129. Este princípio pressupõe, justamente, qual premissa, a tese do texto.

761. Cf. Trajano de Miranda Valverde, *op. cit.*, que, no entanto, adota (quanto às sociedades por ações) a teoria do ato complexo, encarando nas declarações dos subscritores outras tantas declarações paralelas que visam à constituição da sociedade. O ilustre autor (criticando a teoria contratualista) observa serem os subscritores obrigados apenas nos confrontos da sociedade. Mas de onde nasce esta obrigação? Apenas da declaração unilateral do subscritor visando à constituição da sociedade? De um contrato entre subscritor e fundador a favor da sociedade, que o aceita desde que constituída? Refutando esta segunda explicação (com freqüência adotada pelos que negam a teoria contratualista), Trajano de Miranda Valverde parece, implicitamente, adotar a primeira. Na minha opinião a obrigação do subscritor nos confrontos da sociedade é, afinal, a expressão técnica da obrigação de cada subscritor para com todos os demais. Quer nas sociedades

contratual entre os fundadores e os subscritores; o contrato de sociedade assenta, diretamente, nas declarações de vontade dos subscritores.

A possibilidade de a assembleia constituinte deliberar por maioria, bem como os limites dessa possibilidade, decorrem da circunstância de que já foram manifestadas as declarações de vontade, necessárias para formar o contrato.

Eis por que, tem, a assembleia constituinte, por um lado, a tarefa de verificar a realização das condições às quais está subordinada a constituição da sociedade<sup>762</sup> e, por outro, a de proceder aos primeiros atos de gestão (nomeação dos diretores e dos fiscais)<sup>763</sup>.

#### e) Dolo

A pluralidade das partes explica por que o dolo "proveniente da parte contrária", para viciar a manifestação contratual de vontade<sup>764</sup>, deve provir de "todas as outras partes"<sup>765</sup> ou de

por ações (apesar da maior complexidade destas, mesmo quanto à sua constituição), quer nas demais sociedades, o fenômeno é, substancialmente, sob este aspecto, idêntico. Aliás, também nas sociedades de pessoas é apenas a sociedade que, em princípio, pode agir contra o sócio inadimplente. O que diferencia, sob este aspecto, a sociedade de pessoas da sociedade anônima é o fato de ser em princípio cada sócio (ou cada sócio ilimitadamente responsável na comandita) administrador e de poder, por isso, cada sócio, agir em nome da sociedade, mas trata-se sempre da ação da sociedade. Com efeito, podem também nas sociedades de pessoas, os estatutos confiar a administração apenas a alguns sócios ou até (nas sociedades em nome coletivo, conforme muitos direitos) a um terceiro!

762. Tal verificação constitui, por seu turno, uma das condições a que está subordinada a constituição e isso, justamente, para atenuar os inconvenientes que, de outra forma, poderiam decorrer do recebimento das subscrições por intermédio dos fundadores.

763. Em alguns direitos, admite-se poder, a assembleia, também "completar" as cláusulas do projeto (por exemplo, art. 134, Código Comercial italiano de 1882; em sentido oposto, cf. art. 44, § 3º, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, no direito brasileiro).

764. Refiro-me, é óbvio, aos sistemas jurídicos em que, nos contratos, tão somente o dolo proveniente da parte contrária vicia a declaração de vontade.

quem as represente; porque, para efeito da avaliação da *scientia fraudis* na ação revocatória quanto à entrada de um sócio, será necessária a prova dessa *scientia* em todos os demais ou em quem os represente<sup>766</sup>.

#### f) Finalidade comum

À pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim<sup>767</sup>. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.

O conceito de "fim ou escopo" adquire assim, nos contratos plurilaterais, a sua autonomia.

Nos demais contratos, o "fim ou escopo" do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função

Cf. Carvalho de Mendonça (M. M.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, Curitiba, 1908, p. 680.

765. Vivante, *Trattato*, vol. II, p. 423, 5ª ed. Cf. também Auletta, p. 112.

766. Percebe-se, desse modo, a importância do fato de considerar os fundadores como representantes (na constituição da sociedade e quanto ao recebimento da declaração de cada subscritor) dos demais subscritores para com cada qual. Estas afirmações induzem a achar relevante, de conformidade com a doutrina de Lyon-Caen e Renault, o dolo proveniente dos fundadores, em contraste com a doutrina dominante nos sistemas que limitam a anulação por dolo ao caso em que o dolo provém de contraparte. (A doutrina dominante é contrária, mas ela assenta na negação de poderem, os fundadores, ser encarados como representantes dos subscritores; esta negação assenta, por seu turno, na premissa de haver, na constituição sucessiva, um contrato entre subscritor e fundador.) A anulação por dolo encontra limites na tutela do interesse dos terceiros credores sociais (v. adiante nota 834); não me parece, porém, se justifique a derrogação das normas do direito comum, nas relações entre sócios. Ao contrário, a tutela do subscritor exige justamente a aplicação das regras do direito comum. Cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, p. 60.

767. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 39.

típica do próprio contrato (por exemplo, troca de coisa por preço); permanece, em princípio, no campo dos motivos, quando entendido em relação a uma atividade ulterior das partes, para cuja realização seja concluído o contrato.

Nos contratos plurilaterais, ao contrário, o escopo, em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui o elemento "comum", "unificador" das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes<sup>768</sup>.

Ele se prende, justamente, àquela atividade ulterior<sup>769</sup>, a que o contrato plurilateral é destinado.

Em cada caso concreto<sup>770</sup> será preciso, portanto, examinar a possibilidade e licitude do escopo do contrato, independentemente da licitude ou ilicitude da adesão de cada parte ao contrato<sup>771</sup>.

#### g) Função instrumental

Assim se evidencia a função "instrumental" dos contratos plurilaterais, à qual, sob outros aspectos, voltaremos no próximo número.

Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao

768. Cf., especialmente, Auletta, *op. cit.*, p. 36.

769. Esse é, no fundo, o sentido da tese tradicional, que exige a *affectio societatis*. Essa tese costuma ser criticada (cf. Salvadori, *Rivista di Diritto Civile*, 1911), observando que ela imagina quase que uma duplicação do consentimento das partes. Essa tese é, no entanto, exata, quando põe em evidência o objetivo comum e a necessidade de que o consentimento das partes vise à consecução desse objetivo comum.

770. Note-se ser, também, mister distinguir entre a licitude de um ato realizado pela sociedade e a licitude do objeto social. Um fenômeno análogo (cf. Weiller, abaixo cit.) pode verificar-se no mandato, justamente porque este instituto é juridicamente coordenado à realização de atos ulteriores.

771. Pode, por exemplo, ser lícito o objeto da sociedade e ser ilícita a adesão de uma das partes.

contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior<sup>772</sup>.

Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objetivo da sociedade, e a sua determinação é, portanto, juridicamente relevante.

Eis por que, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo ou fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade deste objetivo.

Os contratos de permuta visam, afinal, a uma distribuição dos bens entre os diversos sujeitos de direito, quer eles alcancem diretamente esta distribuição (transferindo direitos reais, como no sistema francês e no italiano), quer ao contrário eles estabeleçam apenas um vínculo obrigacional quanto a ela (como no direito romano, no alemão ou no brasileiro).

772. Cf. Weiller, *Foro Italiano*, 1933, I, 1.607, que examinou esta característica e notou, justamente, ser, essa função, própria também do mandato. Cabe a Weiller, *op. cit.*, o mérito de ter evidenciado a distinção entre duas categorias de contratos, conforme tenham ou não tenham, estes, um caráter instrumental, quanto ao cumprimento de ulteriores atos jurídicos. Os contratos plurilaterais pertencem, como o mandato, aos contratos que têm um caráter instrumental (e desta característica decorrem as analogias evidenciadas por Weiller); diversificam do mandato, no entanto, justamente pela pluralidade; é, de outro lado, diversa a disciplina da função instrumental nos dois casos. É, portanto, inoportuna a terminologia de "contratos de organização", se utilizada para indicar apenas os contratos plurilaterais, podendo, ela, ser, ao contrário, aproveitada para indicar todos os contratos com funções instrumentais e, portanto, também o mandato. É à vista da prevalente importância da pluralidade e das consequências que daí decorrem, que é possível e oportuno encarar os contratos plurilaterais qual uma subespécie entre os contratos, ao passo que as óbvias diferenças entre contratos plurilaterais e mandato acarretam uma menor relevância da categoria dos "contratos de organização". Cumpre, aliás, notar que a função instrumental do mandato se aproxima à dos contratos plurilaterais "externos", e versaremos no nº 5 a distinção entre contratos plurilaterais "externos" e "internos".

É por isso que, em princípio, a sucessiva utilização do bem é alheia ao contrato; quem é dono do bem pode, em princípio, utilizá-lo como quiser: o direito pode estabelecer limites a esta possibilidade, mas não regula diretamente aquela utilização. Ensi-na-se, por isso, que as diversas faculdades de dono não constituem direitos subjetivos autônomos, mas a esfera em que, o dono, pode agir, licitamente, à vista do seu direito de propriedade.

Os contratos plurilaterais visam, ao contrário, justamente a disciplinar a utilização dos bens a que se referem<sup>773</sup>. Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do lícito jurídico, passam, ao contrário, a ser, objeto de disciplina jurídica pormenorizada, dada a necessidade de delimitar de um lado os direitos de cada parte no contrato e, de outro lado, os direitos individuais de cada parte e os coletivos de todas<sup>774</sup>.

Portanto nos contratos plurilaterais é mister distinguir entre o que respeita à formação do contrato e o que respeita ao preenchimento da função instrumental dele: os requisitos exigidos a este último respeito não visam apenas ao momento da conclusão do contrato, mas, também, à vida da organização e devem, por isso, continuamente subsistir; podem, apesar de existirem no

773. É, por isso, que se pode falar em contratos de organização. Cf. Osti, *op. l. cit.*

774. Justamente destas características decorrem alguns problemas, no direito intertemporal e no internacional privado, peculiares aos contratos plurilaterais e que, em parte, se encontram também quanto ao mandato. Assim, no direito intertemporal, apresenta-se sempre o problema dos limites em que uma nova lei encontra aplicação à gestão de uma sociedade já constituída (por exemplo, no que respeita aos poderes das assembléias): são por todos conhecidas as discussões da doutrina francesa por ocasião das Reformas de 1903 e de 1913. Estas discussões assentam justamente nas dificuldades que decorrem do caráter instrumental do contrato plural. No direito internacional privado apresentou-se, quanto aos limites da responsabilidade dos sócios de uma sociedade, o problema de dever-se aplicar a lei do país em que a sociedade se constituiu ou aquela do país em que a sociedade assumiu compromissos (quanto aos compromissos ali assumidos). Cf., a respeito, Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, p. 229 (sustentando a segunda solução ao passo que a jurisprudência inglesa — 1 King's Bench 304 (1905) — *Ridson Iron & Locomotive Works versus Furness*, afirmou a primeira).

momento da conclusão, às vezes faltar, durante a duração do contrato, acarretando a dissolução dele<sup>775</sup>.

#### h) Prazo

Em decorrência, nesses contratos, o prazo tem um alcance diverso do que lhe é peculiar na teoria geral das obrigações.

Com efeito, o prazo é necessário, porque é necessariamente prevista uma atividade ulterior. Esse prazo "necessário" não se refere ao momento em que devem ser cumpridas determinadas obrigações<sup>776</sup>, mas ao momento até o qual deve perdurar a organização no seu conjunto<sup>777</sup>.

775. Os vícios de formação do contrato, ou seja, de constituição, ocorrem necessariamente na conclusão dele. Os requisitos quanto à vida da organização devem subsistir para que o contrato possa preencher a sua função; a falta deles tem um caráter continuado; pode decorrer, quer da constituição do contrato, quer, às vezes, de um fato posterior. Pode-se, parece-me, cogitar de um prazo de prescrição quanto aos vícios de formação do contrato; não se pode cogitar de prescrição quanto à falta dos requisitos necessários para que o contrato preencha a sua função instrumental; estes poderão sempre ser invocados até que não sejam saneados. Assim, no sistema brasileiro das sociedades por ações, as formalidades de constituição visam apenas à formação do contrato; o número mínimo de sete acionistas, ou a possibilidade e a licitude do objeto, quer a constituição, quer a vida da sociedade.

776. E, com efeito, independentemente do "prazo necessário do contrato", as obrigações dos sócios poderão ser instantâneas ou de execução continuada; com prazo final ou com prazo inicial; e assim por diante. Essa observação confirma o valor do prazo "necessário" próprio do "contrato", e a distinção entre ele e o eventual prazo quanto à obrigação do sócio.

777. É, pois, natural a hostilidade para com a possibilidade de um contrato por tempo "indeterminado", sobretudo nas sociedades de capitais. Tal possibilidade é, no entanto, admitida no Código Civil brasileiro (art. 1.399) e no Comercial (art. 302, nº 6), estabelecendo-se, então, a dissolução do contrato, em consequência de renúncia de um dos sócios (art. 1.404, Código Civil; art. 335, nº 5, Código Comercial). Parece-me correto admitir esta consequência mesmo nas obrigações por ações. A doutrina brasileira, acompanhando Carvalho de Mendonça, sói negá-lo, observando poder o acionista, de qualquer forma, vender a ação. Esquece-se, porém, que a possibilidade legal de vender a ação é bem diversa da possibilidade prática de vendê-la a um preço equitativo. A possibilidade, portanto, de vender a ação

Os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto, estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos<sup>778</sup>.

É, por isso, que nos contratos plurilaterais se torna sempre necessário examinar a disciplina da dissolução e liquidação.

É por isso que, tal como acontece, em geral, nos contratos de execução continuada, se apresenta o problema da adequação da disciplina contratual a uma situação econômica que, durante a vigência do contrato, pode modificar-se profundamente.

#### i) Condomínio

Justamente o caráter instrumental acima indicado explica por que, em virtude de tais contratos<sup>779</sup>, se possa constituir<sup>780</sup> um condomínio. Pode-se acrescentar, ademais, que, só através desses contratos, é possível constituir um condomínio sobre bens, até então pertencentes, individualmente, a várias<sup>781</sup> partes.

O fundo "comum" assim constituído faculta justamente a realização da finalidade comum<sup>782</sup>.

não alcança aquela tutela do acionista, que, ao contrário, é necessária à vista do fato de não ter, a sociedade, um prazo determinado.

778. Coaduna-se, com efeito, com os princípios gerais dos contratos de execução continuada a distinção mencionada no fim da letra g. Cf. Osti, *op. cit.*, nº 28.

779. Note-se que as características assinaladas se verificam, igualmente, quando as partes que figuram concretamente no contrato são apenas duas.

780. Diverso problema é aquele da "necessidade" de constituição de um fundo comum para a constituição de qualquer sociedade.

781. Esta possibilidade está, com efeito, excluída, nos demais contratos. Quem vende, pode vender uma quota ideal da própria propriedade e constituir assim um condomínio, mas já não é possível, por meio de uma só compra e venda a constituição de um condomínio sobre coisas que anteriormente pertenciam, quer a uma, quer a outra das duas partes. Esta possibilidade, entretanto, subsiste quanto à troca e mais adiante lembraremos outras peculiaridades de troca.

782. Daí as contínuas discussões jurisprudenciais sobre a hipótese do estabelecimento comercial que cai em comunhão dos herdeiros, por força de su-

### j) Direitos das partes

Se examinarmos os direitos das várias partes de um contrato plurilateral, não tardaremos a ver que eles se prendem, justamente, à realização da finalidade comum. Típico, a esse respeito, é o direito do sócio aos lucros da sociedade.

Isso explica por que todas as partes de um mesmo contrato plurilateral gozam de direitos *do mesmo tipo*: sua diferenciação pode ser, digamo-lo assim, quantitativa, mas não qualitativa.

Nos demais contratos, ao contrário,<sup>783</sup> o direito de cada parte é "tipicamente" distinto daquele da parte contrária: o vendedor tem direito ao pagamento do preço e o comprador à entrega da coisa; o mandatário a que lhe sejam reembolsadas as despesas e o mandante a que sejam zelados diligentemente os seus negócios.

### l) Obrigações das partes

Por outro lado, se examinarmos as obrigações das várias partes, num contrato plurilateral, constataremos poder, cada obriga-

---

ção. A tendência em admitir, neste caso, a existência de uma sociedade de fato entre os herdeiros decorre, justamente, da circunstância de que a existência de um condomínio para uma atividade ulterior com terceiros leva, imediatamente, à idéia de sociedade. Realmente a disciplina do condomínio coaduna-se com a utilização direta, pelos próprios condôminos, dos bens objeto do condomínio, e não com o aproveitamento destes em operações para com terceiros; com uma situação estática (que pode, por isso decorrer seja de um contrato, seja de um fato diverso) e não com uma organização dinâmica (decorrente de um contrato que disciplina justamente o aproveitamento dos bens em operações para com terceiros). Por isso, veremos, as normas do condomínio podem, às vezes, ser bastantes quanto à disciplina do fundo comum nas hipóteses que classificaremos como de "associações"; não naquelas que classificaremos de "sociedades". Esta observação corrobora a oportunidade do critério distintivo, entre associações e sociedades, que mais adiante versaremos.

783. Com exceção da troca, (art. 1.164, Código Civil brasileiro) (Cf. Ascarelli e, agora, Osti, *op. l. cit.*).

ção, ter um objeto diverso, sem ter, entretanto, cada uma, um conteúdo típico constante, como nos demais contratos.

Realmente, numa sociedade, um sócio pode entrar com dinheiro; outro, com um imóvel; outro concedendo o uso de uma coisa; outro assumindo o compromisso de trabalhar. Esta possibilidade se verifica, embora com menor freqüência, também quanto à hipótese que denominaremos "associação".

Às vezes, a obrigação pode ter um caráter continuado (pagar uma certa mensalidade); às vezes, não.

Ao contrário, nos demais contratos, a obrigação de cada parte tem um objeto típico e constante: o vendedor deve transferir a propriedade da coisa; o locador conceder-lhe o uso; o comprador pagar-lhe o preço etc.<sup>784</sup>.

Se examinarmos o objeto das obrigações de cada parte, nos contratos plurilaterais, constataremos que ele corresponde ao objeto dos vários contratos de troca, como, por exemplo, transferir a propriedade de uma coisa, transferir-lhe o uso, desenvolver um trabalho etc.

E, com efeito, se examinarmos a disciplina concreta das obrigações das partes nos contratos plurilaterais, veremos que elas estão sujeitas a uma dupla ordem de normas: a) às gerais, digamo-lo assim, próprias do contrato plurilateral concluído; b) às (quando não sejam incompatíveis com as primeiras) que decorrem do objeto particular da obrigação de cada parte e que, por isso, podem ser diversas quanto a cada parte<sup>785</sup>.

---

784. Wieland, p. 453.

785. A hipótese é, pois, diversa daquela dos contratos mistos, apesar da freqüente tendência em confundir estas duas hipóteses. Cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto*, cit., e, agora, Di Gennaro, *Contratti Misti*, Pádua, 1934, p. 28, e Osti, *op. l. cit.*, n° 30. Na doutrina brasileira cf. Honório Monteiro na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. XXXIII, p. 537. Exemplificadamente: a alienação de um bem pode derivar seja da conferência do bem à sociedade, seja de um contrato de venda ou troca. Aclarando, a conferência de um bem à sociedade, uma alienação, poder-se-ão aplicar as normas que visam às alienações, embora essas normas são ditadas, ordi-

Assim, o sócio que transfere a propriedade de uma coisa é responsável por evicção e por vícios ocultos, e essa consequência é correntemente afirmada mesmo nos direitos (por exemplo, o italiano e o francês)<sup>786</sup> que disciplinam essa responsabilidade somente em relação a alguns contratos e não de modo geral (como, ao contrário, o direito brasileiro)<sup>787</sup>.

#### m) Relação da obrigação de cada parte com as demais

Nos contratos bilaterais, as prestações de cada parte se apresentam numa relação jurídica de equivalência, substituindo-se reciprocamente, no patrimônio de cada uma.

Nos plurilaterais, ao contrário, as prestações de cada parte não se apresentam, consideradas isoladamente, numa relação de equivalência; essa relação existe, porém, entre as obrigações e os direitos de cada parte e as de todas as demais, ou seja, levando em conta obrigações e direitos de cada parte, perante todas as demais.<sup>788</sup>

nariamente, apenas em relação à venda. Entretanto a conferência de um bem à uma sociedade é sempre distinta da venda; com efeito, o alienante passa a participar do patrimônio comum e não recebe nenhum preço. O fato de a conferência constituir uma alienação se assenta nas características típicas da sociedade e não na concorrência de elementos do contrato de venda.

786. Discute-se, ao contrário, no direito francês e no italiano, sobre a possibilidade de aplicar às entradas sociais o instituto da lesão enorme, porque, dadas as normas da sociedade, a vantagem do sócio não está num preço "certo", mas numa participação cujo valor não pode ser exatamente avaliado, de maneira a afirmar a existência ou a inexistência da lesão: o argumento entretanto não é de todo procedente, como mostrou De Gregorio. As normas sobre a sociedade leonina visam, precisamente, a impedir que o sócio (qualquer que seja a sua entrada) seja defraudado dessa participação: limitam, por isso, a possibilidade de utilizar o contrato de sociedade para atribuições indiretas a título gratuito.

787. Com efeito, entre as normas ditadas quanto aos vários contratos nominados cumpre distinguir as que disciplinam o próprio contrato e as que disciplinam, objetivamente, a prestação devida, ou seja em virtude daquele contrato, ou o seja em virtude de contrato diverso. Cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto* e, agora, Osti, *op. cit.*, nº 30.

788. Auletta, *ob. l. cit.*, Wieland p. 464.

#### n) Escopo – sociedade e associação

Se nos detivermos a meditar sobre o "escopo" dos contratos plurilaterais, não tardaremos a notar que ele pode assumir duas configurações diversas.

Com efeito, ele pode ser atingível por meio de operações a desenvolver-se com terceiros; numa economia monetária, como a atual, o resultado se exprimirá numa soma de dinheiro. Cada parte terá, por isso, direito de participar nos lucros das operações sociais.

Mas é possível que, ao contrário, a finalidade "comum" seja alcançada proporcionando aos participantes a possibilidade de gozar, diretamente, de determinados serviços.

Nesta hipótese, o direito dos participantes é o de gozar destes serviços; não consistirá numa soma de dinheiro, mas na vantagem constituída pela possibilidade de aproveitar os serviços comuns, sem nenhum pagamento<sup>789</sup> ou por um preço inferior ao que resultaria do mercado. Se se constituir um fundo comum em dinheiro, este será empregado na aquisição de bens de terceiros destinados diretamente aos associados.

A primeira situação é típica das sociedades: o patrimônio social deve, então, ser empregado em operações com terceiros; o direito do sócio concerne ao lucro resultante destas operações<sup>790</sup>.

789. Independentemente da importância devida para a participação na associação.

790. Coadunam-se com este conceito os limites freqüentemente impostos à possibilidade de, o sócio, fazer concorrência à sociedade. Cf., por exemplo, art. 112 do Código de Comércio italiano de 1882; art. 317, Código Comercial brasileiro. Cf. Joaquim Rodriguez e Rodriguez, *op. l. cit.* Esta observação corrobora o que, mais adiante, será observado acerca da superavaliação feita por Carnelutti da distinção entre contratos de sociedade e contrato de disciplina da concorrência. Na realidade, de um lado, da conclusão da sociedade pode decorrer uma limitação da concorrência, de outro lado, a limitação recíproca da concorrência constitui, por seu turno, sob um certo aspecto, um liame.

A segunda situação é típica das mútuas ou cooperativas<sup>791</sup>. Os que, por exemplo, se reúnem numa mútua de consumo, ou numa mútua de crédito, têm direito de gozar dos serviços da mútua; sua vantagem consiste em poder adquirir o que precisam, nos armazéns de mútuas de consumo; em poder obter crédito da mútua de crédito<sup>792</sup> e assim por diante<sup>793</sup>.

Não se exclui que o "serviço" oferecido pela mútua corresponda, em seu objeto, ao que seria próprio de um contrato de permuta. O associado da mútua de seguros adquire, por exemplo, por força de sua associação à mútua, um direito cujo objeto corresponde àquele de um contrato de seguro<sup>794</sup>.

791. Quanto às "cooperativas" deve-se, no entanto, lembrar que, na caracterização jurídica delas nas várias legislações, concorrem, no entanto, com freqüência, simultaneamente dois conceitos: o da mutualidade e o da variabilidade do capital (sem modificação do estatuto). Realmente a variabilidade do capital coaduna-se, em geral, praticamente com a mutualidade. No entanto, se trata de conceitos diversos, sendo até imaginável uma sociedade a capital variável sem mutualidade. Por isso, conforme as várias legislações e os vários casos concretos, as cooperativas realizam, mais ou menos completamente, o conceito de mutualidade. No direito brasileiro, cf. art. 1º, do Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 2º do Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943; e o Decreto nº 6.274, de 14 de fevereiro de 1944.

792. Todos os participantes da mútua gozam do mesmo direito (em conformidade com o que afirmamos, precedentemente, quanto a todos os contratos plurilaterais), mas o objeto desse direito pode ser diverso nas várias mútuas (por exemplo, mútuas de seguros, de construções, de crédito, de consumo, de trabalho, e assim por diante). A diversidade de objetivos da mútua reflete-se, portanto, numa diversidade de objeto do direito do associado. Nas sociedades, ao contrário, o direito do sócio (aos lucros) é, na sua disciplina, independente da diversidade do objeto social, justamente porque o objetivo social só pode ser realizado através de operações para com terceiros. Cf. Ascarelli e, agora, Osti, op. l. cit.

793. Não é talvez diverso, sob muitos aspectos, o que se verifica quanto aos chamados consórcios de irrigação entre mais proprietários de prédios rústicos.

794. Também nessas hipóteses, é inexato falar de contratos mistos (como, entretanto, faz Soprano). É a própria estrutura do contrato de associação que implica, com efeito, na possível correspondência do conteúdo do direito do associado ao que resultaria de um contrato de permuta. Cf. Ascarelli, op. cit., e, agora, Osti, op. l. cit., nº 26 e nº 30.

Propõe-se, então, um problema análogo àquele, recordado há pouco, a propósito da obrigação; ao direito de quem participa da mútua deveremos aplicar as normas gerais das mútuas, bem como as resultantes do objeto particular daquele direito.

Não é diversa, a meu ver, a situação nas numerosas associações<sup>795</sup> que se propõem objetivos de assistência<sup>796</sup>, estudos etc., a favor dos próprios associados; não é diversa – apesar de se referir à atividade recreativa dos indivíduos e das óbvias diferenças que dela derivam – a natureza das associações recreativas e esportivas, quando se propõem facilitar aos próprios associados o exercício do esporte etc.<sup>797</sup>.

É levando em conta as mútuas, bem como estas associações, que a doutrina tradicional fala em sociedades não-lucrativas ou contrapõe sociedades e associações conforme a presença ou a ausência da intenção de lucro.

Na realidade, esta orientação não é, de todo, exata. A associação, com efeito, sempre visa ao interesse dos próprios associados; os seus fundos devem ser destinados ao interesse deles; quem se filia à associação quer obter um certo serviço em condições mais vantajosas do que obteria de outra forma no

795. Pense-se, não só nas associações de assistência em sentido próprio, mas nas constituídas para tutela dos interesses dos próprios associados, para estudos no interesse de seus estabelecimentos, e assim por diante. Weiller (*Rivista Bancaria*, 1931, fasc. 9) notou, com razão, a importância desses "organismos de integração econômica".

796. Acompanhando Auletta, p. 34, op. cit., considero decorra de um contrato a constituição de uma associação que se proponha realizar um objetivo a favor dos próprios associados.

797. Obviamente diversa, ao contrário, é a natureza das chamadas associações que se propõem, ao contrário, com os fundos dos próprios sócios, auxiliar a terceiros – como, por exemplo, as associações de beneficência – ou perseguir fins de interesse geral. Cf., quanto à distinção entre associações altruísticas e cooperativas, também Waldemar Ferreira, op. cit., p. 249. Afinal, portanto, cumpre distinguir: a) sociedades; b) associações que perseguem um objetivo no interesse dos próprios associados; c) associações com fim altruístico. (Cf. art. 22, Código Civil brasileiro.) O presente estudo cuida apenas das sociedades e das associações mencionadas na letra b; descuida, ao contrário, das associações altruísticas.

mercado<sup>798</sup> ou, caso pague o preço de mercado, quer obter, em virtude da própria participação na mútua, no fim do exercício social, um pagamento (inexatamente, às vezes, chamado de dividendo) que corresponde, afinal, ao reembolso da diferença entre o preço do serviço no mercado e o menor preço<sup>799</sup> ao qual ele pode ser efetuado por meio da mútua<sup>800</sup>.

Exato é, porém,<sup>801</sup> de visar, nessa hipótese, a organização, pôr diretamente à disposição dos associados os próprios serviços; não realizar um lucro mediante operações com terceiros<sup>802</sup>.

798. A observação é freqüente e foi amplamente desenvolvida por Vivante, com referência às mútuas. Por isso, também na constituição da associação, pode haver um conflito de interesse que permite falar de contrato.

799. A diferença entre este reembolso e a distribuição do lucro nas sociedades foi especialmente estudada quanto às conseqüências no direito tributário, ora sustentando-se não poder ser tributado com imposto de renda o chamado lucro da cooperativa (a não ser quando decorra de operações com terceiros) quer no que respeita à realização dele por parte da cooperativa, quer no que respeita à sua distribuição aos associados (cf. no direito brasileiro, na antiga legislação do imposto de renda, art. 27 do Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943, modificando, a este respeito, o art. 28 do Decreto nº 5.844, de 23 de setembro de 1943); ora sustentando-se não poder ser tributado o lucro realizado pela cooperativa, embora sendo tributável a sua distribuição aos associados (esta é, no direito brasileiro, a solução decorrente do art. 28 do citado Decreto nº 5.844 e que voltou a vigorar com o Decreto nº 6.274, de 14 de fevereiro de 1944); ora sustentando não poder ser tributado o que for distribuído aos associados, embora sendo tributado o que não for distribuído (esta é a solução do direito inglês). Realmente, não se trata de um "lucro" realizado por meio de operações com terceiros, mas do que, à vista da existência da cooperativa, constitui, afinal, o reembolso do que os associados pagaram a mais pela prestação de determinados serviços. Trata-se, portanto, de uma conseqüência da "mutualidade", que assenta no efetivo preenchimento deste requisito no caso concreto. Cf. Vannoni, *Natura e Interpretazione delle Leggi Tributarie*, Padova, 1932, p. 261; Black, *The Incidence of Income Tax*, McMillan, 1939, pp. 291 ss.

800. Sendo, por isso, proporcional, com freqüência, à medida em que cada participante recorreu aos serviços da associação (cf., no direito brasileiro, art. 2º, f, Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 49, Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943, e o Decreto nº 6.274, de 14 de fevereiro de 1944), ao passo que, quanto à distribuição dos lucros da sociedade, atende-se, em princípio, à participação de cada sócio na formação do capital social.

801. Na realidade, como se depreende das considerações do texto e, intuitivamente, do exemplo das mútuas de seguro, em contraposição às empresas

Diversos são, pois, os direitos de quem participa<sup>803</sup> de uma associação<sup>804</sup> e aqueles de quem participa de uma sociedade:

de seguro e aos contratos de seguro por estas estipulados com seus clientes, o mesmo resultado econômico, genericamente entendido, pode realizar-se, em muitos casos, tanto através de um contrato associativo como através de um contrato de permuta. A evolução histórica indica a substituição, quanto aos serviços de caráter coletivo indispensáveis a qualquer membro da coletividade e usufruídos por todos da mesma forma, do mecanismo do contrato de escambo pelo mecanismo associativo, da propriedade privada pela propriedade coletiva, até alcançar a gestão coletiva de serviços, originariamente administrados através de contratos de troca. Assim, o serviço das estradas, originariamente assente na propriedade privada e realizado por meio de contratos de escambo (no passado, com efeito, cada passagem pela estrada custava uma peagem) é hoje assente na propriedade pública e gozado coletivamente (pois todos contribuem com os impostos à manutenção de um serviço que todos possam, depois, usufruir gratuitamente).

802. Eis por que todas as partes têm direito a gozar dos serviços da associação. (Cf. arts. 60 e 61, Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943.) Coaduna-se com as características do texto o princípio de ser, a possibilidade de participação na mútua, limitada às pessoas de determinada profissão ou classe (cf. art. 6º, § 8º, Decreto nº 2.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 55, Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943), aproximando-se, às vezes, sob alguns aspectos, a mútua; a uma associação de categoria; a disciplina peculiar da cessão das quotas de uma cooperativa, em contraste com aquela vigente nas sociedades, em que, ao contrário, pode-se chegar (nas sociedades anônimas e quanto às ações de uma comandita por ações) à livre circulabilidade da participação de cada sócio; o limite máximo da quota de cada associado; a disciplina do *quorum* e das maiorias nas assembleias e assim por diante.

803. É possível, naturalmente, que uma associação opere, no caso concreto, como sociedade – devendo então ser encarada como tal –, ou opere, quer como associação, quer como sociedade.

804. Essa diversidade se depreende, com peculiar nitidez, quando o serviço da associação é posto à disposição do associado, sem nenhum pagamento ulterior, afora o necessário para participar da associação. Note-se que a diferença observada no texto reflete-se, também, na diversa posição, respectivamente, dos sócios e dos associados, para com o patrimônio comum. Os bens que constituem o patrimônio de uma sociedade (seja ou não seja pessoa jurídica) representam o instrumento para o exercício de uma atividade cujos resultados (lucros) são depois divididos entre os sócios; o direito preocupa-se, pois, prevalentemente, com a divisão desse lucro entre os sócios. Ao contrário, os bens que constituem o patrimônio da associação podem ser destinados diretamente ao uso dos associados; é justamente a

Na sociedade, justamente à vista do fato de visar ela à consecução de um lucro a distribuir entre os sócios, o direito destes tem um conteúdo típico e constante, qualquer que seja o objeto da sociedade. Diversas entretanto, podem ser, mesmo qualitativamente as entradas dos sócios; esta diversidade respeita não apenas às diversas sociedades, mas até aos diversos sócios de uma sociedade.

Na associação, ao contrário, idêntico é o conteúdo dos direitos quanto a todos aqueles que participem da mesma associação; diverso, no entanto, nas diversas associações, de conformidade com o fim, diverso, de cada qual<sup>805</sup>.

disciplina desse uso das coisas comuns que constitui o objeto de minuciosa disciplina nos estatutos das associações; é justamente por isso que, como já tivemos ocasião de notar, podem, às vezes, estas hipóteses, encontrar uma disciplina satisfatória na do condomínio. (Isto acontece, por exemplo, na hipótese em que mais lavradores deliberam comprar, em comum, maquinismos agrícolas que ficam na co-propriedade deles, podendo, ser alternativamente ou, enquanto possível, simultaneamente, por eles utilizados.) Por outro lado, o fato de ser, a disciplina geral do contrato plurilateral, legislativamente ditada por ocasião daquela da sociedade, e a incerteza dos critérios distintivos entre a sociedade e a associação (que carece de uma disciplina legal em muitas legislações), explicam por que os códigos regulam o "uso" das coisas comuns, quer por ocasião da disciplina da sociedade (por exemplo, art. 1.386, II, Código Civil brasileiro; art. 1.723, Código Comercial italiano), quer na do condomínio (art. 623, I, Código Civil brasileiro; art. 675, Código Civil italiano), embora sempre de modo bastante sumário. Não é preciso lembrar que, no que concerne à propriedade comum é possível a concorrência "simultânea" de vários direitos, dada a divisão da coisa comum em quotas "ideais". No que respeita ao uso de uma coisa comum, os direitos dos vários condôminos não podem, ao contrário, ser exercidos "simultaneamente" a não ser entre limites restritos; podem-no, com frequência, apenas "alternativamente". Para um exame detalhado desse problema, cf. as notas de Bonfante em Windscheid (sobre o condomínio). Bonfante procurou demonstrar corresponder as várias teorias formuladas em matéria de comunhão, algumas (por exemplo, a tradicional da divisão por quotas ideais) às regras ditadas acerca da propriedade das coisas comuns, e, ao contrário, outras (por exemplo, a que formulou Vittorio Scialoja quanto ao direito romano), às ditadas acerca do uso de coisas comuns.

805. Portanto, a diversidade do fim de cada associação coaduna-se com o diverso objeto do direito de cada participante. A classificação das associações

#### o) Contratos externos e contratos internos

É possível proceder a mais uma distinção no âmbito dos contratos plurilaterais, e de um ponto de vista diverso do precedente.

Há casos em que o fim comum não pode ser atingido, a não ser que as partes entrem, como "grupo", em relações com terceiros. Assim quando várias pessoas põem em comum uma soma de dinheiro a ser empregada em atos de comércio, a fim de dividirem o lucro que disso possa derivar; assim quando várias pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno, para aí construir um ginásio onde se pratiquem exercícios físicos.

Há casos, ao contrário, em que o fim comum é alcançado através da atividade desenvolvida por cada uma das partes pessoalmente, no seu interesse individual, desde que observadas as cláusulas do contrato<sup>806</sup>; as "partes" não entram, então, em relação com terceiros; não há representante, não há gerente comum. Assim, quando vários comerciantes decidem dividir, anualmente, entre si, todos os seus lucros ou decidem vender, cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições prefixadas<sup>807</sup>. Nessa hipótese, há, no contrato, uma pluralidade de partes e há um fim comum. A consecução deste, porém, não requer ajam, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstância de observar, cada

conforme o diverso fim delas (mútuas de consumo, de crédito, de seguro etc.) tem, conseqüentemente, uma relevância muito maior do que não teria uma classificação correspondente quanto às sociedades.

806. Note-se que, nesta hipótese, cada parte age individualmente; não há nenhuma ação coletiva, seja mediante um mandatário, seja mediante um gerente comum. A possibilidade prática desta hipótese não é limitada a contratos que tenham em vista apenas um ou alguns negócios determinados (ou seja, a hipótese de sociedade ocasional). Pode, também nessa hipótese, ter em vista todos os negócios de um certo tipo entre as partes, por um prazo determinado ou, até mesmo, indeterminado. Dada a incerteza da terminologia a expressão "sociedade interna" é utilizada, com frequência, também quanto a hipóteses diversas daquela agora mencionada.

807. Não cogito; aqui, da licitude jurídica de tais contratos que levantam os problemas de maior gravidade do direito e da economia atual.

parte, embora contratando individualmente com terceiros, as cláusulas fixadas no contrato plurilateral<sup>808</sup>.

Podemos, pois, distinguir contratos plurilaterais externos e contratos plurilaterais internos, conforme importam ou não, devem, as partes, como grupo, entrar em relações para com terceiros para a consecução do escopo comum.

Na primeira hipótese o contrato se prende à constituição de uma nova "empresa" distinta daquelas dos sócios; na segunda hipótese, ao contrário, não há a constituição de uma nova empresa<sup>809</sup>.

Dos dois exemplos citados acima, de contratos internos, não é difícil notar que o primeiro se aproxima da sociedade<sup>810</sup>, pois que também, naquele caso, o direito das partes consiste em participar dos lucros.

#### p) Terminologia

Na doutrina, não se estabeleceu ainda uma terminologia fixa, geralmente aceita.

Pois que, todavia, uma terminologia é necessária, permito-me observar que usei e usarei da expressão "contratos plurilaterais" para indicar a categoria geral que vimos esboçando; "sociedade", para a primeira, "associação" para a segunda<sup>811</sup> das duas

808. Às vezes, portanto, esses contratos procuram escapar à publicidade, o que, por sua vez, se relaciona com o problema da sua legitimidade.

809. Cf. Wieland, *op. l. cit.*; a observação é corrente na doutrina alemã. O termo "empresa" é, no entanto, aqui entendido em um sentido muito genérico, compreendendo também as hipóteses em que a organização visa, diretamente, aos interesses dos próprios associados e não à consecução de um lucro a distribuir.

810. Com efeito, nesses casos, fala-se, correntemente, de sociedade "interna".

811. Nas obras de doutrina e na prática, naturalmente, encontra-se também uma "terminologia" diversa. Assim, a expressão "contrato associativo" é usada, às vezes, como equivalente daquela de "contrato plurilateral" ou da de contrato plurilateral externo. A expressão "sociedade" é, na prática, usada, com frequência, também com referência às associações e até a organizações com fim altruístico. O que interessa não é a terminologia, e sim a identificação das regras peculiares aos vários casos.

hipóteses diferenciadas na letra m; contrato externo para a primeira e contrato interno para a segunda das duas hipóteses diferenciadas na letra o.

#### q) Direito do sócio em efetuar a entrada

As diversidades ora notadas refletem-se numa norma que se acha entre as já mencionadas pela doutrina tradicional, ao diferenciar o contrato de sociedade dos contratos de permuta. Essa norma<sup>812</sup> parece-me própria da sociedade externa, e não dos contratos plurilaterais em geral. O sócio, segundo esta norma, tem não só a obrigação, mas também o direito de efetuar a própria entrada, justamente porque tem interesse em alcançar a finalidade comum, que redundará em uma vantagem esperada por ele<sup>813</sup>.

#### r) Contratos abertos

Os contratos plurilaterais apresentam-se como contratos "abertos".

Às vezes, o contrato importa permanente oferta de adesão a novas partes (que satisfaçam determinadas condições) e permanente possibilidade de desistência de quantos dele participem, sem que seja necessária uma reforma do contrato para que novas partes participem dele ou para que se retirem os que já participam. Essa situação concorre, em geral, com aquele elemento de mutualidade que examinamos precedentemente<sup>814</sup>; é nesta hipótese que, a rigor, se pode falar em contratos "abertos".

812. Mencionada nas obras citadas de Auletta, Rodriguez e Wieland.

813. Wieland, p. 464; Auletta, *Foro Italiano*, 1936, I, p. 913.

814. Ferrara, com efeito, assenta nesse elemento o critério distintivo entre sociedade e associação. No direito brasileiro o Decreto nº 5.893, de 19 de outubro de 1943, art. 2º, estabelece ser requisito legal da cooperativa a não-limitação do número dos associados e a variabilidade do capital; o Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, mencionava explicitamente qual característica da cooperativa a "mutualidade"; o Decreto nº 5.893 exige sejam finalidade da cooperativa, "fins econômico-sociais exercidos em área de ação determinada".

Todavia, mesmo quando a entrada de um novo sujeito ou a desistência de um outro seja possível só modificando o contrato social<sup>815</sup>, estaremos diante de uma hipótese inconcebível nos demais contratos, sempre rigorosamente limitados apenas a duas partes<sup>816</sup>.

Oportunamente, acrescentou-se – e isto acentua a diferença – que os novos sujeitos entram a fazer parte do contrato originário; de fato, nos limites da responsabilidade que lhes é própria, eles respondem também pelos débitos contraídos anteriormente à sua participação na sociedade<sup>817</sup>.

815. Faz-se aqui a hipótese da entrada de um novo sócio além dos já existentes (como, exemplificativamente, no aumento de capital), ou da retirada de um sócio, sem que seja substituído por outrem; não a hipótese da substituição de um sócio por outro, o que, nas sociedades por ações é, de qualquer forma, possível independentemente da alteração do contrato social.

816. Portanto, na entrada de um novo sócio encarado um contrato entre o novo sócio e os demais, apresentando-se, estes, unificados por meio da “sociedade” (quando esta constitui uma pessoa jurídica). Isto é, afinal, o que se verifica até nas sociedades por ações. Quando a sociedade delibera o aumento de capital por subscrição, há uma proposta, aceita com a subscrição: em virtude desta um novo sócio (se o subscritor é um terceiro) entra na sociedade ou quem já era sócio modifica a sua posição na sociedade (se o subscritor é um acionista) verificando-se, afinal, uma nova adesão no contrato originário; a subscrição do aumento deve, por seu turno, ser constatada por uma assembléia, analogamente ao que acontece na constituição da sociedade. (Diverso é, naturalmente, o processo quando o aumento de capital se efetua independentemente de um aumento do patrimônio da sociedade, como, realmente, na hipótese da capitalização de reservas. Nesta hipótese não há participação de novos sócios ou alteração na participação de cada sócio; há apenas uma alteração interna na disciplina jurídica dos vários fundos sociais, passando a estarem sujeitos à disciplina do capital social, fundos que, anteriormente, embora pertencendo à sociedade, estavam sujeitos a uma disciplina diversa.) Isso não quer significar adesão à teoria (de início sustentada na França e hoje mesmo ali repelida) que encarava o aumento de capital como nova constituição parcial. Ao contrário, é justamente o fato de ser o contrato de sociedade um contrato “aberto”, o que contraria a concepção do aumento de capital como “nova constituição” parcial e permite enquadrar o caso no quadro geral das modificações do estatuto.

817. Cf. Auletta, *op. l. cit.*

Por outro lado, a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo<sup>818</sup>.

#### s) Vícios do contrato e vícios da adesão

O aspecto de que se depreende, com maior nitidez, a peculiaridade dos contratos plurilaterais é aquele dos vícios de constituição. Na teoria geral dos contratos, o vício de uma das manifestações de vontade que concorrem para formar o contrato, traduz-se necessariamente num vício de todo o contrato. Se está viciada por erro a declaração do vendedor, estará viciado por erro o contrato de venda.

Não é possível a subsistência do contrato quando seja nula ou anulada a manifestação de vontade de uma das partes que concorreram para a sua formação.

O mesmo não se verifica nos contratos plurilaterais.

À vista da pluralidade das partes é com efeito possível e oportuno distinguir o que respeita à adesão de cada parte (quanto à forma e à validade dela) e o que respeita ao contrato no seu conjunto<sup>819</sup>.

818. É a esse respeito que se pergunta se essa regra vale também no caso em que a sociedade fique, assim, reduzida a “um” sócio. Note-se poder, este último problema, levantar-se apenas quanto às sociedades e não quanto às associações (conforme o critério distintivo adotado neste estudo); a própria característica destas últimas, com efeito, assenta na contínua subsistência de uma pluralidade de membros, ao passo que pode-se perguntar se a separação de patrimônios decorrente da existência da sociedade não possa continuar até independentemente da subsistência de uma pluralidade de sócios ou se não seja legislativamente oportuno admitir, também quanto ao exercício do comércio individual, a separação dos patrimônios (cf. Trajano de Miranda Valverde, *Revista Forense*, vol. XCVI, p. 577). A regra do texto prende-se aos institutos da exclusão e da retirada de uma das partes de um contrato plurilateral; estes institutos, parece-me, podem ser disciplinados até independentemente da existência de uma pessoa jurídica; prendem-se, justamente, à existência de um contrato plurilateral.

819. Cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto* (Studi Vivante, 1930); Auletta, *op. l. cit.*; Ghidini, *op. cit.*, pp. 132 ss. (Quer Auletta, quer Ghidini examinam anali-

O vício de uma das manifestações que concorreram para a formação do contrato, importa nulidade ou anulabilidade dessa manifestação; não importa, porém, nulidade ou anulabilidade do contrato. De acordo com uma primeira corrente doutrinária, o contrato, nessa hipótese, simplesmente se dissolve *ex nunc*; de acordo com uma segunda, permanece, não obstante a nulidade ou anulação de uma das manifestações de vontade sobre as quais se funda, enquanto continue a ser possível a consecução<sup>820</sup> do seu objetivo<sup>821</sup>.

Essa regra corresponde, em substância, ao que se costuma chamar de "princípio de conservação" dos contratos e à oportunidade de não estender, além do necessário, as conseqüências da nulidade ou da anulação de uma das manifestações de vontade.

A regra<sup>822</sup> acha-se expressa, correntemente, no direito francês<sup>823</sup>; é adotada na doutrina italiana<sup>824</sup>; é expressa como pacífica

ticamente todos os possíveis vícios de uma sociedade); Trabucchi, *Dolo*, p. 488. Lembre-se, também, em via de analogia o que foi observado na letra / acerca da concorrência das regras peculiares ao contrato plurilateral e daquelas decorrentes do objeto, diverso, de cada adesão, quanto à disciplina jurídica desta.

820. A execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser indispensável à consecução do objetivo social; por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha à exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir), é indispensável a transferência da mina. Nessa hipótese, a nulidade, a anulação ou, como veremos, a resolução do vínculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influência, entretanto, é "mediata", constituindo apenas a conseqüência da impossibilidade de alcançar o objetivo comum.

821. Quanto à hipótese da nulidade ou anulação de todas as adesões (ou de todas as adesões com exceção de uma), cf. Ghidini, *op. cit.*, p. 130.

822. Note-se, que essa regra não se limita aos casos em que se constituem um patrimônio separado e uma pessoa jurídica (cf. Rodriguez, *op. cit.*, p. 70). Ao passo que a regra indicada no texto é característica dos contratos plurilaterais, diversa é a disciplina que vigora quanto aos atos complexos e quanto aos negócios plurilaterais (no sentido em que tal última expressão é usada por Messineo; cf. Trabucchi, *op. cit.* p. 485).

823. Hemard, *Traité des Nullités des Sociétés*, pp. 113 ss., pp. 300 ss.

824. Cf. Ascarelli, *Appunti*, 3ª ed., vol. II, p. 97; e, especialmente, Auletta, p. 261; Ghidini, *Estinzione e Nullità delle Società*, Milão, 1937, n.º 61;

no direito brasileiro, em virtude do art. 153 do Código Civil<sup>825</sup>, e, no direito alemão, em virtude do § 139 daquele código<sup>826</sup>.

É evidente que essa regra assenta justamente na pluralidade dos contraentes<sup>827</sup>; tal pluralidade torna possível a permanência do contrato, não obstante a anulação ou a nulidade de uma das adesões, desde que continue possível a consecução do objetivo contratual<sup>828</sup>.

os arts. 259 e 285 do livro das obrigações do Código Civil italiano de 1941.

825. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, Rio de Janeiro, 1942, II, p. 197. Literalmente, o art. 153 não concerne à hipótese de nulidade ou anulação de uma das adesões num contrato plurilateral, mas à de nulidade parcial de um ato e, portanto, visa a um problema geral da teoria dos atos jurídicos e não ao problema particular da teoria do contrato plurilateral versado no texto. No âmbito dos contratos plurilaterais o problema visado pelo art. 153, é aquele discutido quando se pergunta se a nulidade de uma cláusula dos estatutos importa também nulidade de todo o estatuto. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 254. Todavia, tal como a nulidade de uma cláusula não vicia, de per si, o contrato, na sua totalidade, assim - é o que sustentam todos quantos fazem referência ao art. 153 - a nulidade de uma adesão não invalida, de per si, o contrato na sua totalidade, em se tratando de contratos plurilaterais. Cf. também Ghidini, *op. cit.*, pp. 131 ss. A hipótese da anulação de uma adesão por incapacidade da parte evidência, entretanto, muito nitidamente, a diferença entre o problema do texto e o da nulidade de uma entre as cláusulas de um contrato.

826. Von Tuhr, *Allgemeiner des BGB*, II, I, § 156; Flechtheim, em Dueringer-Hachenburg, ed. de 1932, nota 14, § 105. O § 139 do Código alemão corresponde ao art. 153 do Código brasileiro.

827. Pressupõe, aliás, a participação, no caso concreto, de mais de duas partes e a permanência de pelo menos duas (ou, nas sociedades por ações, conforme algumas legislações, sete) adesões válidas. Cf. Kohler, *Lehrbuch des Buerg. Rechts*, I, p. 348; Auletta, *op. cit.*

828. Cumpre notar que - anulada ou declarada nula uma das adesões - há, necessariamente, uma diminuição do capital social. A regra do texto, portanto, acarreta, qual conseqüência, a redução do capital social, caso não se encontre um subscritor para substituir aquele cuja adesão é nula ou anulada. Parece-me que a sociedade não estará constituída a não ser quando o capital se encontre totalmente subscrito (ou seja, o subscritor não pode ficar vinculado se, na falta da subscrição de todo o capital, queiram os demais constituir a sociedade com um capital menor). Ao contrário, a sociedade uma vez constituída pode subsistir mesmo se algumas subscrições sejam

Assim é que, nos contratos plurilaterais, adquire particular relevo a distinção entre os vícios do contrato (ilicitude, falta de forma, simulação, falta da integral subscrição do capital) e os vícios da adesão de uma das partes (incapacidade, vícios do consentimento, simulação, fraude aos credores, falta da forma ditada para as adesões individuais, ilicitude, sociedade<sup>829</sup> leonina).

Pode-se acrescentar poderem, os vícios que respeitam às singulares adesões, ser quer vícios de nulidade, quer vícios de anulabilidade, ao passo que os vícios que dizem respeito ao contrato no seu conjunto importam em causas de invalidade deste, sem que haja a possibilidade de distinguir as duas diversas subespécies (nulidade e anulabilidade) conforme os critérios do direito comum<sup>830</sup>;

nulas ou anuladas, ficando, então, reduzido o capital social. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 260 (porém, contrário quanto à primeira entre as duas regras acima enunciadas).

829. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 263, e De Gregorio, *op. cit.*, p. 20, quanto à discussão geral do problema se esse vício respeita à adesão individual ou ao contrato em seu conjunto. No direito brasileiro, cf. (em sentidos diversos) Código Civil., art. 1.372; Código Comercial., art. 288, e, a respeito, Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, Rio 1944, vol. I, p. 289.

830. Cf. Trajano de Miranda Valverde, *op. l. cit.* Cumpre notar tratar-se de uma orientação especialmente frisada quanto às sociedades por ações, mas, no entanto, peculiar a todas as sociedades. Pode-se, talvez, afirmar que a história doutrinária e legislativa em matéria de vícios do contrato de sociedade demonstra justamente ter-se progressivamente frisada a distinção entre os princípios que regulam os vícios da sociedade e os princípios gerais do direito comum dos contratos. Esta distinção, parece-me, assenta justamente na plurilateralidade do contrato, de um lado; na função instrumental dele, de outro lado. O conceito de anulabilidade, nos contratos, prende-se, afinal, ao fato de haver normas que respeitam à proteção do interesse individual de uma das partes num contrato em confronto com a parte contrária. Por isso, a distinção entre nulidade e anulabilidade pode-se apresentar, nos contratos plurilaterais, quanto à adesão de uma das partes em confronto com as demais, mas não quanto à validade do contrato no conjunto. Com efeito, quanto aos vícios do contrato no conjunto, deve-se recorrer a critérios diversos daqueles do direito comum. Cumpre, por exemplo, distinguir entre vícios de constituição e vícios do arquivamento e publicidade (cf., por exemplo, art. 155, e art. 55, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Na Lei atual nº 6.404, de 15 de dezembro de

quando do vício de uma das adesões decorre um vício do contrato, ele constitui, por seu turno, uma causa de dissolução deste.

De outro lado, como se notou, o contrato plurilateral externo visa a constituição de uma organização destinada a entrar, como tal, em relação com terceiros.

É, por isso, que o problema da tutela de terceiros, quanto aos vícios do contrato e aos vícios das adesões das várias partes, adquire uma importância bem diversa daquela que possui nos contratos em geral. É, pois, natural a tendência jurisprudencial em derogar, no interesse de terceiros, as regras gerais dos contratos. Estas regras implicariam no efeito retroativo da anulação, com a consequência de que os terceiros não poderiam, pelo menos em inúmeras hipóteses<sup>831</sup>, contar com a responsabilidade dos sócios<sup>832</sup> ou com aquela dos sócios cuja adesão é nula ou anulada.

Entretanto, em todos os países, a jurisprudência visa a impedir essa consequência, atendendo a princípios que, não obstante sua diversidade, procuram sempre justificar uma maior tutela de terceiros credores<sup>833</sup>.

1976, vejam-se arts. 80/99) e, entre os primeiros, cumpre, parece-me, distinguir (cf. letra g e nota 776) entre aqueles que respeitam a própria formação do contrato e aqueles que respeitam os requisitos necessários para a vida da organização; entre vícios de contrato e vícios de uma cláusula estatutária (estes últimos, acarretam, em princípio, a nulidade da cláusula, podendo, entretanto, ficar o contrato válido: art. 153, Código Civil brasileiro).

831. Ou seja, quando não podem invocar uma *culpa in contrahendo*. Note-se levantarem-se, os problemas indicados no texto quanto à tutela de terceiros, só nos contratos externos; não naqueles apenas internos, o que decorre da própria natureza destes últimos. Apresentam, eles, de outro lado, analogias com alguns problemas que se levantam no domínio do mandato, justamente em virtude do caráter "externo" peculiar também ao mandato.

832. Mas somente com a responsabilidade pessoal daqueles com os quais contrataram.

833. Esta tutela é alcançada, quanto aos vícios de constituição do contrato (que, sob este aspecto, se distinguem da falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade), quando eles sejam saneados pelo arquivamento (como, quanto às sociedades anônimas, nas legislações anglo-saxônicas, e, numa certa medida, nas alemãs) ou quando sujeitos a curtos prazos de

#### t) Execução da obrigação de cada parte

A distinção entre a disciplina do "contrato" e a da adesão de cada parte é nítida, também, quanto à execução das obrigações das várias partes de um contrato plurilateral.

Na teoria geral dos contratos, a impossibilidade da execução da obrigação de uma das partes, ou a inexecução dela, importa nulidade (por impossibilidade superveniente) ou resolubilidade do contrato.

Nos contratos plurilaterais, ao contrário, a impossibilidade ou a resolução concernem somente à adesão da parte a cuja

---

prescrição (cf. o Decreto francês, de 30 de outubro de 1935, e, no direito brasileiro, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, quanto às sociedades por ações). Este último princípio, porém, não é por si bastante para tutelar terceiros em relação à "retroatividade" da anulação ulteriormente pronunciada, a não ser que (como se dá em muitos direitos, quanto às sociedades por ações) os vícios da sociedade arquivada sejam disciplinados (cf., no direito brasileiro, o art. 138 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 quanto às sociedades por ações), como casos de "liquidação" judicial. Concorrem, no entanto, para a tutela de terceiros, outros princípios (por exemplo, e conforme as várias teorias, os que se prendem à existência de fato da organização, ou à chamada tutela da aparência jurídica, ou à tutela dos que contrataram com uma sociedade regularmente arquivada): cf. Auletta, pp. 277 ss. Quanto aos vícios da adesão individual, decorre uma tutela de terceiros já do fato de não acarretar, o vício da adesão singela, um vício do inteiro contrato. Isto, no entanto, não tutela terceiros quanto às conseqüências da retroatividade da anulação da adesão no que respeita à responsabilidade do sócio cuja adesão era viciada; visa-se, porém, a excluir, também a este respeito, a possibilidade de efeito retroativo da anulação para com terceiros, e é sintomático que essa tendência se manifeste não só a respeito dos vícios do consentimento, mas até a respeito da incapacidade. Cf. Auletta, *op. cit.*, pp. 311 ss. Quanto aos vícios que respeitam aos requisitos para vida da organização e aos das cláusulas estatutárias, decorre a tutela de terceiros, conforme os vários direitos e as várias orientações, do princípio de constituir, esses vícios (mesmo que afetem o contrato no conjunto, o que se pode não verificar quanto à nulidade de uma cláusula estatutária: art. 153 Código Civil brasileiro), apenas casos de liquidação e de ser irretroativa, quanto a terceiros, a declaração de nulidade de uma cláusula, caso o ato de constituição tenha sido arquivado.

obrigação se referem: o contrato permanece, se o seu objetivo continua a ser alcançável.

Esta conseqüência é, em algumas legislações, explicitamente adotada na disciplina positiva do contrato de sociedade, prevenindo, em face da inexecução das obrigações de um dos sócios, a resolução do vínculo deste sócio, mas admitindo, no entanto, a permanência do contrato quanto aos demais<sup>834</sup>.

#### u) Substituição no objeto da obrigação de uma parte

Considerações análogas permitem entender-se por que (enquanto possível a realização do objetivo comum) possa, uma parte, participar do contrato, mesmo realizando uma entrada economicamente equivalente à inicialmente prometida, quando a execução desta não seja possível; por que uma parte (cuja adesão foi anulada) possa ser substituída por uma outra.

Esta substituição não destrói a identidade do contrato em seu conjunto e não importa em sua novação<sup>835</sup>.

#### v) *Exceptio inadimpleti contractus*

Discute-se a respeito da aplicabilidade da *exceptio inadimpleti contractus*. Cumpre talvez distinguir dois problemas: o inadimplemento de um entre muitos participantes do contrato plurilateral não autoriza, de per si, os outros sócios a não executar a sua prestação, caso continue possível a consecução do objeto social<sup>836</sup>; seria, porém, obviamente ilícito pedir o adimplemento de

834. Cf. Gorla, *Rischio e Pericolo nelle Obbligazioni*, p. 418; Oertmann, *Kommentar zum BGB*, ao § 705; Rodriguez, *op. l. cit.* Cf. os arts. 148 e 186 do Código Comercial italiano de 1882. Na disciplina positiva das sociedades por ações, todas as legislações concordam em não fazer decorrer, necessariamente, do inadimplemento de um subscritor a resolução de todo o contrato.

835. Auletta, *op. cit.*, p. 45.

836. Kipp, em notas à Windscheid, § 406; Wieland, p. 466; Auletta, p. 55, onde um exame bastante amplo deste problema e a crítica das opiniões

um entre os sócios sem pedir simultaneamente (também judiciariamente) o dos demais.

#### x) Relação sinalagmática

As considerações que vimos desenvolvendo explicam por que certa corrente doutrinária afirma a inexistência, no contrato plurilateral, de uma relação sinalagmática entre os compromissos das várias partes<sup>837</sup>.

Nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes dependa da existência de uma obrigação válida da parte contrária<sup>838</sup> ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autorize a não-execução da obrigação da parte contrária<sup>839</sup>.

Ora, nos contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato; a invalidade ou inexecução das obrigações de uma parte não exclui, só por si, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum.

#### z) Relações internas e relações externas

A comunhão de objetivos e o caráter "instrumental" do contrato explicam por que esses contratos podem referir-se a uma ulterior atividade que não concirna às relações "entre" quantos participem do contrato plurilateral, mas às *relações* da organiza-

contrárias. Também essa regra pressupõe a participação, no curso concreto, de mais de duas partes.

837. Wieland, p. 464; Gierke, *Genossenschaftstheorie*, p. 830; Auleita, p. 46.

838. Costuma-se falar, a respeito, de sinalagma genético. Cf. Carvalho de Mendonça (M. I.), *op. cit.*, p. 765.

839. A propósito, costuma-se falar de sinalagma funcional. Note, levantar-se o problema da relação sinalagmática entre as atribuições decorrentes de um contrato bilateral, também no direito anglo-norte-americano: cf. Holmes, *Common Law*, edição Boston, 1938, p. 333.

ção<sup>840</sup> para com terceiros ou para com associados que recorrem aos seus serviços.

É por isso que, nesses contratos, poderemos distinguir o que se relaciona com a constituição do contrato e o que se relaciona, por assim dizer, com a sua ulterior utilização<sup>841</sup>. Direitos e obrigações dos que participam do contrato podem ser considerados sob ambos esses aspectos<sup>842</sup>.

Por isso poderemos distinguir um aspecto externo (quando as partes entram, como grupo, em relação com terceiros) e um outro interno (nas relações entre as partes)<sup>843</sup>.

Por isso, nesses contratos, deveremos, também, considerar os direitos e as obrigações quanto à gestão de organização, seja apenas nas relações internas, seja também nas externas, de acordo com as duas subespécies anteriormente distinguidas.

Por isso, ao lado dos direitos e obrigações de caráter "patrimonial" acharemos direitos e obrigações que, ao contrário, correspondem à gestão, à administração, da organização comum.

840. Recordo as duas hipóteses mencionadas na letra o.

Ao contrário, nos contratos bilaterais, é, sim, possível que as relações "entre" as partes sejam disciplinadas como relações continuativas (contratos de execução continuada), mas não é possível que "as partes" se apresentem unificadas para efeito de suas relações posteriores com os terceiros. Cf. Osti, *op. l. cit.* Acentuo que o princípio do texto é independente da circunstância da constituição de uma pessoa jurídica ou de um patrimônio separado. Este princípio, com efeito, encontra-se, também, quando não se constitui um patrimônio separado e quando (como, no direito italiano, quanto às sociedades civis) não se constitui uma pessoa jurídica.

841. Cf. a anterior letra, g, *in fine*.

842. A característica do sócio com responsabilidade "limitada" reside, justamente, na circunstância de ser, a sua obrigação, limitada ao que prometeu dar (ou, no caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, também, subsidiariamente, ao que prometeram os demais sócios), ao passo que o sócio de responsabilidade "ilimitada" responde, embora subsidiariamente, pelas dívidas da sociedade, sendo, por isso, ilimitado o alcance da responsabilidade dele.

843. Esse fenômeno (cf. Weiller, *op. cit.*) verifica-se, também, no mandato, por ter este contrato um caráter "instrumental" em relação à conclusão de negócios ulteriores. Justamente esta circunstância constitui o ponto de partida dos problemas especiais do mandato.

No exame dos poderes de administração, poderemos distinguir: os que se referem à possibilidade de modificar o contrato<sup>844</sup>; os que se referem à orientação geral da gestão; os que se referem à administração; e, finalmente, os que se referem ao seu controle.

Não é difícil observar que os vários tipos de sociedades e associações se distinguem, também, por uma diversa disciplina desses poderes; pela diversidade dos poderes reconhecidos a cada parte ou à maioria; pela maior ou menor complexidade da organização e pela distinção de vários órgãos quanto às várias funções, e assim por diante. Quanto maiores as obrigações do sócio, tanto maiores são os direitos dele. Por isso, ao sócio de responsabilidade ilimitada pertencem, quanto à administração e fiscalização da sociedade, direitos mais amplos daqueles que pertencem ao acionista.

Na gestão da organização achamos, muitas vezes, a possibilidade<sup>845</sup> – naturalmente em limites diversos nos vários casos – de uma deliberação por maioria<sup>846</sup>. Esta possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa a uma finalidade comum a todos os participantes: nesta comunhão de escopo, assenta, afinal, o poder da maioria. Essa possibilidade é, por isso, tanto maior quanto mais nítida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses “comuns” e aqueles “particulares” de cada participante<sup>847</sup>.

844. Obviamente excepcional, sem o consentimento unânime de todas as partes. De um modo geral, a modificação dos elementos “contratuais” escapa ao império da maioria; esta pode, apenas, determinar a orientação da gestão social nos limites determinados pelo contrato e respeitando o que foi contratualmente determinado na constituição. Somente quando se constitua uma pessoa jurídica e um patrimônio separado, respondendo, os sócios ou associados, limitadamente (e, portanto, não respondendo com o próprio patrimônio individual pelas dívidas da entidade), se admite a possibilidade de ser, o contrato social, em princípio, modificável, pela maioria, até independentemente de pacto especial a respeito. É o que se dá nas sociedades anônimas por ações.

845. Mesmo quando não subsista uma pessoa jurídica. Quanto ao conceito de deliberação, cf., Donati, *op. cit.*, p. 152.

846. Cf. art. 1.394, Código Civil brasileiro.

847. Pense-se, por exemplo, nas várias espécies de sociedades comerciais. A constituição de um patrimônio separado, a de uma pessoa jurídica, a com-

Os contratos plurilaterais se prendem, assim, à constituição de uma organização, em que há a possibilidade de deliberar por maioria, o que, ao contrário, é inadmissível nos demais contratos.

A posição de quem participa de um contrato plurilateral se apresenta, pois, bem mais complexa que a de quem participa de um contrato de permuta. Com efeito, não só em virtude do contrato, adquire, cada parte, uma pluralidade de direitos<sup>848</sup>, mas esses direitos são de caráter profundamente diverso, entre si, e submetidos a disciplinas diversas.

É, portanto, possível, e, muitas vezes, oportuno, examinar distintamente a “posição” de quem participa de um contrato plurilateral<sup>849</sup> e os seus vários direitos<sup>850</sup>: a primeira constitui, realmente, o pressuposto comum de uma série de direitos (bem como de obrigações e poderes), cada qual submetido a uma disciplina própria; a aquisição, a transferência, a perda da “posição”, podem, portanto, oportunamente, ser examinadas distintamente da aquisição, da transferência e da perda de cada um dos direitos dela decorrentes<sup>851</sup>.

plexidade da organização, concorrem para acentuar a distinção mencionada no texto, e que, com efeito, é mais nítida nas sociedades por ações do que nas outras sociedades. Por seu turno, o sócio de responsabilidade “ilimitada”, precisamente por ser “ilimitadamente” responsável, deve gozar de um poder fundamental de administração e não pode estar sujeito ao império da maioria senão dentro de limites muito mais restritos dos que dizem respeito ao sócio de responsabilidade limitada.

848. O que também se pode verificar nos demais contratos. Cf. von Tuhr, *Partie Générale du Code Federal des Obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, p. 8.

849. Cf. Ascarelli, *Appunti di Diritto Commerciale, Società*, 3ª ed., 1936, p. 113, e, agora, Salandra, verbete *Società em Nuovo Digesto Italiano* (1938).

850. Poderes, obrigações.

851. Com efeito, podem eles adquirir-se, transferir-se ou perder-se num momento diferente e consoante regras diferentes das que concernem à posição de sócio; alguns deles, excepcionalmente, podem ser transferidos mesmo independente da transferência da posição do sócio. Por sua vez, a responsabilidade do sócio pelas dívidas sociais continua (no que respeita às dívidas já contraídas) mesmo depois de sua saída da sociedade; isto é, depois da perda de sua qualidade de sócio. Note-se ser a distinção do texto independente da existência ou inexistência de uma pessoa jurídica.

Esse ponto de vista, é, naturalmente, tanto mais útil quanto mais a diversidade de direitos e de obrigações de quem participa de um contrato plurilateral acentua a diferença entre a disciplina da posição dele e aquela de cada um dos vários direitos e deveres<sup>852</sup>.

#### 4. O contrato plurilateral como contrato de organização

As características que vimos enumerando puseram implicitamente, em evidência, constituir o contrato plurilateral, considerado em sua função econômica, um contrato "de organização", podendo, desse ponto de vista, contrapor-se aos contratos de permuta.

Também examinamos dois possíveis tipos de organização, correspondentes, respectivamente, à "sociedade" e à "associação"<sup>853</sup>.

852. É, pois, particularmente fecundo nas sociedades por ações.

853. Pode-se, naturalmente, adotar um critério diferente quanto à classificação. No direito francês e no italiano, o critério adotado no texto (cf., Ascarelli e Auletta, *op. cit.*) encontra apoio legislativo, pois nesses códigos (cf. art. 1.823 do Código francês e art. 1.697 do Código italiano de 1865) a sociedade é definida como o contrato pelo qual as partes põem algumas coisas em comum para dividir o lucro que daí puder derivar. É, portanto, evidente que o "fundo comum" deve ser empregado em operações com terceiros, para se obter um lucro a dividir entre os sócios. Cf. Planiol-Ripert-Lepargneur, *Traité de Droit Civil*, vol. XI, parte II, p. 349. Mais amplo, ao contrário, é o conceito das Ordenações Filipinas (Livro 4, XLIV: "Contrato de companhia é o que duas pessoas, ou mais, fazem entre si, ajuntando todos os seus bens, ou parte deles para melhor negócio e maior ganho") e, ainda mais, o do Código Civil alemão e do brasileiro, nos quais se fala somente de fins comuns (cf. art. 1.363 do Código Civil brasileiro: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns"), de maneira que o conceito de contrato plurilateral acaba coincidindo com aquele de sociedade. Cf. quanto ao direito brasileiro Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 249. Essa é a razão pela qual, na doutrina alemã, como veremos, os consórcios são considerados, em geral, como sociedades, sendo oposta a solução francesa e italiana. A diferença notada no texto não é, entretanto, de todo desconhecida nesses direitos, quer em face de normas especiais da lei (por exemplo, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, sobre as sociedades anônimas, cujo art. 2º menciona a intenção de lucro), quer

Esta diversidade corrobora a oportunidade de os contratos plurilaterais serem encarados como uma espécie particular no âmbito da categoria geral dos contratos; o contrato de sociedade constitui, por seu turno, a subespécie praticamente mais importante, mas não a única, dos contratos plurilaterais.

#### 5. Os contratos externos

Já notamos que a organização constituída a partir do contrato plurilateral pode ser meramente interna ou, ao contrário, também externa.

##### a) O problema da personalidade jurídica

Quando a organização entra em relações com terceiros, é obviamente possível dar um passo ulterior, isto é, ver nela uma pessoa jurídica; conceber o patrimônio da pessoa jurídica como separado ou, até, como completamente separado dos patrimônios dos seus membros; os seus bens como bens da pessoa jurídica, e não como bens em condomínio dos participantes; as suas dívidas como dívidas da pessoa jurídica, e não como dívidas dos que dela participam, se bem que estes, às vezes, possam ser subsidiariamente responsáveis<sup>854</sup>; e assim por diante.

porque, na disciplina concreta da sociedade, também esses códigos disciplinam, substancialmente, apenas a hipótese da "sociedade" no sentido mais restrito acima enunciado, descuidando, em substância, as normas próprias dos contratos plurilaterais que não constituam "sociedade" naquele sentido. Lembre-se, no entanto, que quer na hipótese da associação, quer naquela da sociedade, conforme a orientação do texto, o fim perseguido pelas partes é um fim "egoístico". Com efeito, já vimos, até nas associações há, a rigor, um fim de lucro, embora o lucro não decorra do emprego do fundo comum em operações para com terceiros. Diverso é o caso das chamadas associações (cf. nota nº 798) que se propõem fins "altruísticos", embora até nestes casos as partes constituem, às vezes, uma sociedade civil ou até comercial, respeitados os requisitos desta, mas adaptando-a, entretanto, ao fim do último visado, conforme o que será notado no nº 5, letra f.

854. É o que acontece quanto aos sócios de responsabilidade ilimitada.

O contrato plurilateral, com a organização assim criada, constitui, por assim dizer, o substrato<sup>855</sup> da pessoa jurídica: através desta, as várias relações jurídicas são, pois, concebidas e disciplinadas unitariamente. Às relações de cada parte com “todas as outras” sucedem, portanto, as de cada parte com a pessoa jurídica; às relações de “todas as partes” para com os terceiros, as da pessoa jurídica para com os terceiros<sup>856</sup>.

Sem dúvida, o processo da personificação encontra, antes de mais nada, sua razão de ser nas relações para com os terceiros; pode, no entanto, ser aplicado também às relações internas, podendo-se distinguir, assim, tanto as relações da pessoa jurídica para com os terceiros, quanto as da pessoa jurídica para com os seus membros.

#### b) Personalidade e contrato externo

A possibilidade da constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica é, no entanto, obviamente limitada às hipóteses em que, com o contrato, se constitui uma organização externa<sup>857</sup>; fora destas, com efeito, a constituição de um patrimônio separado ou de uma pessoa jurídica não tem sentido<sup>858</sup>.

Se, de fato, não há nenhuma organização externa, se cada parte continua entrando pessoalmente e, apenas quanto ao próprio interesse individual, então, em relação a terceiros, é impossível falar em patrimônio de débitos ou créditos do grupo como patrimônio diverso do patrimônio de débitos ou créditos dos que

855. Retomando a imagem geométrica de páginas atrás, do contrato plurilateral como um “círculo”, poder-se-ia dizer que, no caso do contrato externo, a figura geométrica correspondente é a do cone (evidenciada na hipótese de personificação), cuja base é, justamente, o círculo.

856. Cf. Ghidini, *op. cit.*, pp. 215 ss.

857. Quanto à hipótese de sociedade interna versada no texto, hipótese diversa daquela, com freqüência, examinada recorrendo a esta denominação, cf. nota 871.

858. Não importa agora examinar se, além disso, é, também, necessária a constituição de um fundo comum.

participam dele, pois tal distinção concerne, justamente, às relações para com terceiros<sup>859</sup>.

Por sua vez, para que se possa ter uma sociedade “comercial”, é necessária a existência de uma sociedade “externa”. A comercialidade da sociedade decorre, com efeito, da natureza da atividade da sociedade para com os terceiros<sup>860</sup>.

Tal conclusão é confirmada pela circunstância de que as sociedades comerciais são, nos vários direitos, nominativamente disciplinadas: não existem outros tipos de sociedade comercial fora dos nominativamente disciplinados<sup>861</sup>; estes, por seu turno, se prendem, todos, à existência de uma sociedade externa.

Eis por que a sociedade interna deverá ser disciplinada pelas normas gerais das sociedades – ditadas em relação à sociedade civil – e é somente por via analógica que, em determinados casos, se poderá recorrer a algumas normas ditadas na disciplina das sociedades de comércio<sup>862</sup>.

#### c) Validade e regularidade do contrato

Desta observação não decorre serem, todas as organizações externas, dotadas de personalidade jurídica; nos vários direitos positivos, a personalidade é reconhecida, em casos, mais ou menos, numerosos e em virtude da observância de condições peculiares<sup>863</sup>.

859. Portanto, é possível disciplinar como pessoa jurídica também a sociedade civil, mas somente quando se tratar de uma sociedade externa.

860. As sociedades por ações, no entanto, podem ser constituídas para fins civis, embora ficando sempre sujeitas à lei comercial e também (exemplificadamente no direito francês e no brasileiro, em contraste com o italiano), à falência. Embora sendo possível a sua constituição para um fim civil, é sempre necessário, no entanto, que a sociedade por ações constitua uma sociedade externa.

861. Problema diverso é o do âmbito dentro do qual, nos estatutos de uma sociedade comercial, podem ser introduzidas cláusulas atípicas. Cf. La Lumia, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939.

862. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 65.

863. Este princípio prevalece, quer quanto às sociedades, quer quanto às associações. A personalidade da sociedade e a constituição de um patrimônio

No direito atual, em princípio, a observância de determinadas formas de publicidade, destinadas justamente a tornar conhecida a terceiros essa constituição, constitui *conditio juris* ou para a constituição do patrimônio separado da pessoa jurídica<sup>864</sup> ou para que não sejam aplicadas as sanções que visam justamente a esta falta de publicidade<sup>865</sup>.

Em geral é o primeiro princípio aquele adotado quanto às associações<sup>866</sup>; diversa é, ao contrário, com freqüência a disciplina quanto às sociedades, especialmente quando não se trate de sociedade anônima.

Coaduna-se, esta distinção, com uma orientação geralmente mais favorável à constituição de um patrimônio separado em virtude de um contrato de sociedade, do que em virtude de um contrato de associação.

separado é atualmente, quase por toda parte, a consequência da observância das particulares normas legais ditadas, em geral, quanto à disciplina da sociedade, e independentemente de um controle de mérito, em cada caso concreto; entretanto, esse controle é, muitas vezes, previsto quanto a algumas associações.

864. Cf., por exemplo, art. 18, Código Civil brasileiro (negando a personalidade jurídica às sociedades não registradas); art. 20, § 2º, Código Civil brasileiro (estabelecendo que as sociedades que, por falta de autorização ou de registro se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros, embora estes possam responsabilizá-las pelos seus atos); art. 55, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940; arts. 92 e 97, § 1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; art. 265, livro do trabalho, Código Civil italiano de 1941 (estabelecendo que a sociedade anônima não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros diretores antes de cumpridas as formalidades de publicação).

865. Cf., por exemplo, arts. 98 e 99, Código Comercial italiano de 1882 (que respeitam, também, à sociedade anônima), e que eram interpretados pela doutrina italiana dominante no sentido da existência de uma pessoa jurídica e de um patrimônio separado, apesar das sanções ditadas quanto à irregularidade.

866. A expressão "sociedade" e "associação" é aqui utilizada no sentido próprio deste estudo: cf. a nota nº 854. A diversidade de orientação, notada no texto, quanto à influência do cumprimento da publicidade, coaduna-se justamente com o critério adotado neste estudo quanto à distinção entre sociedade e associação: isto corrobora, parece-me, o critério adotado.

A disciplina ditada, quanto às sociedades comerciais, pela falta da publicidade legal (isto é por uma manifestação a terceiros que se verifique por um processo diverso do legal)<sup>867</sup> constitui o objeto da doutrina das sociedades irregulares<sup>868</sup>.

867. Esta disciplina é, por seu turno, diversa nos vários direitos e, muitas vezes, quanto às várias espécies de sociedade. Respeita não só às relações externas, mas também às relações internas entre os sócios. Nas relações externas, por vezes, importa não-constituição do patrimônio separado, de maneira que os credores particulares do sócio concorram com os credores sociais sobre os bens entregues pelo sócio à sociedade, ou falta a possibilidade de a sociedade acionar a sócios e a terceiros (cf. art. 20, § 2º, Código Civil brasileiro), ou até qualquer responsabilidade da sociedade (do patrimônio social) pelos atos realizados em seu nome (quanto às sociedades por ações ver art. 55, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, atualmente regulamentado pelos arts. 92 a 99 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); por vezes, em consequências de outra ordem (por exemplo, embora conservando a distinção entre o patrimônio social e aqueles dos sócios, estabelece-se a responsabilidade pessoal de quantos tenham contratado em nome da sociedade, responsabilidade que, conforme os vários direitos, ora se acrescenta àquela dos sócios, ora a substitui, podendo, então, os credores, optar por uma ou por outra; cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. III, p. 130; Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 221 e p. 255; De Gregorio, *Società*, Turim, 1938, p. 122, constituindo, então, afinal, as normas que respeitam ao arquivamento do contrato social, *leges minus quam perfectae*.

868. Torna-se óbvia, por conseguinte, a distinção entre sociedades cujo "contrato" é viciado e sociedades "irregulares"; entre os vícios que respeitam ao próprio contrato de sociedade e os que respeitam à sua publicidade. Os primeiros acarretam um vício no próprio contrato. Os segundos acarretam, consoante os vários direitos, a ineficácia (quanto a terceiros ou também *inter partes*) do contrato ou a aplicação de sanções: são saneados, com o cumprimento da publicidade, não podendo, nunca, sê-lo com o decurso do tempo. No anterior nº 3 sob a letra e examinamos os vícios do *contrato e da adesão* de cada participante, as várias categorias destes vícios, as suas consequências. Respeitavam, todas aquelas considerações, à teoria das sociedades cujo contrato fosse viciado, independentemente do fato de ter sido o contrato arquivado ou de não tê-lo sido. Neste número examinamos, ao contrário, os vícios de arquivamento e publicidade e as suas consequências, independentemente do fato de ser, o contrato, viciado ou de não sê-lo. É óbvio, com efeito, poder uma sociedade, embora viciada, ser arquivada (cf. quanto às sociedades por ações, no direito brasileiro, art. 155 do

Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940) ou poder, apesar de não ser o contrato viciado, não ser arquivada (cf. no direito brasileiro, quanto às sociedades por ações, art. 55, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Também quanto às modificações do estatuto cumpre igualmente distinguir entre o que respeita à validade da modificação e o que respeita ao seu arquivamento e publicidade: cf., quanto às sociedades por ações, art. 50 e art. 156, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Com a expressão "sociedade de fato", costumam-se, às vezes, designar, todas as sociedades que, embora sendo a sua constituição viciada, operaram (cf. Carvalho de Medonça, *op. l. cit.*); outras vezes, as constituídas sem ato escrito, enquanto tenham, de fato, funcionado (cf. Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 255). (Quanto ao valor da escritura na constituição, é, ele, diverso nos vários direitos; com freqüência duvida-se se a escritura seja requerida para a "validade" da sociedade (cf. Waldemar Ferreira, *op. cit.* p. 255; arts. 303 e 304, Código Comercial brasileiro) ou para a sua "regularidade" ou para a prova do contrato entre as partes.) Visa-se sempre a levar em conta a tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade (embora viciada ou irregular), o que se coaduna com os problemas peculiares que se apresentam, no domínio dos contratos plurilaterais, quanto à tutela dos terceiros, à vista da função instrumental do contrato. A distinção entre "nulidade" e "irregularidade" só lentamente foi elaborada pela jurisprudência e pela doutrina, sobretudo no direito francês, que, na Lei de 1867, classificava como caso de "nulidade" a própria inobservância da publicidade. Pode-se, talvez, afirmar, que na evolução histórica foi sempre mais acentuada — à vista da necessidade de tutelar terceiros — a importância do fato de ter, a sociedade, realmente operado, apesar dos seus vícios. Reconheceu-se, assim, com freqüência, a personalidade das sociedades irregulares; sucessivamente também a existência de fato das sociedades nulas, visando a uma disciplina das nulidades do contrato social diversa daquela do direito comum dos contratos. Esta última orientação foi particularmente frisada nas sociedades anônimas; o direito inglês admite até a eficácia saneatória do registro da sociedade quanto aos vícios de sua constituição; os demais direitos não admitem esta última consequência, embora, às vezes, negando ter a anulação eficácia retroativa, sujeitam os vícios de constituição de uma sociedade arquivada a curtos prazos prescricionais (cf. art. 155, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, atualmente regulamentado pelo art. 285 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). De outro lado, porém, quanto às sociedades por ações, foi reconhecido um particular valor ao registro, negando-se em alguns direitos (cf. art. 55, parágrafo único, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, no direito brasileiro) a responsabilidade da sociedade pelos atos dos diretores, antes de cumpridas todas as formalidades da constituição.

#### d) Irregularidade e contrato interno

O que acaba de ser observado demonstra, no entanto, não se poder atender a esta teoria quando a "sociedade" ou, mais geralmente, o contrato plurilateral, tenha um caráter meramente interno. Este, como já foi lembrado, é o caso quando vários comerciantes, conservando, porém, a autonomia dos seus estabelecimentos, deliberam dividir, entre si, todos os lucros individualmente auferidos por cada qual na venda da sua mercadoria, de acordo com uma determinada porcentagem<sup>869</sup> para cada um<sup>870</sup>.

869. É a hipótese do *pool*, segundo a terminologia anglo-saxônica (*interessengemeinschaft*, segundo a alemã; *cointeressenza*, segundo a italiana).

870. Cf. o meu comentário em *Foro Italiano*, 1938, fasc. II. A Salandra (em seu livro sobre as *Società Irregolari*) cabe o mérito de ter posto em evidência o princípio de que a personalidade jurídica da sociedade exige a sua manifestação a terceiros. Cf. também De Gregorio, *Società*, Turim, 1938, p. 27. É preciso lembrar que se fala de "sociedade interna" também em hipóteses diversas da acima assinalada: por exemplo, na de uma sociedade destinada a entrar em relações com os terceiros, não, porém, através de um órgão ou representante comum, mas, sim, através de um gerente que age, frente a terceiros, em nome próprio (como comissário). É nesta hipótese que se discute se os sócios são direta e ilimitadamente responsáveis para com os terceiros (Mossa) ou, ao contrário, diretamente responsáveis (limitada ou ilimitadamente) para com o gerente comum (Lacour & Bouteron, Houpin & Bosvieux, Pic, na França; Hoeniger e Geiler, na Alemanha; Salandra e Auletta, na Itália) por sua vez responsável, ilimitadamente, para com os terceiros. Cf., sobre o problema, Auletta, p. 67, *op. cit.*, e De Gregorio, *op. cit.*, p. 27. Fala-se, igualmente, de sociedade interna, quando as obrigações sociais são assumidas pelo representante comum dos sócios, mas sem o uso da razão social (Wieland, I, p. 509). Na hipótese examinada no texto, o problema da responsabilidade do sócio para com os terceiros, no que respeita às dívidas sociais, não pode apresentar-se, pois falta qualquer atividade desenvolvida, quer pelos sócios, quer em nome, quer até apenas por conta dos sócios, perante os terceiros; perante os terceiros, cada sócio age, nesta hipótese, individualmente, em seu próprio nome e por sua própria conta. A distinção entre as diversas hipóteses parece-me descuidada por Mossa (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1940, I, 29). Com efeito, Mossa julga ter, a tese do texto, sido formulada quanto à sociedade que entra em relações para com os terceiros mediante um gerente comum. Esta hipótese, ao contrário, não é aquela considerada no texto (quanto à distinção das duas hipóteses, cf., também, Auletta, *op. cit.* p. 63). Quanto

Não é preciso, ao contrário, que o "sócio" se tenha manifestado, como tal, a terceiros; o sócio, embora oculto, é responsável pelas dívidas sociais<sup>871</sup>, desde que a sociedade, da qual ele faz parte, se tenha manifestado a terceiros<sup>872</sup>.

à hipótese do texto, ao contrário, Mossa (*op. cit.*, p. 33, notas) não expõe a sua opinião, apenas observando poder-se, esta hipótese, verificar tão-somente na sociedade ocasional, o que não acho, entretanto, acertado. A distinção, ora citada, das várias hipóteses deve ser levada em conta quanto ao problema da aplicabilidade das normas das sociedades irregulares. Esta aplicação parece-me de qualquer forma impossível quanto à hipótese do texto, pois que nesta falta qualquer atividade comum para com os terceiros. É, ao contrário, discutida quanto à diversa hipótese de uma sociedade que entre em relações com os terceiros por meio de um gerente comum, que entretanto aja em nome próprio. Neste caso alguns autores (Auletta, De Gregorio) negam a aplicabilidade das normas das sociedades irregulares, ao passo que outros a admitem, ora apenas nas relações externas (Salandra), ora também nas internas (Mossa).

871. Código Comercial brasileiro art. 305; Mossa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934; cit. Soprano, *Trattato*, I, nº 141. Ao contrário, Salandra opina, de um lado, ser a sociedade meramente interna disciplinada pelas normas das sociedades irregulares e, de outro, não responder, o sócio oculto perante terceiros. É esta uma consequência da excessiva importância dada por Salandra à teoria da tutela da aparência (da qual decorre, na teoria de Salandra, a exclusão da responsabilidade do sócio oculto) e à distinção (embora justa em princípio) entre relações externas e relações internas (de que decorre, na teoria de Salandra, a disciplina da sociedade interna com as normas das sociedades irregulares. Lembre-se no entanto a nota precedente à respeito dos sentidos diversos da expressão "sociedade interna"). Em conclusão, cumpre distinguir: a) a sociedade meramente interna, ou seja, em que há apenas relações internas entre os sócios, sendo que cada um destes entra em relações com terceiros apenas no próprio interesse individual; b) a sociedade oculta, ou seja, aquela que age por meio de um gerente (não de um representante) comum; c) o "sócio" oculto de uma sociedade. Esta hipótese não se confunde com a precedente, pois ela visa à situação de "sócio" oculto numa sociedade manifesta aos terceiros por meio de um representante comum. A responsabilidade perante os terceiros do sócio, nesta hipótese, pode, parece-me, ser afirmada, mesmo pelos que negam a responsabilidade, perante os terceiros, dos sócios da "sociedade" oculta.

872. Finalmente, diverso é o caso de quem (ou dos que) se arvora (ou se arvorem) em administrador ou sócio de uma sociedade inexistente ou da qual não participe (ou não participem). É evidente que, nessa hipótese, as

#### e) Sociedade e sociedade em conta de participação

É nesta última hipótese que, muitas vezes, se torna difícil a distinção entre a sociedade e a chamada sociedade ou associação em conta de participação.

A lentidão com que, historicamente, se veio elaborando tal distinção constitui, aliás, uma confirmação da dificuldade do problema<sup>873</sup>.

As considerações precedentes podem, no entanto, servir de auxílio para a solução de tal dificuldade.

obrigações surgem somente a cargo desses falsos sócios, não sendo possível invocar a responsabilidade de uma sociedade que não existe ou da qual não fazia parte aquele que se arvorou em sócio ou administrador dela; os falsos sócios, porém, são responsáveis, para com os terceiros, pelas obrigações que assumirem; e para com a sociedade, por perdas e danos. Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. III, p. 130. Ademais as disposições a respeito das sociedades irregulares (estabelecendo a responsabilidade pessoal de quem age em nome de uma sociedade irregular) autorizam, parece-me, a considerar que, por analogia, os falsos sócios são responsáveis perante os terceiros como se tivessem tratado em nome próprio, podendo, por isso, ser declarados em falência; subsidiariamente, são também responsáveis pelas dívidas da sociedade (existente) da qual falsamente se arvoraram em sócios, se ela existir qual sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada. Cf. Auletta, *op. cit.*, p. 79, e o meu comentário cit. no *Foro Italiano*, 1938. Por seu turno, quem emprestar o seu nome como sócio, será responsável por todas as obrigações da sociedade; terá, entretanto, ação regressiva contra os sócios e não responderá perante a sociedade por perdas e danos (isto decorre do fato de estarem, nesta hipótese, os sócios, de acordo com o uso do nome do *falsus socius*). Cf. Código Comercial brasileiro, art. 306; Waldemar Ferreira, *op. cit.*, p. 270.

873. Às vezes também a sociedade para um determinado negócio (a *Gelegenheitsgesellschaft* do direito germânico) é aproximada à sociedade em conta de participação (cf., no direito belga, art. 5 e art. 14 do texto coordenado de 1º de junho de 1913 das leis sobre as sociedades). Outras vezes (como na tradição francesa) é evanescente a distinção entre sociedade oculta e sociedade ou associação em conta de participação. Até a terminologia é incerta: no direito brasileiro fala-se em "sociedade" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as sociedades); no italiano, de "associação" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as associações).

A chamada sociedade ou associação em conta de participação constitui um contrato bilateral<sup>874</sup>; de permuta ou escambo no amplo significado deste termo, adotado nestas páginas<sup>875</sup>; *dominus* do negócio é, sempre, e necessariamente, o associante, que, somente ele, assume obrigações e adquire direitos para com os terceiros, ao passo que os associados são responsáveis somente perante o associante e têm direitos somente perante ele; não se cria uma nova organização, nem externa – essa é a diferença invocada com maior freqüência<sup>876</sup> –, nem interna<sup>877</sup>; até quando o associante admite mais pessoas a participar dos seus negócios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos.

Na sociedade, ao contrário<sup>878</sup>, achamo-nos em presença de uma nova organização: nenhum dos sócios pode dizer-se, jurídica-

874. Não constituindo, por isso, uma sociedade ou uma associação no próprio sentido do termo.

875. Por isso são freqüentíssimos os contratos, em que concorrem, simultaneamente, os elementos do mútuo ou do contrato de trabalho e os da sociedade em conta de participação: por exemplo, contrato de mútuo ou de emprego com participação nos lucros. Esta possibilidade, ao contrário, não se dá quanto ao contrato de sociedade no próprio sentido do termo: o objeto da entrada do sócio na sociedade pode corresponder ao que, em tese, poderia ser próprio de um contrato de trabalho; mas esta possibilidade não decorre da concorrência, simultânea, das características dos contratos de sociedade e das de outros contratos, mas da própria natureza da sociedade, como contrato plurilateral. Cf. nota 786.

876. Não estando, por isso, a sociedade em conta de participação, “sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades” (art. 325, Código Comercial brasileiro), ou seja, às normas de publicidade que respeitam, em princípio, às sociedades.

877. Cf., a respeito, especialmente Mossa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, II, 603, agudamente frisando a diferença entre sociedade (embora interna) e sociedade em conta de participação. No Código Comercial brasileiro a sociedade em conta de participação está disciplinada (arts. 325 ss.) no título “das companhias e sociedades comerciais”. No entanto, doutrina e jurisprudência foram evidenciando as suas características peculiares.

878. Como sempre acontece, a diferença teórica não exclui a dificuldade da distinção num caso prático. Não é, porém, necessário observar que, através do jogo das cláusulas contratuais e das diversas situações concretas, contratos diversos podem sempre acabar exercendo a mesma função ou ficar sujeitos, no caso concreto, a uma disciplina, em grande parte idêntica.

mente, *dominus* do negócio; se a organização entra em relações com terceiros, é a todos os sócios, coletivamente, que se referem tais relações; se isso não acontece, as relações com terceiros são, individualmente, assumidas por cada sócio por sua conta.

#### f) Sociedade e contrato plurilateral externo

O leitor terá notado que, ao tratarmos dos contratos plurilaterais externos, fizemos referência, freqüentemente, à hipótese da sociedade, e não àquela, mais geral, dos contratos plurilaterais.

Na realidade, entre os vários contratos plurilaterais, a sociedade é aquele que goza de uma disciplina juridicamente mais bem elaborada<sup>879</sup>. Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em conta as relações externas (ou seja, aquelas para com os terceiros).

Não só. Entre os vários contratos plurilaterais, o de sociedade é aquele em que, de um lado, é, em geral, disciplinada mais liberalmente (a respeito da intervenção das autoridades administrativas) a possibilidade da constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, e, de outro<sup>880</sup>, é mais cuidada a tutela dos terceiros, em face dos perigos que, para eles, pode representar essa constituição.

Isso permite entender por que, muitas vezes, ao quererem constituir uma organização destinada a entrar em relações para

879. Portanto, especialmente nos sistemas jurídicos em que falte uma disciplina particular das associações, é preciso recorrer à disciplina da sociedade, e examinar quais entre as normas ditadas para as sociedades constituem, na realidade, normas gerais dos contratos plurilaterais, por isso, aplicáveis também às associações; quais, embora peculiares às sociedades, podem (em virtude do fim que têm em vista) ser analogicamente aplicadas, em determinadas hipóteses, às associações; quais, enfim, não são suscetíveis de aplicação analógica. A primeira dessas indagações é a que, implicitamente, se verifica neste estudo, ao delineararmos a teoria do contrato plurilateral.

880. E isso justamente porque, realizando-se o escopo social mediante operações com os terceiros, a tutela dos interesses destes adquire uma importância particular.

com os terceiros, as partes constituem uma sociedade, embora para alcançar, indiretamente, aqueles fins que, no entanto, seriam próprios de uma associação<sup>881</sup>. Nestas hipóteses, as partes constituem uma sociedade, respeitam-lhe os elementos essenciais, mas, através de oportunas cláusulas estatutárias, adaptam-na aos fins particulares que, ulteriormente, têm em vista<sup>882</sup>.

É óbvio que, nestas hipóteses, as partes constituem uma sociedade e ficam sujeitas às normas respectivas, embora a constituição tenha sido indireta e para fins ulteriores.<sup>883</sup>

#### g) Associação e contrato plurilateral externo

Quando, ao contrário, a organização – embora tendo um caráter externo –, não possui as características da sociedade, não será possível atender às normas da sociedade.

Por um lado, portanto, a pessoa jurídica e o patrimônio separado não poderão surgir, em conformidade com as normas ditadas quanto aos contratos de sociedade; por outro lado, não se poderão aplicar as sanções ditadas quanto à falta de observância

881. Por exemplo, de uma mútua.

882. Isto acontece ao ser, de fato, a atividade social prevalentemente limitada a operações com os próprios sócios. Analogamente a sociedade anônima pode, de fato, num caso concreto, visar, indiretamente, à tutela de interesses coletivos dos seus acionistas; a organização de pesquisas científicas e técnicas no interesse destes e assim por diante, apesar de ser diverso o fim típico e legal das sociedades anônimas. Encontram-se então, no estatuto, cláusulas particulares que visam justamente a permitir alcançar os fins visados. Às vezes essas cláusulas são incompatíveis com a existência de uma sociedade; às vezes são compatíveis com a existência de uma sociedade, mas incompatíveis com a de uma sociedade por ações; outras vezes são compatíveis até com uma sociedade por ações, cuja constituição é frequentemente desejada, em vista da rigorosa distinção entre patrimônio social e patrimônios individuais e da possibilidade de mudar os sócios sem alterar o contrato social.

883. Por exemplo, em relação às normas de publicidade e às sanções por sua inobservância. Ficam, no entanto, também sujeitas às normas que visam ao fim último por elas visado, independentemente do negócio jurídico adotado.

dos requisitos que, nas sociedades, devem ser observados para a sua constituição regular.

Dever-se-á, ao contrário, atender às normas que disciplinam a constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, como consequência de um contrato plurilateral diverso do de sociedade<sup>884</sup>. Quando faltarem normas especiais, dever-se-á atender aos princípios gerais.

À vista destes, a falta de personalidade jurídica importa em responsabilidade pessoal de quantos participem do grupo, pelos atos praticados através do mandatário comum<sup>885</sup>.

#### 6. Contratos plurilaterais normativos

Acentuamos poder ser diverso o objeto dos compromissos assumidos num contrato plurilateral; as obrigações das várias partes, por outro lado, devem ser coordenadas a um fim comum.

##### a) Eventual caráter normativo do contrato

Não é, pois, de admirar poder, o objeto dos compromissos das várias partes, consistir na disciplina da conduta ulterior delas nos futuros negócios jurídicos que cada qual realizar, quer no sentido de se obrigarem a uma determinada atitude positiva, quer, ao contrário, no de se obrigarem a uma atitude negativa.

884. Por exemplo, às que disciplinam as "associações", quando ocorrem os requisitos necessários para a aplicação de tais normas.

885. As normas do direito comum oferecem, pois, uma suficiente tutela de terceiros. Não é, portanto, necessário recorrer à aplicação das normas que concernem às relações externas de uma sociedade irregular. Esta aplicação assentaria no princípio de que a manifestação externa importa sempre existência de uma sociedade irregular. As normas do direito comum permitem, no entanto, tutelar terceiros, sem afirmar que, a manifestação externa, importa, por si só, existência de uma sociedade, e sem, portanto, admitir a aplicabilidade das normas das sociedades irregulares até em hipóteses em que, na realidade, não há sociedade.

Estas hipóteses correspondem à do contrato<sup>886</sup> normativo<sup>887</sup>, que se caracteriza, justamente, pela circunstância de estabelecer as cláusulas com as quais deverão (ou não deverão) ser concluídos determinados contratos futuros<sup>888</sup>, desde que, e quando, cada parte decida concluí-los<sup>889</sup>.

As partes que concluem o contrato normativo podem disciplinar futuros contratos que pretendam concluir entre si<sup>890</sup>; podem, ao contrário, disciplinar futuros contratos que cada uma delas conclua com terceiros<sup>891</sup> ou futuros negócios (mesmo unilaterais) que cada uma delas realizar.

Nessas últimas hipóteses, o contrato normativo prende-se, em substância, a uma espécie de "frente única", das partes. Quando, ademais, o contrato normativo disciplina os futuros contratos das partes com terceiros, ele dita uma disciplina da concorrência entre as partes; esta concorrência será limitada na medida em que as partes predeterminem, reciprocamente, as condições às quais concluirão os próprios contratos com terceiros.

886. Sobre o fato de se tratar, na hipótese em apreço, de um "contrato", cf. Osti, *op. cit.*

887. Cf. Hueck, *Ihering's Jahrbuecher*, vol. 73, p. 40; Salandra, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1928, I, p. 408 e Asquini, *Studi Vivante*, vol. II, p. 34, com particular referência também às hipóteses do texto. Muitas vezes, nestas hipóteses, fala-se em "acordos". Cf. Osti, *op. l. cit.*

888. Ou, de um modo mais geral, determinados negócios futuros, compreendendo-se, assim, não só a hipótese de subseqüentes contratos, mas também a, geral, de subseqüentes negócios jurídicos (inclusive os unilaterais).

889. Note-se a diferença com o contrato preliminar: deste decorre a obrigação de concluir, sucessivamente, um determinado contrato; do contrato normativo decorre, ao contrário, apenas a predeterminação de algumas cláusulas dos contratos que as partes concluirão; as partes ficam livres de concluir ou de não concluir tais contratos; devem, porém, caso concluam os contratos visados, observar as condições preestabelecidas.

890. Como quando dois comerciantes fixam a taxa de juro que prevalecerá em suas futuras relações.

891. Por exemplo, as condições às quais cada parte venderá a própria mercadoria a terceiros.

Fala-se, muitas vezes, acompanhando Hueck, de contratos normativos bilaterais e unilaterais para distinguir as duas hipóteses mencionadas no texto.

Inversamente, qualquer disciplina da concorrência realiza-se, juridicamente, através de uma disciplina normativa, isto é, predeterminando algumas das condições dos contratos que as partes concluirão com terceiros<sup>892</sup>.

Essa disciplina pode ser ditada a favor de uma das partes, mediante determinadas vantagens a favor da outra<sup>893</sup>; pode cada parte, no entanto, assumir para com a outra uma obrigação correspondente, de modo a regular a concorrência "recíproca". Nos contratos plurilaterais, é obviamente possível apenas a segunda das hipóteses de disciplina da concorrência, dentre as aqui diferenciadas<sup>894</sup>.

#### b) Várias hipóteses

Se examinarmos a prática, não tardaremos a reconhecer que há contratos plurilaterais em que as partes disciplinam as cláusulas dos futuros contratos que possam ser concluídos entre elas; contratos em que assumem o compromisso "recíproco" de seguirem todas (dentro de determinados limites) uma determinada diretriz comum<sup>895</sup>; contratos em que disciplinam sua concorrência recíproca<sup>896</sup>.

892. Por exemplo, o preço pelo qual venderá a mercadoria; a zona territorial na qual exercerá o seu comércio; o gênero de atividade ao qual se dedicará.

893. Por exemplo, por uma determinada soma de dinheiro. Em algumas hipóteses, a lei dita, diretamente, obrigações de não-concorrência a cargo de uma parte, em virtude de sua posição peculiar em relação a outras (assim, o empregado não pode fazer concorrência ao empregador; o sócio de responsabilidade ilimitada não pode fazer concorrência à sociedade).

894. Com efeito, a primeira é incompatível com o princípio de que todas as partes, em um contrato plurilateral, adquirem o mesmo direito. A primeira hipótese só se encontra, com efeito, em contratos dos quais participem apenas duas partes e constitui, em geral, pacto adjetivo de um contrato de permuta (por exemplo: de venda, de trabalho etc.).

895. Uso essa expressão para abranger a hipótese da disciplina de futuros negócios unilaterais.

896. Cf. Salandra. Note-se poder, nesta hipótese, o contrato normativo ser plurilateral.

A primeira hipótese se verifica, por exemplo, no caso de prefixarem, vários empreendedores, os juros, ou as condições de venda etc., nas relações recíprocas entre si. É análoga a hipótese que se verifica nas convenções entre os bancos centrais de vários Estados, na determinação das próprias relações recíprocas, com o fim de uma estabilização monetária de interesse geral.

A segunda hipótese se verifica nos sindicatos de acionistas, quando vários destes combinam seguir todos, na assembléia, a mesma diretriz, embora agindo cada qual individualmente<sup>897</sup>.

A terceira hipótese verifica-se nos *corners*, cartéis e consórcios, quando vários comerciantes ou especuladores convencionam comprar ou vender uma determinada mercadoria a um preço ou em quantidades predeterminadas ou quando vários empreendedores convencionam não vender abaixo do custo, ou não recorrer a determinadas práticas de concorrência, ou vender todos pelo mesmo preço a mercadoria, ou delimitar as recíprocas zonas territoriais de venda ou a quantidade máxima que cada qual pode vender ou fabricar<sup>898</sup>; nas convenções internacionais entre os bancos centrais de vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir por cada

897. É nesta hipótese que o compromisso assumido pelas partes não concerne ao conteúdo dos seus futuros contratos, mas ao de futuros negócios unilaterais, isto é, dos votos que elas darão nas assembléias sociais.

898. Prescindo, naturalmente, de examinar a licitude destes contratos que visam, às vezes, a um fim monopolístico (cabendo, então, a aplicação das disposições respectivas; cf. art. 1º do Decreto nº 869, de 18 de novembro de 1938, matéria hoje regulamentada pelo art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo: "Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou fornecedores"), e os graves problemas que, conseqüentemente, se apresentam na economia atual. Cf., de recente, a respeito Wendell Berge, *Cartels: Challenge to a Free World*, Washington, 1944. Apenas me preocupa a sua estrutura jurídica.

banco, no mercado, num intuito de estabilização monetária; nas convenções internacionais entre vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir quanto à produção ou à exportação de um produto, produzido em cada um deles.

Encontramos destarte uma terceira subcategoria de contratos plurilaterais, além daquelas da sociedade e da associação anteriormente lembradas: a dos contratos plurilaterais normativos.

### c) Contratos plurilaterais normativos internos e externos; sindicatos e consórcios

Notamos que, com o contrato plurilateral, as partes podem criar uma organização meramente "interna", ou ao contrário, uma organização "externa", destinada a entrar, como tal em relações com terceiros.

Os exemplos precedentes concernem a contratos plurilaterais "internos"; podemos, porém, encontrar exemplos correspondentes entre os "externos", nas duas últimas hipóteses mencionadas<sup>899</sup>.

Assim, as partes, concluindo um sindicato de acionistas, podem proceder à nomeação de um mandatário comum que as represente coletivamente nas assembléias sociais, seguindo a diretriz fixada pela maioria do sindicato<sup>900</sup>.

899. Também na primeira hipótese, pode, naturalmente, haver um órgão comum, mas este não é destinado a entrar em relações com terceiros a não ser em relação a escopos diversos dos examinados no texto.

900. Uma hipótese análoga verifica-se nas numerosíssimas associações de portadores de debêntures. Estas se propõem, justamente, a oferecer aos próprios associados uma tutela dos seus interesses, perante a sociedade, mais eficaz da que poderia ser obtida individualmente pelo portador e a um custo menor daquele que suportaria cada portador agindo individualmente. É conhecida a tendência legislativa para organizar *ex lege*, coletivamente, os obrigacionistas (cf., no Brasil, Decreto nº 781, de 12 de outubro de 1938), e até (como na França, com o Decreto de 30 de outubro de 1935) para reconhecer a personalidade jurídica à associação assim criada. Analogamente, hoje, vêm-se constituindo associações de segurados (quanto à tutela dos interesses deles em relação à sociedade seguradora) e, às vezes, até de

Assim, os empreendedores, disciplinando a concorrência recíproca em relação a um determinado produto, podem centralizar num órgão único<sup>901</sup> a venda<sup>902</sup> desse, de maneira que o órgão comum venda a mercadoria de cada participante<sup>903</sup>, respeitando as práticas de concorrência, ou a igualdade de condições, ou o limite quanto à quantidade de mercadoria a ser colocada no mercado<sup>904</sup>, que fora ditado<sup>905</sup>.

O órgão comum pode até ser um órgão público, quando a regulamentação acima mencionada decorre das normas ditadas pela autoridade pública e não de um contrato.

contribuintes. Especialmente a prática francesa é rica nesse campo. Foi especialmente objeto de discussão a hipótese das chamadas sociedades de defesa dos segurados, distinguindo-se, entre elas, as "associações" no sentido indicado acima e aquelas hipóteses em que se constitui, ao contrário, uma empresa seguradora, que assume o risco do custo do processo mediante um prêmio fixo pago pelos clientes.

901. Por exemplo, num mandatário comum: Esse mandatário pode ser uma sociedade comercial cujos sócios sejam, por sua vez, participantes do consórcio. É nesta hipótese que, na doutrina alemã, se fala de *Doppelgesellschaft*. Nesta hipótese, cláusulas peculiares (por exemplo, a respeito da circulabilidade das ações) visam a garantir a identidade entre os sócios da sociedade e os participantes do consórcio, assim como garantir que a influência de cada sócio na sociedade corresponda à sua influência no consórcio. A hipótese é muito freqüente quanto aos consórcios que visam à venda ou à fabricação de determinados produtos fora dos mercados nacionais dos consorciados (*export associations*: cf. Edward S. Mason, *Foreign Affairs*, vol. 22, p. 604).

902. Ou a compra.

903. Ou compre a matéria-prima.

904. Ou seja, a quantidade máxima dos produtos que pode ser colocada no mercado, visando, o contrato de consórcio, a evitar seja colocada no mercado uma quantidade maior. Este fim é, com freqüência, visado pelos consórcios, especialmente em período de crise. Prendem-se, com freqüência, os consórcios a uma perigosa orientação que pode bloquear o progresso técnico e econômico no interesse de posições de privilégio.

905. Querendo no âmbito dos contratos que disciplinam a recíproca concorrência entre empreendedores, indicar, com nomes distintos, os contratos internos e os externos poder-se-ia, no primeiro caso, de cartéis e, no segundo, de consórcios, ou, no primeiro caso, de consórcios (ou cartéis) internos e, no segundo, de consórcios (ou cartéis) externos.

Nestas hipóteses<sup>906</sup>, as partes não somente se obrigam entre si, mas conferem poderes ao mandatário comum<sup>907</sup>, por elas previamente escolhido para as suas relações com terceiros<sup>908</sup>.

#### d) Continuação

Parece-me inegável que, também nessas hipóteses, estamos em presença de contratos plurilaterais (respectivamente: apenas internos ou também externos), caracterizados pelo fato de que as obrigações assumidas pelas partes concernem justamente à disciplina de suas futuras relações para com terceiros, ou, diretamente, à concentração da realização de tais relações, num órgão comum.

Também nessa hipótese, achamo-nos diante de uma pluralidade de partes que, mediante o contrato, visam a alcançar um fim comum e que, ao alcançarem esse fim, encontram justamente

906. É óbvio poderem, as partes, constituir um órgão comum (por exemplo, para fins de estudo, de tutela coletiva, para as funções de arbitragem adiante lembradas etc.), embora a organização não deva entrar em relações com terceiros. Mas, nestes casos, o órgão não diz respeito às relações das partes para com terceiros.

907. O contrato concluído com o mandatário comum é um contrato *com exclusividade*, justamente porque se tem em vista centralizar num órgão único as relações coletivas das partes para com terceiros. Os poderes conferidos ao mandatário comum abrangem, em geral, na prática, também o de agir em nome dos outros participantes contra o participante inadimplente.

908. Consoante decorre do texto a subdistinção fundamental, entre os contratos de consórcio ou cartel, do ponto de vista jurídico, parece-me aquela entre consórcios (ou cartéis) internos e consórcios (ou cartéis) externos; esta classificação, com efeito, se coaduna com a óbvia diversidade de disciplina jurídica, decorrente da presença, no segundo caso e não no primeiro, da unificação das relações das partes para com terceiros. As demais classificações, embora não careçam de importância e às vezes de grande importância jurídica, parece-me terem juridicamente um alcance mais limitado: este é o caso quanto à distinção entre os consórcios de "contingenciamento" e os demais, adotada, como classificação fundamental, por Flechtheim. Às vezes, também nos autores jurídicos, encontram-se classificações meramente econômicas, que, por isso, não evidenciam a diversidade de disciplina jurídica.

a compensação do sacrifício que cada uma delas fez de sua própria liberdade de ação.

A disciplina desses contratos, na prática contratual, na jurisprudência e na doutrina<sup>909</sup>, corresponde, de fato, aos princípios que vimos desenvolvendo quanto aos contratos plurilaterais.

Assim, em matéria de vícios ou de inexecução de uma das adesões; assim quanto à possibilidade de adesão de novas partes ou da saída de quantos dela participem<sup>910</sup>; quanto à possibilidade de deliberações por maioria<sup>911</sup> e aos limites do poder da maioria perante os elementos "contratuais"<sup>912</sup> que escapam à sua compe-

909. Cf. José Ferreira de Souza na tese de concurso apresentada à Faculdade Nacional de Direito no Rio de Janeiro (1941); Kallmann, *Kartellrecht* (1934); Flechthelm, *Die rechtliche Organization der Kartelle* (1923); Geiler, *Gesellschaftliche Organisationsformen etc.* (1922); Düringer-Hachenburg, *Kommentar zum HGB* (edição de 1932), vol. II, parte I (de autoria de Geiler), pp. 399 ss.; Friedlander, *Konzernrecht* (1927); Bauer, *Die rechtliche Struktur des Trust* (1927) (com referência também à Rússia); Hausmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungen - zusammenfassungen* (1926); e *Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schieckselwende*, Basel, 1940; Mazaud, *Le problème des Unions des Producteurs*, (1934); Ascarelli, *op. l. cit.* (1933); Franceschelli, *Consorti* (1938); Salandra, *Le Unioni di Imprese* (1936); Auletta, *verbette Consorti in Nuovo Digesto Italiano*; e as numerosas monografias editadas pela Sociedade das Nações de autoria de Lammers; Degugis e Tschiersky; Oualis; Rousiers; Cassel; Wiedenfels; McGregor.

910. Nota-se correntemente que a participação no consórcio, dada à natureza das obrigações assumidas, assenta na qualidade de titular de um estabelecimento que fabrique (ou venda) os produtos consorciados. A participação no sindicato de acionistas pressupõe, igualmente, a qualidade de titular das ações. Na disciplina dos chamados "códigos", do *National Industrial Recovery Act* (sec. III), nos Estados Unidos, a legitimidade desses acordos estava, justamente, subordinada: a) a não permitir a formação de monopólios ou práticas monopolísticas; b) ao fato de serem "abertos".

911. Em geral, a influência de cada parte no consórcio é proporcional à sua "quota", e esta, por sua vez, à potencialidade produtiva do estabelecimento.

912. Por exemplo, a "quota" que cabe a cada participante de um consórcio, e que constitui, em substância, a "medida" das obrigações e dos direitos de quem participa nele. Esta "quota" indica, por exemplo, a proporção em que cada membro do consórcio pode participar, com a sua mercadoria, nas vendas efetuadas pelo consórcio ou a proporção em que cada membro do

tência<sup>913</sup>; quanto à distinção de vários órgãos (assembléias, diretores, fiscais), freqüentemente inspirada pelo exemplo das sociedades comerciais.

#### e) Fim comum e fim social

O "fim comum" que as partes querem alcançar não é, no entanto, aquele "fim" comum que caracteriza a sociedade.

Com efeito, na sociedade, os vários sócios querem "cooperar" pondo em comum os próprios bens ou o próprio trabalho; na primeira das hipóteses, distinguidas sub c, as partes cooperam, mas apenas regulando as cláusulas das suas relações recíprocas futuras; na segunda cooperam, mas apenas estabelecendo uma diretriz única de todos para com a sociedade; na terceira apenas estabelecendo uma diretriz para com o mercado<sup>914</sup>.

consórcio pode fabricar os produtos consorciados. A "quota" tem pois importância prevalente nos consórcios de "contingenciamento", seja nos externos, seja nos internos, respeitando, no primeiro caso, à mercadoria que pode ser produzida ou à que pode ser vendida por meio de consórcio (não podendo, ademais, a mercadoria ser vendida de outra forma), no segundo, à que pode ser produzida ou à que pode ser vendida diretamente pelo interessado.

913. Às vezes, os contratos prevêem a possibilidade, para a maioria ou para a direção do consórcio, de tomar decisões que influam também sobre as obrigações e sobre os direitos dos participantes: por exemplo, acerca da possibilidade de elevar a quantidade "total" a fabricar (ou vender) por todos os consorciados em conjunto, ficando inalteradas as porcentagens com as quais cada consorciado concorre nessa quantidade, mas sendo alterada a quantidade que cada um pode (e, às vezes, deve) produzir. Em minha opinião, em tais hipóteses, a maioria ou a direção do consórcio é investida do poder de agir qual *arbitrator* (cf. neste sentido Ascarelli, *l. cit.*, e, agora, Carnelutti, *op. cit.*; contra Salandra). Na realidade, a pluralidade do contrato permite confiar à "maioria" (ou a quem tenha sido designado pela maioria) o poder de agir qual *arbitrator* em relação a cada singela parte (cf., em matéria de sociedade, o art. 1.718 do Código Civil italiano). Esse poder pode, porém, a meu ver, ser exercido somente nos limites do *arbitrium boni viri*. Outras vezes, os contratos prevêem também a possibilidade de funcionar, a direção do consórcio, como "árbitro" nas controvérsias entre os participantes.

914. Sindicato de acionistas e consórcio podem, pois, aproximar-se, porquanto visam, ambos, a ditar uma disciplina uniforme da atividade das partes

Há um fim comum<sup>915</sup>, e é precisamente da consecução desse fim comum que as partes esperam obter vantagens. Não há, porém, sociedade<sup>916</sup>.

Tem-se uma prova dessas observações, notando como, nestas hipóteses<sup>917</sup>, não se visa a consecução de um "lucro" a ser distribuído entre os que participam do contrato<sup>918</sup>; a vantagem de cada participante se reflete, diretamente, na sua economia individual<sup>919</sup>.

quanto a terceiros (em sua atitude respectiva para com a sociedade, ou em sua atitude no mercado).

915. Esse é o elemento que me parece ter sido subestimado por Carnelutti, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, I, p. 13.

916. Tal distinção é vivamente frisada por Carnelutti, *op. cit.*, quanto aos consórcios; foi, entretanto, há muito, afirmada pela doutrina e pela jurisprudência italiana (cf. Cassação de Turim, 31 de dezembro de 1885, *Foro Italiano*, Rep. 1866, *Società*, nº 8; Cassação de Nápoles, 2 de julho de 1900, *Foro Italiano*, 1901, I, p. 68; Cassação de Florença, 19 de março de 1914, *Monitore Trib.*, 1914, p. 383; Apelação de Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro Italiano*, 1933, I, p. 821; Apelação de Roma, 31 de julho de 1933, *Foro Italiano*, 1934, I, p. 184; Apelação de Gênova, 22 de julho de 1935, *Foro Italiano*, 1936, I, p. 233; Apelação de Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro Italiano*, 1936, I, p. 106; Weiller, *Foro Italiano*, 1933, I, p. 1.607; Ascarelli, *op. cit.*; Ferri, *Foro Italiano*, 1934, I, p. 1.113) e francesa (Mazeaud, *op. cit.*, p. 134). As incertezas da doutrina alemã sobre a distinção entre o consórcio e a sociedade encontram explicação no conceito mais amplo de sociedade, próprio do Código Civil alemão (cf. Wieland, I, p. 456, para a exclusão da existência de uma sociedade e, no mesmo autor, as indicações da doutrina alemã, que se orienta, de preferência, em sentido contrário).

917. E, analogamente, os sindicatos de acionistas.

918. A menos que, no caso concreto, além do contrato considerado no texto, não haja, também, uma sociedade. Caso, entretanto, assim não seja, não pode, a rigor, haver lucro; as eventuais sobras distribuídas aos associados constituem, na realidade, a devolução das importâncias, por eles adiantadas para as despesas do consórcio, e que resultaram excessivas. Cf. na jurisprudência italiana Com. Cent. Imp. Dir., 11 de janeiro de 1933, *Foro Italiano*, 1936, I, 233; Sampieri - Mangano, *L'imposta di Ricchezza Mobile e le Società Commerciale*, vol. I, p. 617.

919. É sob esse aspecto que os contratos aqui examinados se aproximam daqueles de associação e não daqueles de sociedade, como já ressalta do que foi observado na nota anterior a respeito do conceito de lucro. Encontramos, nestas hipóteses, identidade dos compromissos de todos os participantes

#### f) Contratos externos

A distinção aqui assinalada é particularmente relevante, na prática, nas hipóteses em que do contrato decorre uma organização que deva agir para com terceiros para a realização do fim colimado pelas partes<sup>920</sup>.

A distinção entre esta hipótese e aquela da sociedade acarreta então duas conseqüências:

em cada contrato; diferença, entre os vários contratos, no que respeita ao conteúdo dos compromissos e dos direitos dos participantes, conforme o diverso fim de cada contrato no caso concreto. Já pelo fato de tratar-se (ou, ao menos, dever-se tratar: cf. sec. III do *National Industrial Recovery Act* nos Estados Unidos) de contratos "abertos" e de serem, os seus participantes, empreendedores num determinado ramo, poder-se-ia pensar numa aproximação entre o consórcio (com concentração de venda, versado na letra f do texto) e alguns tipos de cooperativa. O esquema da cooperativa não é, em geral, adotado na prática contratual, à vista da dificuldade, naquele caso, de graduar o número de votos de cada participante. A diferença entre cooperativa (de venda) e consórcio assenta, afinal, no fato de que, constituindo uma cooperativa de venda, visam as partes a dispor de um órgão comum para a colocação de seus produtos no mercado (e, eventualmente, à prévia transformação deles), independentemente de uma disciplina da recíproca concorrência; por isso cada parte tem o direito, mas não a obrigação, de aproveitar os serviços da associação; a vantagem de cada parte resulta da possibilidade de colocar os seus produtos no mercado por meio de um órgão especializado; a disciplina da recíproca concorrência é apenas um resultado, fático e eventual, decorrente da centralização da venda, ficando, entretanto, cada parte, livre para colocar os seus produtos diretamente no mercado. Ao contrário, os consórcios visam, diretamente, à disciplina da recíproca concorrência entre os consorciados; estes, por isso, são obrigados a vender por meio do consórcio, constituindo, esta obrigação, a característica do contrato. Há, entretanto, na prática, casos em que um consórcio pode funcionar como cooperativa e casos em que uma cooperativa funciona, afinal, como consórcio. Assim, nas cooperativas de agricultores para o beneficiamento ou a transformação dos seus produtos há, às vezes, não apenas o direito, mas também a obrigação, de cada associado de entregar os seus produtos à cooperativa.

920. Como na hipótese do consórcio com centralização da venda; neste caso a mercadoria produzida pelos consorciados é vendida no mercado, exclusivamente, por intermédio do consórcio.

I – Por um lado, falta a personalidade jurídica, salvo disposição especial de lei<sup>921</sup>, porque é somente quanto à sociedade que é prevista, em geral, e independente do exame de cada caso concreto, a personificação e a constituição de um patrimônio separado. Os participantes responderão, portanto, todos, ilimitadamente<sup>922</sup>, pelas dívidas que tenham coletivamente assumido para com terceiros<sup>923</sup>.

II – Por outro lado, porém, não poderão ser invocadas as normas e sanções particulares ditadas para as sociedades irregulares, pois que, na hipótese em apreço, não existe sociedade<sup>924</sup>.

#### g) Adoção da forma da sociedade

Essas considerações explicam por que, às vezes, as partes adotam, quanto aos contratos normativos plurilaterais externos, a

921. Que, por seu turno, deverá então disciplinar uma forma de publicidade do contrato.
922. E ademais, solidariamente, nos direitos que estabelecem, em princípio, a solidariedade das obrigações comerciais (por exemplo, art. 40, Código Comercial italiano. Cf. na jurisprudência italiana, Cass. Reino, 22 de abril de 1929, e App. Roma, 31 de julho de 1933, *Foro Italiano*, 1929, I, 1.167 e 1934, I, 184). A responsabilidade limitada dos participantes e a constituição de um patrimônio separado poderia, com efeito, assentar só no cumprimento de uma publicidade legalmente prevista a este efeito.
923. Reciprocamente, cada parte responderá individualmente pelas dívidas que tenha, individualmente, assumido para com terceiros, embora através do mandatário comum.
924. Cf., com efeito, os autores e a jurisprudência citada na nota nº 916. Entretanto, Salandra (*Le Unioni di Imprese*, p. 106) julga haver, nesta hipótese, simultaneamente, uma sociedade, do ponto de vista externo, e um contrato diverso, do interno. Essa tese decorre da teoria peculiar de Salandra em matéria de sociedades irregulares, que encara, quanto a terceiros, uma sociedade (e, por isso, quando não tenha sido observada a publicidade legal, uma sociedade irregular), desde que exista a aparência de uma sociedade. (Cf., De Gregorio, *op. cit.*, p. 28, em sentido contrário à tese de Salandra.) As exigências de tutela de terceiros, que inspiram esta tese, encontram, a meu ver, satisfação (e de modo ainda mais rigoroso), na tese do texto, segundo a qual os que participam do contrato são todos ilimitadamente responsáveis pelas dívidas assumidas através do mandatário comum. Não me parece possível assentar a existência de uma sociedade

forma da sociedade (e, de preferência, a da sociedade por ações ou a da sociedade por quotas de responsabilidade limitada), respeitando, então, os requisitos essenciais da sociedade<sup>925</sup>, mas adaptando-a, mediante oportunas cláusulas estatutárias, ao fim ulterior visado<sup>926</sup>.

Com efeito, assim procedendo, a organização se personifica e as dívidas decorrentes da sua atividade não afetam o patrimônio individual dos seus membros.

Às vezes, as partes constituem, independentemente da conclusão do contrato de sociedade entre si, uma segunda sociedade como órgão coletivo<sup>927</sup>.

A sociedade não é, em tais hipóteses, simulada<sup>928</sup>: é realmente querida; mas para um fim ulterior.

- na simples aparência dela e admitir uma natureza diversa de um único contrato, do ponto de vista externo e do interno.
925. Com efeito, faltando a observância destes requisitos, não poderia haver sociedade. Visa-se, no texto, a evidenciar a existência de sociedades que, embora observando os requisitos da sociedade, procuram, no entanto, alcançar, indiretamente, mediante uma oportuna adaptação das cláusulas estatutárias, o fim examinado na letra e.
926. Por exemplo, na hipótese do consórcio constituído qual sociedade, comprometendo-se cada sócio a vender os próprios produtos exclusivamente por meio da sociedade-consórcio e sendo, tal compromisso, considerado como uma obrigação social (cf. quanto aos problemas que se prendem à peculiar natureza desta obrigação social, Cass. italiana, de 22 de fevereiro de 1929, em *Corte di Cassazione*, 1929, 915; no direito alemão é explicitamente prevista a hipótese de compromissos ulteriores dos acionistas, além do que respeita à integração da ação). Nesta hipótese, fala-se em sociedade com fim indireto (Ascarelli, *op. cit.*; Ferri, *Foro It.*, 1934, I, 113; Auletta, *Foro Italiano*, 1936, I, 1.086) ou em sociedade de conveniência (Carnelutti, *op. l. cit.*). Igualmente no caso do sindicato de acionistas pode-se dar mais um passo constituindo, entre as partes, uma sociedade civil ou comercial, cujo patrimônio será constituído pelas ações anteriormente possuídas individualmente pelas partes, e passando estas a serem sócias da nova sociedade.
927. É essa, entre as hipóteses aqui recordadas, aquela na qual, quanto aos consórcios, a doutrina alemã fala de *Doppelgesellschaft*. As partes, em tais hipóteses, conferem à sociedade, órgão do consórcio, o mandato de vender a própria mercadoria.
928. Diversa é a opinião de Salandra (*Le Unioni di Imprese*, p. 107), embora descuidando de aplicar a disciplina da simulação. No sentido do texto, cf.

Esta circunstância faz com que, nessas hipóteses, devam ser aplicadas duas ordens de normas<sup>929</sup>:

I – as da sociedade;

II – as<sup>930</sup> eventualmente ditadas quanto ao fim concretamente visado pelas partes, tendo, para este efeito, em vista o fim “econômico”<sup>931</sup> do negócio<sup>932</sup>, independentemente de sua estrutura jurídica.

---

Ascarelli, *op. cit.*; Ferri, *Foro Italiano*, 1934, I, p. 1.113; Auletta, *Foro Italiano*, 1936, I, 1.086, falando em sociedade com fim indireto e Carnelutti, *op. l. cit.*, falando em sociedade de cômodo. Sobre o problema geral do negócio indireto cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto em Studi in Onore di Vivante*, Roma, 1930.

929. O concurso destas duas ordens de normas visa, justamente, a alcançar uma maior tutela dos terceiros.

930. Isto, antes de mais nada, para avaliar a legitimidade ou a ilicitude do contrato.

931. Em geral, esse fim é realizado, nos consórcios, mediante a obrigação de cada sócio de vender exclusivamente, através da sociedade, sendo, portanto, o objeto da obrigação do consorciado análogo àquele de quem concede a outrem a exclusividade quanto à venda de um determinado produto: cf. Ascarelli, *op. cit.*, p. 107; Ferri, *op. cit.*; Weiller, *op. cit.*; e, na jurisprudência italiana, App. Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro Italiano*, 1933, I, 825; App. Gênova, 22 de julho de 1935, *Foro Italiano*, 1936, I, 233; App. Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro Italiano*, 1936, I, 1.086. Contrário Salandra, *op. cit.*, p. 97. De outro lado várias cláusulas visam a coadunar a participação e a influência na sociedade, com a participação e a influência no consórcio (por exemplo, vedando estatutariamente a venda de ações a quem não seja titular de uma empresa que produza os produtos consorciados).

932. Estas normas concernem, por exemplo, à luta contra os monopólios, independentemente do tipo de contrato por força do qual estes sejam realizados. Podem concernir, pois, aos consórcios, sejam ou não constituídos como sociedade; aos contratos de sociedade comercial (quando se constitui uma sociedade *holding* que concentra as ações de várias sociedades, assim sujeitas à sua direção) ou quando, em virtude das coligações entre várias sociedades – e que, por seu turno, podem decorrer de vários contratos – se chega (na terminologia alemã fala-se, então, de *Konzern*) à constituição de um único grupo econômico; aos contratos de sociedades internas (quando várias sociedades deliberam repartir todos os lucros respectivos segundo uma determinada porcentagem, o que faz diminuir o interesse de uma concorrência recíproca); aos contratos de arrendamento, quando mais

## h) Conclusão

As considerações anteriores confirmam não constituir, a sociedade (desde que se entenda este termo no seu próprio significado e não como sinônimo de qualquer contrato plurilateral), o “único” exemplo da categoria dos contratos plurilaterais.

Nas páginas precedentes, procuramos, por um lado, identificar essa categoria e as suas regras gerais, e, por outro, indicá-lhe as várias subespécies e as regras peculiares a cada qual delas.

Muitas entre as regras recordadas nas páginas anteriores foram afirmadas pela doutrina e pela jurisprudência dos vários países<sup>933</sup>, independentemente do recurso à teoria do contrato plurilateral<sup>934</sup>. Esta quer, por isso, representar, antes de mais nada, um resultado alcançado indutivamente à vista das variadas regras expostas na doutrina e na jurisprudência, visando, de um lado, a reconduzir a um princípio comum as regras estabelecidas pela jurisprudência ao examinar os contratos aqui estudados, e, de outro, a constituir um instrumento de trabalho para a disciplina

---

sociedades arrendam, todas, a uma só sociedade, os próprios estabelecimentos; a contratos sobre patentes, e assim por diante, quando o contrato (de consórcio de sociedade, de licença de patentes etc.) vise, no caso concreto, ao estabelecimento de um monopólio. A meu ver (cf. Ascarelli, *Appunti di Diritto Commerciale, Società*, 3ª ed, 1936, p. 361 e p. 372), a concentração industrial é um resultado que pode ser alcançado com instrumentos jurídicos diversos, e até decorrer de uma situação de fato (por exemplo: identidade dos diretores ou dos acionistas de várias sociedades); qualquer que seja o instrumento jurídico usado, a concentração que vise a um fim monopolístico pode estar sujeita a peculiares normas legais, destinadas a combater a formação de monopólios (cf. Cook, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1931, p. 234; no direito brasileiro, art. 1º do Decreto nº 869, de 18 de novembro de 1938). Por seu turno, a política econômica e fiscal deve, de modo geral, visar a impedir a formação de monopólios de fato.

933. Limitei-me a considerar os direitos de tipo romanístico. As peculiaridades dos direitos anglo-saxônicos, relativamente aos de tipo romanístico, no campo da teoria geral dos contratos, e os limites dos meus conhecimentos impuseram essa restrição.

934. Como ressalta das citações de doutrina e jurisprudência deste estudo.

jurídica, quer do contrato de sociedade, quer dos contratos que, embora distintos daquele de sociedade, podem, no entanto, ser classificados de plurilaterais.

## VI

### Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas

#### 1. A origem da sociedade anônima por ações

Se remontarmos à história das sociedades anônimas<sup>935</sup>, depararemos com as companhias coloniais, a começar pela Companhia Holandesa das Índias Orientais, em 1602.

As sociedades anônimas, instrumentos típicos da economia moderna, acham-se, assim, ligadas, em sua origem, à colonização do Oriente e daquele Novo Mundo, de cuja descoberta, precisamente, costumam os historiadores datar o início da história moderna.

Nas companhias coloniais já se delineiam as características fundamentais hoje peculiares da sociedade anônima e que a distinguem entre as várias espécies de sociedade: responsabilidade limitada dos sócios e divisão do capital em ações, isto é, possibilidade de serem, as participações dos vários sócios, corporizadas em títulos facilmente circuláveis; a pessoa do sócio é, destarte, indiferente à caracterização jurídica da sociedade.

A Companhia Colonial Holandesa das Índias, por sua vez, parece reportar-se, historicamente, ao condomínio naval de tipo

935. Nos direitos latinos, fala-se de sociedade *anônima*; essa denominação se coaduna com as regras que concernem à denominação da sociedade. Nos países de direito germânico, fala-se de *Aktiengesellschaft*: a denominação decorre da divisão do capital em ações. Na Inglaterra, fala-se em geral, de *Joint stock company* e, com referência à divisão do capital em ações, de *company limited by shares*; nos Estados Unidos de *business corporation*.

germânico<sup>936</sup>; a responsabilidade limitada encontraria, por isso, sua origem, na responsabilidade limitada do direito marítimo, e teríamos, assim, mais um exemplo<sup>937</sup> de institutos do direito comercial cuja origem histórica se encontra no direito marítimo<sup>938</sup>.

Os títulos acionários<sup>939</sup> se tomaram logo objeto de circulação rápida e freqüente<sup>940</sup> nas mais diversas camadas da população, excitadas pela miragem das riquezas do Extremo Oriente e do Novo Mundo recentemente descoberto.

936. *Reederei*. Foi particularmente Karl Lehmann (*Geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts*, Berlim, 1895) quem ilustrou esse desenvolvimento, sustentando derivar, a Companhia Holandesa das Índias, de uma fusão entre várias *Reederei*. Quanto à origem histórica das sociedades por ações, deve-se levar agora em conta o volume básico de Eli F. Heckscer, trad. cast., México, 1943: *La Epoca Mercantilista*: cf. ali pp. 338 e 348 quanto aos precedentes da Companhia Holandesa, ou seja, às chamadas *vöörcompagnieën*; quanto à possível influência de um projeto português (talvez aquele de uma companhia das Índias Orientais (1587), que entretanto não chegou a realizar-se) cf. ali p. 342 e Fitzler, *Portugiesische Handelsgesellschaften des 15 und beginnenden 16 Jahrhundert na Vierteljahrschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte*, 1932, p. 209; id. *Überblick über die Portugiesischen Überseehandelsgesellschaften des 15-18 Jahrhunderts* na mesma Revista, 1931, p. 282.

937. Segundo muitos autores, a sociedade em comandita deriva da *comenda* marítima; o seguro, por seu turno, deriva do empréstimo a risco marítimo.

938. Segundo essa tese, diversa seria a origem histórica da responsabilidade limitada do comanditário (que, na *comenda* originária, era mais credor do que sócio) e da do acionista (que encontraria a sua origem na responsabilidade limitada do armador no direito marítimo); diversos os precedentes históricos da ação (que deveria reportar-se às quotas do condomínio naval) e da quota de um sócio em uma sociedade de pessoas.

939. O termo *ação*, *azione*, *action*, *aktie*, derivou, segundo Lehmann, do fato de que esses títulos importam justamente direito (uma "ação" no sentido próprio do direito processual) aos dividendos. Diverso é, ao contrário, o significado etimológico do termo inglês *share*, que se refere à idéia de "parte" e que é usado também quanto a sociedades que não sejam anônimas por ações.

940. E especulação bolsista. Lê-se sempre com interesse o volume de José de La Vega (Amsterdã, 1681), *Confusión de Confusiones*; Diálogos curiosos entre un *phylosopho agudo*, un *mercador discreto* y un *acionista erudito*, describiendo el negocio de las acciones; su origen; estilögia; su realidad; su juego y su enredo. W. R. Ehrenberg *Das Zeitalter der Fugger*, Jena, 1896, vol. II, p. 336.