

TULLIO ASCARELLI

Catedrático na Universidade de Bolonha — Professor
contratado da Faculdade de Direito de São Paulo.

PROBLEMAS
DAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS
E
DIREITO COMPARADO

COM PREFÁCIO DO
Prof. Dr. Waldemar Ferreira



1945



SARAIVA & CIA
LIVRARIA ACADÊMICA
Fundador JOAQUIM IGNACIO FONSECA SARAIVA

Editores
Livros e
Industriais

LARGO DO OUVIDOR, 28 — RUA FORTALEZA, 53 — S. PAULO

Uma classificação muito espalhada é talvez, aquela que assenta na distinção entre seguros de danos, de um lado, e seguro de somas (173), de outro lado (174). Esta classificação assenta, afinal (175), na distinção entre avaliação concreta e avaliação preventiva e abstrata do dano (176).

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 criterios adotáveis a respeito.

O CONTRATO PLURILATERAL

culiaridades bastantes para justificar a dicotomia tradicional, encarado, então, de um lado, o risco de vida (em caso de morte ou sobrevivência) e de outro lado, os demais riscos seja quanto às coisas, seja quanto às pessoas (acidentes), seja quanto ao património.

O que importa, entretanto, é de não esquecer os limites da função da classificação, qualquer que ele seja, e de não vincular, o interprete, por meio da classificação, a descurar as peculiaridades dos varios 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 interprete. Examinando as varias classificações legais, cumpre não esquecer esta advertencia tradicional.

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

(174) Tal, com efeito, afinal, o sistema da lei suíça, da alemã e, praticamente, da francesa.

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

(176) Com efeito, a distinção entre avaliação abstrata e concreta do dano constitui, a justificativa da diversidade de disciplina nos varios casos. Inexato, ao contrário, é excluir, nos seguros de soma ou nos de pessoas, o caracter indenitario.

SUMARIO

- 1.º) O problema.
- 2.º) a) critica da teoria do ato complexo;
b) critica da teoria do ato de fundação;
c) critica das teorias ecleticas;
d) reafirmação da teoria tradicional do contrato de sociedade.
- 3.º) O contrato plurilateral:
 - a) possível participação de mais de duas partes;
 - b) direitos e obrigações;
 - c) de cada parte para com as demais;
 - d) conclusão do contrato;
 - e) dolo;
 - f) finalidade comum;
 - g) função instrumental;
 - h) prazo;
 - i) condomínio;
 - j) direitos das partes;
 - k) obrigações das partes;
 - l) relação da obrigação de cada parte com as obrigações das demais;
 - m) escopo — sociedade e associação;
 - n) contratos externos e contratos internos;
 - o) terminologia;
 - p) direito do socio em efetuar a entrada;
 - q) contratos abertos;
 - r) vícios do contrato e vícios da adesão;
 - s) execução da obrigação de cada parte;
 - t) substituição no objeto da obrigação de uma parte;
 - u) *exceptio inadimpleti contractus*;
 - v) relação sinalagmatica;
 - w) relações internas e relações externas:
- 4.º) O contrato plurilateral como contrato de organização.
- 5.º) Os contratos externos:
 - a) o problema da personalidade jurídica;
 - b) personalidade e contrato externo;
 - c) validade e regularidade do contrato;
 - d) irregularidade e contrato interno;

- e) sociedade e sociedade em conta de participação;
 - f) sociedade e contrato plurilateral externo;
 - g) associação e contrato plurilateral externo.
- 6.º) Contratos plurilaterais normativos:
- a) eventual caráter normativo do contrato;
 - b) varias hipóteses;
 - c) contratos plurilaterais normativos internos e externos; sindicatos e consórcios;
 - d) continuação;
 - e) fim comum e fim social;
 - f) contratos externos;
 - g) adoção da forma da sociedade;
 - h) conclusão.

1.º) Grocio, depois de distinguir os contratos *permutatorii* dos *benefici* (isto é, na linguagem hodierna: os contratos a título oneroso 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 inadimplenti contractus*) em relação aos quais algumas regras gerais dos contratos pareciam de difícil aplicação ao contrato de sociedade (1).

(1) A referência à diferença entre os contratos de permuta ou escambo, no alcance mais amplo desta expressão (venda, troca, locação, mutuo, etc.), e o contrato de sociedade é, pode-se dizer, tradicional na doutrina do direito civil. Esta já põe em evidência, com referência à sociedade, como iremos recordando, alguns caracteres 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 (2.ª edic. Milão 1937); *Appunti di diritto commerciale*, 3.ª ed., 1936, vol. II, p. 20 (1.ª ed., 1931, p. 17); AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milão, 1936, p. 31 e segs.; GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Milão, 1937; GHERON, *Corso di diritto industriale*, 2.ª ed., 1937, vol. I, p. 113; OSTI, verbete *Contratto*, em *Nuovo Digesto Italiano*, n. 10 (que indica a passagem de GROCIO, citada no texto), e n. 26; JOAQUIM RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *La empresa mercantil*, Mexico D. F., 1941, p. 147; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, Rio, 1944, vol. I, p. 246.

Falam do contrato plurilateral, também: SALÁNDRA, 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

Os estudiosos orientaram-se especialmente em duas direções: por um lado, houve teorias modernas, que negaram ser, a constituição de uma sociedade (civil e, mais ainda, comercial), um contrato, vendo nela, ao contrario, um ato complexo; por outro, a doutrina tradicional continuou a ver, na constituição de uma sociedade, um contrato. Em face da primeira dessas duas correntes, era difícil explicar a aplicação de numerosas normas dos contratos à constituição da sociedade; em face da segunda, ao contrario, difícil era, explicar a exclusão, no contrato de sociedade, de algumas normas dos contratos, ou 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 sub-especie que poder-se-ia denominar a do *contrato plurilateral*, levando em conta seus característicos 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 (2).

Italiano, 1935, n.º 9 e n.º 47, e sobre a mesma, AULETTA, *ob. cit.*, p. 28; e OSTI, *ob. cit.*; e ASQUINI, *Sommario delle lezioni di diritto commerciale*, Roma 1935-36 e *Rivista di diritto commerciale*, 1938, na resenha do tratado de DE GREGORIO sobre as sociedades comerciais, ambos com referências bibliográficas.

Por seu turno, WEILLER (*Foro It.*, 1933, I, 1607), 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.

(2) Leva-se, assim em conta, o aspecto estrutural e não aquele económico (ou funcional). Do ponto de vista económico poderiam, estes contratos, ser encarados como contratos de *organização* (cf. ASQUINI, *ob. 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, que os contratos plurilaterais).

OSTI, *ob. l. cit.*, acha preferível classificar os contratos conforme os característicos económicos 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 contrario, não pode ser própria a critérios económicos.

Geralmente, as classificações assentes em critérios formais e aquelas assentes em critérios económicos acabam por coincidir, à vista da correspondência, normal, de uma determinada estrutura jurídica com uma determinada função económica, e da natural influência desta sobre aquela; deve aliás, o interprete, visar assentar a classificação sobre critérios que, embora formais, encontrem correspondência e significado em critérios económicos; são porém, os critérios "estruturais" os que devem prevalecer na classificação jurídica.

Em cada direito, com efeito, as varias regras jurídicas se coadunam logicamente, antes de mais nada, com a estrutura dos varios 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.

Com efeito, podem, as normas jurídicas, visar quer uma "repartição" de bens, quer, porém, ao contrário, 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 de "distributivo". O segundo aspecto, que, de modo geral, poder-se-ia chamar de "cooperativo", não é, no entanto, de escassa importância (4).

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 (5).

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).

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 confirma, de um lado, a utilidade de delinear a disciplina geral da categoria dos contratos plurilaterais e, de outro, de indicar os característicos das várias subespécies destes.

2.º a) 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 (6).

Cf. sobre o problema geral de classificação "formais" e "finalistas", RADBRUCH, *Filosofia do direito* (São Paulo, 1940, trad. port.,) p. 170.

(4) Cf. KORKOUNOV, *Theorie generale du droit*, trad. franc., Paris, 1903.

(5) 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.

(6) Cf. DEMOGUE, *Obligations*, vol. I, n. 16; OSTI, *ob. l. cit.*, n. 6.

As várias normas sobre o contrato encontram fundamento nessa observação (7).

Ao contrário, no ato complexo, as partes apresentam-se animadas por identico 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 (8); à determinação da respectiva ingerência na administração; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada socio visa tirar da propria contribuição o maximo lucro, pondo-se, destarte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervem (com as normas sobre a sociedade leonina) para limitar equitativamente as possíveis desproporções entre socios.

De outro lado, no entanto, a constituição de uma sociedade representa apenas um primeiro passo: a sociedade, uma vez constituída, visa uma finalidade comum a todos os socios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os socios (8-bis).

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 socios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada socio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade (9).

(7) E, 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 consequente o assim por diante. A disciplina dos vícios contratuais prende-se, justamente, também ao contraste de interesses entre as partes de um contrato.

(8) As normas sobre a avaliação das entradas, que não sejam de dinheiro, são justamente inspiradas no conceito do que, entre o socio conferente e os 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 socios; de um lado (eventualmente em consequência de pericia, como é obrigatorio, em muitas legislações, quanto às sociedades por ações) e do conferente, do outro. Cf., no direito brasileiro, art. 5, Dec. n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.

(8-bis) Cf. WALDEMAR FERREIRA, *ob. cit.*, p. 246.

(9) Mesmo durante a vida da sociedade, os varios socios podem visar 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 socie-

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.

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 varios sujeitos assumem, em um negocio juridico, a posição de uma parte unica; 3) a concorrência da manifestação de vontade do curador e do incapaz na realização de um negocio juridico.

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 necessaria 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. E' o caso da realização de um contrato.

No segundo caso, ao contrario, a uma pluralidade de pessoas e, portanto, a uma pluralidade de manifestações de vontade, corresponde uma unica parte; as varias 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". E' a hipótese do ato colegial, obviamente distinta daquela do contrato. Para verificar esta diferença basta, aliás, observar poder, um ato colegial constituir uma manifestação de vontade que, por seu turno, concorrendo com a declaração de vontade da parte contrária, integra um contrato (10).

dade; e assim por diante. A disciplina da organização interna da sociedade visa justamente disciplinar esses contrastes.

(10) Afinal, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos conforme a classificação de DONATI A.) concernem a formação da vontade 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, aquela que é, juridicamente, "uma" parte, corresponde, realmente, mais pessoas. E' nesta hipótese que o problema da formação da vontade tem

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). E' obvio que surjam, nessas hipóteses (11) problemas diversos dos peculiares às anteriores, e que diversa seja a função economica correspondente ao instituto juridico (12).

uma alcance, bem diferente, do que não tenha quando, ao contrario, à parte (sujeito da declaração) corresponde, como normalmente acontece, "uma" pessoa. E' 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 negocio juridico distinto) apresentam-se problemas peculiares: 1) qual é o alcance da vontade de cada pessoa na formação da vontade da parte? E' 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.

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

(12) Note-se que a teoria do "ato complexo" diz respeito à própria constituição das sociedades (seja ou não seja pessoa juridica); não respeita à necessidade da intervenção da autoridade pública para que, da constituição da sociedade, decorra uma pessoa juridica ou um patrimonio separado.

Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa juridica, 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 juridica nasce somente do conjunto dos dois atos. Enquanto se denomine este conjunto "ato complexo" (cf., em sentido contrario, o justamente, DONATI D., *Archivio Giuridico*, 1903), pode-se, então, afirmar, decorrer a constituição de uma sociedade (enquanto pessoa-juridica) de um ato complexo.

Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista, DONATI A., *Sociedades anônimas*, Mexico, 1939, p. 45 (tradução do italiano). Este autor classifica ato complexo (rigorosamente distinto — cf. DONATI D., *Archivio Giuridico*, 1903 — da aprovação e da autorização, onde, ao contrario, há negocios autonomos 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 exercicio de um unico direito ou poder; ato coletivo aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontade, de sujeitos diversos, no exercicio de direitos ou poderes diversos, embora com paralelismo de interesses; quer o ato complexo, quer o coletivo constituo, 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*, n. 9 em *Nuovo Digesto Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato respeita 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 unico representado); 3) o caso em que, apesar de visar cada

Unir numa unica categoria três situações tão diversas, assimilar a aprovação do curador, o voto em assembléa e a adesão a um contrato de sociedade comercial, parece-me equivale a olvidar que as categorias jurídicas não devem corresponder aos gostos estéticos (digamo-lo assim), obviamente diversos, dos varios interpretes, mas devem visar 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 contrario, de um lado, dar a razão das normas vigentes e do seu desenvolvimento historico; de outro, constituir um instrumento eurístico para a solução dos novos casos propostos na pratica.

b) Diversa da precedente, é a doutrina (GIERKE) que, embora falando às vezes de ato complexo, faz referencia ao fato de que, da constituição da sociedade, surge uma nova pessoa jurídica. Chega-se a ver, na constituição do novo sujeito juridico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação (13).

Essa doutrina, por sua vez, sobrestima, a meu ver, o valor da constituição da pessoa jurídica, o que resulta do fato de ser, ela, estrangida 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 historia 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 da constituição das sociedades comerciais são comuns às varias formas de sociedade, e nem se pode ver aí uma distinção que permita contrapor rigorosamente —

sujeito um interesse individual, há, entretanto, a unificação dos varios interesses individuais num interesse comum (como no caso da alienação por parte dos condôminos da coisa comum. As considerações do texto assentam na existencia, 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; ha, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, ao contrario, um ato complexo ou coletivo.

(13) Fala-se, às vezes, neste caso, em "ato de direito objetivo", em contraposição aos contratos dos quais decorrem apenas direitos subjetivos.

como-pertencentes a duas categorias opostas — as regras peculiares às sociedades-pessoas jurídicas e as peculiares às sociedades-não pessoas jurídicas (14).

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 consequencia uma separação entre o patrimonio da sociedade e aquele de cada socio, ou a rigorosa separação patrimonial peculiar às sociedades anonimas e às por quotas de responsabilidade limitada.

Mas é o caso de observar ser, a constituição da pessoa jurídica (ou do patrimonio separado), uma consequencia particular decorrente da ordem jurídica. (15) Esta consequencia pode-se prender

(14) A mais importante das consequencias praticas sustentadas pelos adeptos de GIERKE é a exclusão da anulabilidade por dolo da constituição de uma sociedade.

Todavia, já observou VON TUELL, que, se quisermos ser lógicos, a concepção de GIERKE nos poderia levar, ao contrario, 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 negocios unilaterais, por dolo, é disciplinada com normas menos rigorosas do que as vigentes quanto aos contratos, e isso justamente porque não há, em tais hipoteses, necessidade de tutelar, em relação ao declarante, a expectativa de uma parte contraria. Com efeito, em muitos sistemas, o dolo constitui motivo de anulabilidade dos "contratos", quando seja essencial o provonha da contraparte; so, ao contrario, provier de um terceiro, dará lugar somente a uma ação por danos (art. 1.116, cod. civil francês; art. 1.115, cod. civil italiano). A distinção entre dolo proveniente da contraparte e dolo proveniente de terceiro não pode, porém, ter lugar em materia da negocios unilaterais. (Cf. também TRABUCHI, *Dolo*, p. 248, que exclue a anulabilidade por dolo dos negocios unilaterais; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Obligations*, vol. I, p. 272, que, ao contrario, a admitem).

A respeito da sociedade, a jurisprudencia, nos países em que o dolo vicia o contrato somente quando proveniente da contraparte, às vezes, estabelece que: a) a adesão do socio 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 jurisprudencia, são incompatíveis com a teoria da constituição como ato "unilateral" de fundação e, ao contrario, concorrem para demonstrar que a constituição da sociedade representa um contrato plurilateral.

Se nos achassomos diante de um ato "unilateral" de fundação, o vicio de uma adesão singela constituiria um vicio de todo o ato; este deveria pois, ser anulado, ao menos nos casos e nos sistemas em que não é possível considerar os vicios de constituição como sanados pela publicidade social.

(15) Isto evidencia-se muito claramente lembrando que, de inicio a personalidade jurídica das sociedades anonimas, decorria de um ato da autoridade publica quanto a cada caso concreto. Mesmo quando, como hoje, a personalidade pertence a cada sociedade ou a cada sociedade de tipo determinado, é obvia 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 da autoridade publica ou da publicidade na constituição da sociedade: há quem,

à observância de determinadas condições, ou, ao contrario, decorrer diretamente da conclusão do negócio, tutelando, no entanto, os terceiros quanto à constituição de um patrimonio separado (16); não presuppõe, em absoluto, a diferente natureza do negocio *inter partes*. Não é por isso ilógico poder, este negocio, ser um contrato, assim como não é ilógico poder, a manifestação consensual das partes, ter efeitos de direito real (18).

Patrimonio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos juridicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como socios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos socios. A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimonio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substancia, 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 socios entre si e para com os terceiros. As obrigações que, em materia de constituição, assume cada socio para com os outros socios, tornam-se obrigações para com a "sociedade", na qual o direito unifica a coletividade dos socios, através da personalidade jurídica; os limites da responsabilidade dos socios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimonio social e o particular dos socios; os bens dos socios, como tais, são distinguidos dos seus bens individuais, através da constituição de um patrimonio separado; os interesses dos socios "como socios" e "co-

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, p. 383 e segs.) encara, além do contrato entre os socios, um contrato da sociedade e, até, um contrato dos socios, com a autoridade pública.

(16) JOAQUIM RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *ob. l. cit.*, que, justamente, recorre a este principio (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 patrimonio separado em consequência da constituição da sociedade há quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como que de um privilegio a favor daqueles que venham a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do socio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do socio. Cf., sobre este aspecto, GHIDINI, *ob. 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.

(18) Tal é, o caso, nos sistemas do tipo francês, à vista do principio de ser o consentimento das partes bastante quanto à transferência da propriedade.

mo socios daquela sociedade" são distinguidos dos interesses individuais dos socios, através da personalidade jurídica e do patrimonio separado (19).

Pode-se, aliás, observar que a concepção acima criticada não consegue justificar os direitos da sociedade com os socios (por exemplo, quanto às entradas), ou aqueles dos socios com a sociedade (20).

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

Essa teoria (21), parte da exata percepção de que, na constituição da sociedade, existe algo de analogo e algo de diferente do que ha nos demais contratos, mas chega ao resultado, a meu ver, inaceitavel, de atribuir a um ato unico, simultaneamente, duas naturezas diversas e contraditorias (como a do ato unilateral e a

(19) Observeu THERING, constituir a personificação, um procedimento de técnica jurídica, analogo à "parentesis" na linguagem algébrica.

(20) 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, friza 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.

E' inegável a maior complexidade da sociedade anônima, a importância da diferença decorrente da responsabilidade limitada e da divisão do capital em ações, a consequente diversidade de disciplina quer nas relações quanto aos terceiros, quer nas relações entre os socios, mas nenhum desses elementos, parece-me, é bastante para negar a contratualidade do seu negocio constitutivo.

Como notado no texto, as teses contrárias encontram a sua critica 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 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).

(21) Esta é a doutrina de SALANDRA, já citado, e de SOPRANO, *Trattato delle società commerciali*, n.º 101, acompanhados por TRABUCCOHI, *Dois*, p. 488. Tal doutrina (cf., quanto à sua critica, AULETTA e OSTI, *ob. cit.*), deu origem à ulterior construção do primeiro desses autores, sobre o consorcio industrial como sendo sociedade do ponto de vista externo e não, o sendo do ponto de vista interno, e à de segundo, sobre a mutua como contrato mixto.

do contrato), ou de postular, ao lado do "contrato" de sociedade, uma declaração dos socios aos terceiros, que, ao contrario, é, na realidade, o proprio contrato de sociedade.

d) Podemos, pois, voltar à doutrina tradicional, afirmando ser, a constituição da sociedade, um contrato (22).

Aliás, é facil observar ser, essa, a premissa explicita ou implicitamente seguida, quando a legislação e a jurisprudencia disciplinam a sociedade entre os contratos e lhe aplicam, em principio, as regras dos contratos.

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

Por outro lado, porém, a critica da tese contratualista parte justamente da existencia 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 principios fundamentais do contrato, ha, no entanto, uma distinção entre a sociedade e os contratos de permuta; esta distinção permite identificar, entre os contratos, a subespecie dos "contratos" (23) plurilaterais; nesta categoria (contrato plurilateral)

(22) Cf., uma ampla bibliografia, nos citados volumes de AULETTA, p. 19, e GHIDINI, p. 125, ambos agudamente examinando e criticando as teorias anti-contratualistas; na doutrina brasileira cf. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 248.

(23) Esta afirmação, mesmo prescindindo do que resultará das paginas seguintes, é suficiente para distinguir a hipótese aqui considerada (cf. OSTI, ob. cit.),

- a) da hipótese do ato complexo;
- b) daquela da deliberação;
- c) daquela (elaborada por MESSINEO, com particular referencia à delegação) do "negocio plurilateral" (a respeito dessa categoria cf. OSTI, ob. cit. n. 13). Note-se que a diferença é independente do fato de achar que, também em algumas hipóteses mencionadas por MESSINEO (p. ex., na constituição de dote por parte de terceiro. Na delegação, ao contrario, uma opinião acatada encara uma pluralidade de negocios e não "um" negocio plurilateral), possa haver um negocio unico ou até, mais precisamente, um contrato (cujos sujeitos seriam o constituinte, a mulher e o marido; deixo, é obvio, de examinar o acerto desta construção) que à vista da participação de tres partes, poder-se-ia denominar de plurilateral;
- d) quanto aos "acordos" (cf. OSTI, ob. cit., n. 10), voltaremos mais adiante ao assunto.

As regras que vamos expôr, presumo, corroborarão a distinção entre as varias hipóteses. Elas, com efeito, são, em principio, inapplicaveis às hipóteses do ato complexo, da deliberação, ou do negocio plurilateral (no sentido de MESSINEO). E,

é possível, por seu turno, identificar varias subcategorias: a do contrato de sociedade é aquela de maior importancia, mas não a unica (23-bis).

3.º a) O primeiro caracteristico que devemos ressaltar é aquele da *possível* participação de *mais de duas* "partes" (24), assumindo todas (e, portanto, mais de duas) quer direitos, quer obrigações. Este caracteristico é tão conhecido e evidente, quando se levam em conta as sociedades e as associações, que não tem necessidade de ser ulteriormente ilustrado.

Este caracteristico formal não é destituído de relevancia, pois a doutrina dos contratos (25) tem, ao contrario, constantemente em vista a hipótese de duas e *somente duas* partes. Chegou-se mesmo a afirmar (26) ser, a participação de mais de duas partes.

afinal, justamente a diferença da disciplina pratica, o que, simultaneamente, demonstra e justifica a distinção entre os variados conceitos juridicos.

Desnecessario acrescentar poder a palavra "contrato plurilateral" ser utilizada também com referencia a hipóteses diversas daquelas do texto.

(23-bis) Problema especial é aquele da "fusão" de mais sociedades, à vista do fato 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.

Ha quem (p. ex., TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, Rio 1941) vol. II, p. 179) encare também a fusão (no que respeito à constituição da nova sociedade) como *ato complexo*; mais exato parece-me, também neste caso, encerrar um *contrato plurilateral* pois ha, inegavelmente, partes (as varias sociedades) — e, possivelmente mais de duas — com interesses contrastantes. Este contrato tem, afinal, natureza analoga à do contrato de constituição da sociedade, sendo, ao contrario, inexacta a assimilação à venda; caracteriza-se, porém, pelo fato de ser concluído por sociedades que, simultaneamente, visam a propria extinção. Por isso os socios da sociedade resultante da fusão são, diretamente, os socios das sociedades que se extinguem, diverentemente do que aconteceria caso mais sociedades constituíssem, por seu turno, uma nova sociedade.

Cf. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936; DE GREGORIO, ob. cit., n. 496 o seg.

(24) Não é preciso lembrar poder, "uma" parte, ser composta de "varios" sujeitos. Os condôminos que vendem a coisa comum constituem "uma" parte, embora composta de "varias" pessoas. Justamente, na hipótese de que a "uma" parte correspondam "varias" 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 "varias" pessoas. Não ha, pois, contrato "plurilateral" na concordata (embora haja, também nesta hipótese, contrato), uma vez que os credores, embora sem constituir uma pessoa juridica, 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.

(25) Dada a generalização das regras peculiares aos contratos de permuta.

(26) Por MESSINEO, em sua preleção sobre o "negocio plurilateral". MESSINEO está, logicamente, entre os que vêem no contrato de sociedade um ato complexo.

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 o característico acima enunciado: ao passo que, com efeito, dos contratos plurilaterais podem participar *mais de duas partes*, essa possibilidade está excluída nos demais contratos.

Por outro lado, os vários característicos dos contratos plurilaterais que iremos enumerando, se verificam também quando o contrato, no caso concreto, resulta apenas de duas partes (27).

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 (28).

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.

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) Todas as partes de um contrato plurilateral são titulares de direitos e de obrigações (29).

(27) No exame ulterior, notaremos, todavia, alguns limites dessa última afirmação.

(28) Quanto à diferença entre "pessoa" e "parto" acompanho a aguda análise de MESSINEO, *ob. cit.*

(29) Com o termo "bilateral" (em contraposição a "unilateral"), aplicado aos "contratos", faz-se referência justamente à circunstância do 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 só se qualificando 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 (p. ex., 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, *ob. l. cit.*) e demonstra a peculiaridade dos contratos

c) Cada parte, pois, tem obrigações, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras (30); adquire direitos, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras (31).

Se quiséssemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos (32), 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 (33).

d) 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 dadas 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" (34).

Em substância, admite-se poderem, as adesões indivi-

plurilaterais no que respeita à posição deles quanto à distinção entre contratos a título oneroso e contratos a título gratuito.

(30) Nos demais contratos, cada parte contrai obrigações, somente para com a parte contrária, sendo as partes apenas duas.

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

(32) Um exemplo deste uso pode ser encontrado no volume de KOKOUREK, *Jural relations*, 2.ª ed., Indianapolis, 1927.

(33) 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 vertice.

(34) É óbvio que, em face do objeto deste estudo, prescindindo da disciplina mais precisa dessa constituição nos vários direitos.

No direito brasileiro das sociedades por ações, a constituição que chamamos "sucessiva" verifica-se tanto no caso da subscrição pública (art. 40 e segs., D. n.º 2627 de 28 de setembro de 1940), quanto na hipótese da subscrição particular por deliberação assemblear dos subscritores, disciplinada no art. 45, § 1.º, do mesmo decreto.

duais dos socios, serem comunicadas aos fundadores que tomam a iniciativa da constituição da sociedade (35). A assembléa (constitutiva) dos subscriptores 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 clausulas 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", ha, 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) (36), dada a dificuldade pratica de comunicá-la, in-

(35) É justamente no fato de ter tomado a iniciativa da constituição da sociedade, que assenta a responsabilidade peculiar dos fundadores.

(36) O papel dos fundadores foi bastante discutido em doutrina e é, sem dúvida, bastante complexo. Cf., por ultimo, AULETTA, p. 199, quanto ao exame critico das varias teorias, e uma vasta bibliografia.

Tomando a iniciativa da constituição, os fundadores são os destinatarios das adesões sociais com o poder de aceitar (com officina vinculativa quanto a todos os socios) as varias adesões.

Ao receberem e aceitarem a subscrição de cada qual e ao perseguirem os morosos, os fundadores, portanto, agem como representantes dos demais subscriptores. Parece-me fictício encarar, nesta hipótese, os fundadores como gerentes da sociedade, cuja existencia, pressupõe, ao contrario, a subscrição integral do capital e a entrada da percentagem fixada pela lei.

Ao concluirem contratos no interesse da futura sociedade (por exemplo ao alugarem os locais necessarios), os fundadores, agem a proprio risco.

A diferença entre as duas funções, não obstante a tendencia 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 segunda, só obriga a sociedade desde que esta aceitar os contratos concluidos pelos fundadores.

Por seu turno, o prospecto pode, talvez, ser encarado com um convite ao público para que *pisque de populo* apresente a proposta de participar na sociedade; não constitue, ao contrario, diretamente, uma proposta de contrato *in incertam personam*; a proposta de cada subscriptor é, por seu turno, aceita pelo fundador qual representante dos demais subscriptores.

O periodo de organização representa, justamente, o *iter contractual* peculiar à formação de qualquer contrato entre ausentes e sempre necessario para que se alcance a reunião dos consentimentos das partes.

A vista, entretanto, da complexidade peculiar da constituição de um contrato plurilateral, mister se faz seja, a conclusão do contrato, verificada e declarada pelos proprios contratantes; a assembléa de constituição formada pelos subscriptores tem justamente a tarefa de constatar ter sido o capital, regular e integralmente subscrito, declarando consequentemente constituída a sociedade: a sua função é, por isso, antes de mais nada, *declaratoria* (sobre a teoria do negocio declaratorio cf. a minha *Teoria Geral dos Titulos de Crédito*, p. 168 e seg.).

dividualmente, a todos os subscriptores (37). O contrato conclue-se mediante as subscrições, que não constituem, por isso, contratos preliminares, ou contratos em favor de terceiros, mas representam, diretamente, a oferta de cada subscriptor de aderir ao contrato de sociedade, por intermedio dos fundadores (38). Não ha nenhuma relação contratual entre os fundadores e os subscriptores; o contrato de sociedade assenta, diretamente, nas declarações de vontade dos subscriptores (39).

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

Eis porque, tem, a assembléa constituinte, por um lado, a tarefa de verificar a realização das condições às quais está subordinada a constituição da sociedade (40) e, por outro, a de

(37) Cf. SOPRANO, ob. cit., n.º 316; ASCARELLI, *Appunti*, vol. II, (*Società*) 3.ª ed., p. 232; AULETTA, ob. cit., p. 198; DE GREGORIO, *Società* (Turim, 1938), p. 261; GHIDINI, ob. cit., p. 123; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ob. cit., vol. I, p. 198. Esta tese, encontra, aliás, mais uma prova no principio de ser, o vicio da vontade dos fundadores, irrelevante quanto à validade da sociedade. Cf. HEMARD, p. 892; GHIDINI, ob. cit., p. 129. Este principio pressupõe, justamente, qual premissa, a tese do texto.

(38) Cf. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ob. cit., que, no entanto, adota (quanto às sociedades por ações) a teoria do ato complexo, encarando nas declarações dos subscriptores outras tantas declarações paralelas que visam a constituição da sociedade. O ilustre autor (criticando a teoria contratualista) observa serem os subscriptores obrigados apenas nos confrontos da sociedade. Mas donde nasce esta obrigação? Apenas da declaração unilateral do subscriptor visando a constituição da sociedade? De um contrato entre subscriptor e fundador a favor da sociedade, que o aceita desde que constituída?

Refutando esta segunda explicação (com frequencia adotada pelos que negam a teoria contratualista) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, parece, implicitamente, adotar a primeira.

Na minha opinião a obrigação do subscriptor nos confrontos da sociedade é, afinal, a expressão tecnica da obrigação de cada subscriptor para com todos os demais.

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

(40) Tal verificação constitue, 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 intermedio dos fundadores.

proceder aos primeiros atos de gestão (nomeação dos diretores e dos fiscais) (41).

e) A pluralidade das partes explica porque o dolo "proveniente da parte contrária", para viciar a manifestação contratual de vontade (42) deve provir de "todas as outras partes" (43) ou de quem as represente (44); 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 (44).

f) A 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 (45). 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 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.

(41) Em alguns direitos, admite-se poder, a assembléa, também "completar" as cláusulas do projeto (por exemplo, art. 134, cod. com. ital. de 1882; em sentido oposto, cf. art. 44, § 3, Dec. 2.027, no direito brasileiro).

(42) Refiro-me, é obvio, aos sistemas jurídicos em que, nos contratos, não somente o dolo proveniente da parte contrária vicia a declaração de vontade. Cf. GARVALHO DE MENDONÇA (M. M.), *Doutrina e prática das obrigações*, Curitiba 1908, p. 680.

(43) VIVANTE, *Trattato*, vol. II, p. 423 (V edição). Cf. também AULETTA, p. 112.

(44) 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 da 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 do favor, 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 109); 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.

(45) Cf. AULETTA, ob. cit., p. 39.

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. Constitue o elemento "comum", "unificador" das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes (46).

Ele se prende, justamente, àquela atividade ulterior (47), a que o contrato plurilateral é destinado.

Em cada caso concreto (48) será preciso, portanto, examinar a possibilidade e licitude do escopo do contrato, independentemente da licitude ou ilicitude da adesão de cada parte ao contrato (49).

g) 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 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 (50).

(46) Cf., especialmente, AULETTA, ob. cit., p. 36.

(47) Esse é, no fundo, o sentido da tese tradicional, que exige a *affectio societatis*. Essa tese costuma ser criticada (cf. SALVADORI, *Revista di diritto civile*, 1911), observando que ela imagina quasi 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.

(48) 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, também o mandato, é, juridicamente, coordenado à realização de negócios ulteriores.

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

(50) Cf. WEILLER, *Foro It.*, 1933, I, 1607, que examinou este característico e notou, justamente, ser, essa função, própria também do mandato. Cabe a WEILLER, ob. 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 tem um caráter instrumental, (é deste característico 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.

E' à vista da prevalente importância da pluralidade e das consequências

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

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

Os contratos plurilaterais visam, ao contrario, justamente disciplina a utilização dos bens a que se referem (51). Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do licito juridico, passam, ao contrario, a ser objeto de disciplina juridica 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 (52).

que daí decorrem, que é possível e oportuno encerrar os contratos plurilaterais qual uma subespécie entre os contratos, no passo que as obvias diferenças entre contratos plurilaterais e mandato acarretam uma menor relevância da categoria dos "contratos de organização".

Cumpro, aliás, notar que a função instrumental do mandato se aproxima à dos contratos plurilaterais "externos" e versaremos no n. 5 a distinção entre contratos plurilaterais "externos" e "internos".

(51) E', por isso, que se pôde falar em contratos de organização. Cf. OSTI, *ob. l. cit.*

(52) Justamente destes característicos 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 (p. ex. 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 caracter instrumental do contrato plurilateral.

No direito internacional privado apresentou-se, quanto aos limites da responsabilidade dos socios 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

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 ultimo respeito não visam apenas o momento da conclusão do contrato, mas, também, a vida da organização e devem, por isso, continuamente subsistir; podem, apesar de existirem no momento da conclusão, às vezes faltar, durante a duração do contrato, acarretando a dissolução dele (53).

h) O "prazo" tem, por isso, nesses contratos, um alcance diverso do que lhe é peculiar, em regra, na teoria geral das obrigações.

Com efeito, o prazo é necessario, porque é necessariamente prevista uma atividade ulterior. Esse prazo "necessario" não se refere ao momento em que devem ser cumpridas determinadas obrigações (54), mas ao momento até ao qual deve perdurar a organização no seu conjunto (55).

Os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto,

compromissos (quanto aos compromissos ali assumidos). Cf., a respeito, ROHFELD, *Fundamental legal conceptions*. New Haven, 1923, p. 229 (sustentando a segunda solução ao passo que a jurisprudência inglesa — 1 King's Bench 304 (1905) — *Edon Iron & Locomotive Works versus Furness*, afirmou a primeira).

(53) 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 caracter 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 a formação do contrato; o numero minimo de sete acionistas, ou a possibilidade e a licitude do objeto, quer a constituição, quer a vida da sociedade.

(54) E, com efeito, independentemente do "prazo necessario do contrato", as obrigações dos socios poderão ser instantaneas ou de execução continuada; com prazo final ou com prazo inicial; e assim por diante.

Essa observação confirma o valor do prazo "necessario" proprio do "contrato", e a distinção entre ele e o eventual prazo quanto à obrigação do socio.

(55) E', 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 codigo civil brasileiro (art. 1399) o, no comercial (art. 302, n.º 6), estabelecendo-se, então, a dissolução do contrato, em consequência de renúncia de um dos socios (art. 1404, cod. civ.; art. 335, n. V, cod. com.). Parece-me dever-se admitir esta consequência mesmo nas sociedades por ações. A doutrina brasileira, acompanhando CARVALHO DE MENDONÇA, sóe nega-lo, observando poder, de qualquer forma, o acionista, vender a ação. Esquece-se, porém, ser a possibilidade legal de vender a ação, bem diversa da possibilidade pratica de vende-la a um preço equitativo. A possibilidade, portanto, de vender a ação não alcança aquela tutela do acionista, que, ao contrario, é necessaria à vista do fato de não ter, a sociedade, um prazo determinado.

estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos (56).

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

E' 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) Justamente o caráter instrumental acima indicado explica porque, em virtude de tais contratos (57), se possa constituir (58) um condomínio. Pode-se acrescentar, ademais, que só através desses contratos, é possível constituir um condomínio sobre bens, até então pertencentes, individualmente, a várias (59) partes.

O fundo "comum" assim constituído, faculta justamente a realização da finalidade comum (60).

j) Si 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 porque 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.

(56) Conduna-se, com efeito, com os princípios gerais dos contratos de execução continuada a distinção mencionada no fim da letra g). Cf. OSTI, *ob. cit.*, n. 28.

(57) Note-se que os característicos assinalados, se verificam, igualmente, quando as partes que figuram concretamente no contrato são apenas duas.

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

(59) 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.

(60) Dá as contínuas discussões jurisprudenciais sobre a hipótese do estabelecimento comercial que está em comunhão dos herdeiros, por força da sucessão. 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 conduna-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.

Nos demais contratos, ao contrario, (61) 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) Por outro lado, si examinarmos as obrigações das várias partes, num contrato plurilateral, constataremos poder, cada obrigação, 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 frequência, também quanto à hipótese que denominaremos de "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. (62).

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

E, com efeito, si 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 (63).

(61) Com exceção da troca, (art. 1164 cód. civ. bras.) Cf. ASCARELLI e, agora, OSTI, *obs. l. cit.*

(62) WIELAND, p. 453.

(63) A hipótese é, pois, diversa daquela dos contratos mistos, apesar da frequente tendência em confundir estas duas hipóteses. Cf. ASCARELLI, *Negocio indirecto*, cit. e agora, DI GENNARO, *Contratti misti*, Padova, 1934, p. 28, e OSTI, *ob. l. cit.*, n.º 30. Na doutrina brasileira cf. HONORIO MONTEIRO na *Revista de Fac. Dir.*, São Paulo, vol. XXXIII, pág. 537.

Exemplificadamente: a alienação de um bem pode derivar seja da conferência do bem em sociedade, seja de um contrato de venda ou troca.

Acarretando, a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, poder-se-ão aplicar as normas que visam as alienações, embora eventualmente ditadas, num determinado código, apenas em relação à venda. Entretanto a conferência de um bem em uma sociedade fica sempre nitidamente distinta da venda; com efeito, o alienante passa então a participar do patrimônio comum, não recebendo, ao contrario, nenhum preço. O fato de constituir a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, assenta já nos característicos típicos da sociedade; não na concorrência de elementos do contrato de venda.

Assim, o socio que transfere a propriedade de uma coisa é responsável por evicção e por vícios ocultos, e essa consequencia é correntemente afirmada mesmo nos direitos (por exemplo, o italiano e o francês) (64) que disciplinam essa responsabilidade somente em relação a alguns contratos e não de modo geral (como, ao contrario, o direito brasileiro) (65).

m) Nos contratos bilaterais, as prestações de cada parte se apresentam numa relação jurídica de equivalencia, substituindo-se reciprocamente, no patrimonio de cada uma.

Nos plurilaterais, ao contrario, as prestações de cada parte não se apresentam, consideradas isoladamente, numa relação de equivalencia; 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. (66)

n) Si 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 monetaria, 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 contrario, 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 (67) ou por um preço inferior ao

(64) Discute-se, ao contrario, no direito francês e italiano, sobre a possibilidade de aplicar às entradas sociais o instituto da lesão enorme, porque, dadas as normas da sociedade, a vantagem do socio 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, impedir que o socio (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.

(65) Com efeito, entre as normas ditadas quanto aos varios contratos nominados cumpre distinguir as que disciplinam o proprio contrato e as que disciplinam, objetivamente, a prestação devida, ou seja em virtude daquele contrato ou o seja em virtude do contrato diverso. Cf. ASCARELLI, *Negozio indiretto* e, agora, OSTI, *ob. cit.*, n.º 30.

(66) AULETTA, *ob. l. cit.*, WIELAND p. 464.

(67) Independentemente da importância devida para a participação na associação.

que resultaria do mercado. Si se constituir um fundo comum em dinheiro, este é empregado na aquisição, de terceiros, de bens destinados, pois, diretamente, aos associados.

A primeira situação é típica das sociedades: o patrimonio social deve, então, ser empregado em operações com terceiros; o direito do socio concerne ao lucro resultante destas operações (68).

A segunda situação é típica das mutuas ou cooperativas (68-bis). Os que, por exemplo, se reúnem numa mutua de consumo, ou numa mutua de credito, têm direito de gozar dos serviços da mutua; sua vantagem consiste em poder adquirir o que precisam; nos armazens de mutuas de consumo; em poder obter credito da mutua de credito (69) e assim por diante (70).

Não se exclue que o "serviço" oferecido pela mutua corresponda, em seu objeto, ao que seria proprio de um contrato de permuta. O associado da mutua de seguros adquire, por exemplo,

(68) Coadunam-se com este conceito os limites frequentemente impostos à possibilidade de, o socio, fazer concorrência à sociedade. Cf. p. ex. art. 112 do cod. de com. it. de 1882; art. 317 cod. com. bras. Cf. JOAQUIM RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *ob. 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 reciproca da concorrência constitue, por seu turno, sob um certo aspecto, um liame.

(68-bis) Quanto às "cooperativas" deve-se, no entanto, lembrar que, na caracterização jurídica delas nas varias legislações, concorrem, no entanto, com frequência, simultaneamente dois conceitos: o da mutualidade e o da variabilidade do capital (sem modificação do estatuto). Realmente a variabilidade do capital conduna-se, em geral, praticamente com a mutualidade. No entanto, se trata de conceitos diversos, sendo até imaginavel uma sociedade a capital variavel sem mutualidade. Por isso, conforme as varias legislações e os varios casos concretos, as cooperativas realizam, mais ou menos completamente, o conceito de mutualidade. No direito brasileiro cf. art. 1 do D. n. 22.239 de 19 de dezembro de 1932; art. 2 do D. 5893 de 19 de outubro de 1943; e o D. n. 6274 de 14 de fevereiro de 1944.

(69) Todos os participantes da mutua 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 varias mutuas (por exemplo, mutuas de seguros, de construções, de credito, de consumo, de trabalho, o assim por diante).

A diversidade de objetivos da mutua reflete-se, portanto, numa diversidade de objeto do direito do associado.

Nas sociedades, ao contrario, o direito do socio (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, *ob. l. cit.*

(70) Não é talvez diverso, sob muitos aspectos, o que se verifica quanto aos chamados consorcios de irrigação entre mais proprietários de predios rusticos.

por força de sua associação à mutua, um direito cujo objeto corresponde àquele de um contrato de seguro (71).

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

Não é diversa, a meu vêr, a situação nas numerosas associações (73) que se propõem objetivos de assistência (74), estudos, etc., a favor dos próprios associados; não é diversa — apesar de se referir à atividade recreativa dos indivíduos e das óbvias diferenças que da derivam — a natureza das associações recreativas e esportivas, quando se propõem facilitar aos próprios associados o exercício do esporte, etc. (75).

É levando em conta as mutuas, 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 o 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 obtiria de outra forma no mercado (76) ou, caso pague o preço de mercado, quer obter, em virtude da própria par-

(71) Também nessas hipóteses, é inexato falar de contratos mixtos (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, *ob. cit.*, e, agora, OSTI, *ob. l. cit.*, n.º 26 e n.º 30.

(73) 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 (*Revista bancaria*, 1931, fase. 9), notou, com razão, a importância desses "organismos de integração econômica".

(74) Acompanhando AULETTA, pág. 34, *ob. cit.*, considero decorra de um contrato a constituição de uma associação que se proponha realizar um objetivo a favor dos próprios associados.

(75) Obviamente diversa, ao contrário, é a natureza das chamadas associações que se propõem, ao contrário, com os fundos dos próprios socios, 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, *ob. cit.*, pág. 249.

Afinal, portanto, cumpre distinguir: a) sociedades; b) associações que perseguem um objetivo no interesse dos próprios associados; c) associações com fim altruísticos. (Cf. art. 22 cod. civ. bras.).

O presente estudo cuida apenas das sociedades e das associações mencionadas na letra "b"; descuida, ao contrário, das associações altruísticas.

(76) A observação é frequente e foi amplamente desenvolvida por VIVANTE, com referência às mutuas. Por isso, também na constituição da associação, pode haver um conflito de interesse que permite falar de contrato.

participação na mutua, 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 (76 bis) ao qual ele pode ser efetuado por meio da mutua (76-ter.).

Exato é, porém, (77) de visar, nessa hipótese, a organização, por diretamente à disposição dos associados os próprios serviços; não realizar um lucro mediante operações com terceiros (78).

(76-bis) A diferença entre este reembolso e a distribuição do lucro nas sociedades, foi especialmente estudada quanto às consequências 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, art. 27 do D. n. 5893 de 19 de outubro de 1943, modificando, a este respeito, o art. 28 do D. n. 5844 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 D. n. 5844 o que voltou a vigorar com o D. n. 6274 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 consequência da "mutualidade", que assenta no efetivo preenchimento deste requisito no caso concreto. Cf. VANNONI, *Natura e interpretação delle leggi tributarie*, Padova, 1932, p. 261; BLACK, *The incidence of income tax*, McMillan, 1939, p. 291 e segs.

(76-ter) Sendo, por isso, proporcional, com frequência, à medida em que cada participante recorre aos serviços da associação (cf. no direito brasileiro, art. 2, I, D. n. 22239 de 19 de dezembro de 1932; art. 49, D. n. 5893 de 19 de outubro de 1943 e o D. n. 6274 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.

(77) Na realidade, como se depreende das considerações do texto e, intuitivamente, do exemplo das mutuas de seguro, em contraposição às empresas de seguro e aos contratos de seguro por estas estipulados com seus clientes, o mesmo resultado econômico, genericamente entendido, pode, concretamente, realizar-se, sem muitos casos, quer com um contrato associativo, quer com 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 passagem) é hoje assente na propriedade pública e gozado coletivamente (pois todos contribuem com os impostos à manutenção de um serviço que todos possuem, depois, usufruir gratuitamente).

(78) Eis por que todas as partes têm direito a gozar dos serviços da associação. (Cf. art. 60 e 61 D. n. 5893 de 19 de outubro de 1943).

Coaduna-se com os característicos do texto o princípio de ser, a possibilidade de participação na mutua, limitada às pessoas de determinada profissão ou classe, (cf. art. 6, § 8, D. n. 22239 de 19 de dezembro de 1932; art. 55 D. n. 5893 de 19 de outubro de 1943), aproximando-se, às vezes, sob alguns aspectos, a mutua, a uma

Diversos são, pois, os direitos de quem participa (79) de uma associação (80) e aqueles de quem participa de uma sociedade.

Na sociedade, justamente à vista do fato de visar ela a consecução de um lucro a distribuir entre os socios, 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 socios; esta diversidade respeita não ape-

associação de categoria; a disciplina peculiar da cessão das quotas de uma cooperativa, em contraste com aquela vigente nas sociedades, em que, ao contrario, pode-se chegar (nas sociedades anônimas e quanto às ações de uma comandita por ações) à livre circulabilidade da participação de cada socio; o limite máximo da quota de cada associado; a disciplina do quorum e das maiorias nas assembleias e assim por diante.

(79) 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.

(80) Essa diversidade se depreende, com peculiar nitidez, quando o serviço da associação é posto à disposição do associado, sem nenhum pagamento ulterior, afora o necessario para participar da associação.

Note-se que a diferença notada no texto reflete-se, também, na diversa posição, respectivamente, dos socios 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 socios: o direito preocupa-se, pois, prevalentemente, com a divisão desse lucro entre os socios.

Ao contrario, os bens que constituem o patrimônio da associação podem ser destinados diretamente ao uso dos associados; é justamente a 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 copropriedade 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 criterios distintivos entre a sociedade e a associação (que carece de uma disciplina legal em muitas legislações), explicam porque os codigos regulam o "uso" das coisas comuns quer por ocasião da disciplina da sociedade (por exemplo, art. 1386, II, cod. civil bras.; art. 1723, cod. ital.), quer na do condomínio (art. 623, I, cod. civ. bras.; art. 675, cod. civ. it.), embora sempre de modo bastante sumario.

Não é preciso lembrar que, no que concerne à propriedade comum é possível a concorrência "simultanea" de varios direitos, dada a divisão da coisa comum em quotas "ideais". Na que respeita ao uso de uma coisa comum, os direitos dos varios condôminos não podem, ao contrario, ser exercidos "simultaneamente", a não ser entre limites restritos; podem-no, com frequencia, apenas "alternativamente". Para um exame detalhado desse problema, cf. as notas de BONFANTE em WINDSCHEID (sobre o condomínio).

BONFANTE procurou demonstrar corresponder as varias teorias formuladas em materia de comunhão, algumas (por exemplo, a tradicional da divisão por quotas ideais) às regras ditadas acerca da propriedade das coisas comuns, e, ao contrario, outras (por exemplo, a que formulou VITTORIO SCIALOJA quanto ao direito romano), às ditadas acerca do uso de coisas comuns.

nas às diversas sociedades, mas até aos diversos socios de uma sociedade.

Na associação, ao contrario, identico 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 (81).

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

Ha 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 varias pessoas põem em comum uma soma de dinheiro a ser empregada em atos de comercio, a fim de dividirem o lucro que disso possa derivar; assim quando varias pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno, para aí construir um ginasio onde se pratiquem exercicios físicos.

Ha casos, ao contrario, 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 clausulas do contrato (82); as "partes" não entram, então em relação com os terceiros; não ha representante, não ha gerente comum. Assim, quando varios comerciantes decidem dividir, anualmente, entre si, todos os seus lucros ou decidem vender, cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições prefixadas (83). Nessa hipótese, ha, no contrato, uma pluralidade de partes e ha um fim comum. A consecução deste, porém, não requer ajam, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstancia de observar, cada parte, embora contratando individualmente com os terceiros, as clausulas fixadas no contrato plurilateral (84).

Podemos, pois, distinguir contratos plurilaterais externos e contratos plurilaterais internos, conforme importam ou não, de-

(81) Portanto, a diversidade do fim de cada associação coaduna-se com o diverso objeto do direito de cada participante. A classificação das associações conforme o diverso fim delas (mutuas de consumo, de credito, de seguro, etc.) têm, consequentemente, uma relevancia muito maior do que não teria uma classificação correspondente quanto às sociedades.

(82) Note-se que, nesta hipótese, cada parte age individualmente; não há nenhuma ação coletiva, seja mediante um mandatario, seja mediante um gerente comum.

A possibilidade pratica desta hipótese não é limitada a contratos que tenham em vista apenas um negocio ou alguns negocios determinados (ou seja, à hipótese da sociedade ocasional). Pode, também nessa hipótese, o contrato ter em vista todos os negocios de um certo tipo, das partes, por um prazo determinado ou, até, indeterminado, do tempo.

Dada a incerteza da terminologia a expressão "sociedade interna" é utilizada, com frequencia, também quanto a hipóteses diversas daquela agora mencionada.

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

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

verem, as partes, como grupo, entrar em relações para com os terceiros para a consecução do escopo comum.

Na primeira hipótese o contrato se prende à constituição de uma nova "empresa" distinta daquelas dos socios; na segunda hipótese, ao contrario, não há a constituição de uma nova empresa (85).

Dos dois exemplos citados acima, de contratos internos, não é difícil notar que o primeiro se aproxima da sociedade (86), pois que também naquele caso, o direito das partes consiste em participar dos lucros.

p) 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 (87) das duas hipóteses diferenciadas na letra m; contrato externo para a primeira e contrato interno para a segunda das duas hipóteses diferenciadas na letra o.

q) 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 (88) parece-me própria da sociedade externa, e não dos contratos plurilaterais em geral. O socio, 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 (89).

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

As vezes, o contrato importa numa permanente oferta de adesão a novas partes (que satisfaçam determinadas condições) e numa permanente possibilidade de desistência de quantos dele

(85) Cf. WIELAND, *ob. l. cit.*; a observação é corrente na doutrina alemã. O termo "empresa" é, no entanto, aqui, entendido em um sentido muito generico compreendendo também as hipóteses em que a organização visa, diretamente, os interesses dos próprios associados e não a consecução de um lucro a distribuir.

(86) Com efeito, nesses casos, fala-se, correntemente, de sociedade "interna".

(87) Nas obras de doutrina e na pratica, naturalmente, encontra-se também uma "terminologia" diversa. Assim, a expressão "contrato associativo" é usada ás vezes, como equivalente daquela de "contrato plurilateral" ou da de contrato plurilateral externo. A expressão "sociedade" é, na pratica, usada, com frequência, também com referencia ás associações e até a organizações com fim altruistico: O que interessa não é a terminologia, e sim a identificação das regras peculiares nos varios casos.

(88) Mencionada nas obras citadas de AULETTA, RODRIGUEZ e WIELAND.

(89) WIELAND, p. 464; AULETTA, *Foro It.*, 1936, I, p. 913.

participem, sem que seja necessaria 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 (90); é nesta hipótese que, a rigor, se pode falar em contratos "abertos".

Todavia, mesmo quando a entrada de um novo sujeito ou a desistência de um outro seja possível só modificando o contrato social (91), estaremos diante de uma hipótese inenunciável nos demais contratos, sempre rigorosamente limitados apenas a duas partes (92).

Oportunamente, acrescentou-se — e isto acentua a diferença — que os novos sujeitos entram a fazer parte do contrato originario; de fato, nos limites da responsabilidade que lhes é propria, eles respondem também pelos débitos contraídos anteriormente à sua participação na sociedade (93).

(90) FERRARA, com efeito, assenta nesse elemento o criterio distintivo entre sociedade e associação.

No direito brasileiro o D. n. 5893 de 19 de outubro de 1943, art. 2, estabeleceu ser requisito legal da cooperativa a não limitação do numero dos associados e a variabilidade do capital; o D. n. 22239 de 19 de dezembro de 1932 mencionava explicitamente qual caracteristico da cooperativa a "mutualidade"; o D. n. 5893 exige sejam finalidade da cooperativa, "fins economico-sociais exercidos em area de ação determinada".

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

(92) Portanto, na entrada de um novo socio encara um contrato entre o novo socio 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 socio (se o subscritor é um terceiro) entra na sociedade ou quem já era socio modifica a sua posição na sociedade (se o subscritor é um acionista) verificando-se, afinal, uma nova adesão ao contrato originario; a subscrição do aumento deve, por seu turno, ser constatada por uma assembléa, 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 patrimonio da sociedade, como, realmente, na hipótese da capitalização de reservas. Nesta hipótese não há participação de novos socios ou alteração na participação de cada socio; há apenas uma alteração interna na disciplina jurídica dos varios 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 inicio sustentada na França e hoje mesmo ali repelida) que encarava o aumento de capital como nova constituição parcial. Ao contrario, 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.

(93) Cf. AULETTA, *ob. l. cit.*

Por outro lado, a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo (94).

s) 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. Si 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.

A 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 (95).

O vício de uma das manifestações que concorreram para a formação do contrato, importa na nulidade ou anulabilidade dessa manifestação; não importa, porém, na 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 so-

(94) E' a esse respeito que se pergunta si essa regra vale tambem no caso em que a sociedade fique, assim, reduzida, a "um" socio.

Note-se pader, este ultimo problema, levantar-se apenas quanto às sociedades e não quanto às associações (conforme o criterio distintivo adotado neste estudo); o proprio caracteristico destas ultimas, com efeito, assenta na continua subsistencia de uma pluralidade de membros, ao passo que, pode-se perguntar se a separação de patrimonios decorrente da existencia da sociedade não possa continuar até independentemente da subsistencia de uma pluralidade de socios ou se não seja legislativamente oportuno admitir, tambem quanto ao exercicio do comercio individual, a separação dos patrimonios (cf. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Revista Forense*, vol. XVI, 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 existencia de uma pessoa juridica: prendem-se, justamente, à existencia de um contrato plurilateral.

(95) Cf. ASCARELLI, *Negozio indiretto*, (Studi Vivante, 1930); AULETTA, *ob. l. cit.*; GHIDINI, *ob. cit.*, p. 132 e segs. (Quer Auletta, quer Ghidini examinam analiticamente todos os possiveis vicios de uma sociedade); TRABUCCHI *Dolo* p. 488. Lembre-se, tambem, em via de analogia o que foi observado na letra l acerca da concorrência das regras peculiares ao contrato plurilateral e daquelas decorrentes do objeto, diverso, de cada adesão, quanto à disciplina juridica desta.

bre as quais se funda, em quanto continue a ser possível a consecução (96) do seu objetivo (97).

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

A regra (98) acha-se expressa, correntemente, no direito francês (99); é adotada na doutrina italiana (100); é expressa como pacifica no direito brasileiro, em virtude do art. 153 do código civil (101), e, no direito alemão, em virtude do § 139 daquele código (102).

E' evidente que essa regra assenta justamente na pluralidade dos contraentes (103); tal pluralidade torna possível a perma-

(96) A execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser indispensavel à consecução do objetivo social; por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha a exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir), é indispensavel a transferencia da mina.

Nessa hipótese, a nulidade, a anulação ou, como veremos, a resolução do vinculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influencia, entretanto, é "mediata", constituindo apenas a consequencia da impossibilidade de alcançar o objetivo commum.

(97) Quanto à hipótese da nulidade ou anulação de todas as adesões (ou de todas as adesões com exceção de uma) cf. GHIDINI, *ob. cit.*, p. 130.

(98) Note-se, que essa regra não se limita aos casos em que se constituem um patrimonio separado e uma pessoa juridica (cf. RODRIGUEZ, *ob. cit.*, p. 70). Ao passo que a regra indicada no texto é caracteristica dos contratos plurilaterais, diversa é a disciplina que vigora quanto aos atos complexos e quanto aos negocios plurilaterais (no sentido em que tal ultima expressão é usada por Messineo; cf. TRABUCCHI, *ob. cit.*, p. 485).

(99) HEMARD, *Traité des nullités des sociétés*, p. 113 e segs., 300 e segs.

(100) Cf. ASCARELLI, *Appunti* (3.ª ed.), vol. II, p. 97; e, especialmente, AULETTA, p. 261; GHIDINI, *Estinzione e nullità dello società*, Milão 1937, n. 61; os arts. 259 e 285, do livro das obrigações do código civil italiano de 1941.

(101) 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 um problema geral da teoria dos atos juridicos e não o problema particular da teoria do contrato plurilateral versado no texto. No âmbito dos contratos plurilaterais o problema visado pelo art. 153, é aquele discentido quando se pergunta si a nulidade de uma clausula dos estatutos importa tambem a nulidade de todo o estatuto. Cf. AULETTA, *ob. cit.*, p. 254. Todavia, tal como a nulidade de uma clausula não vicia, de per se, o contrato, na sua totalidade, assim — é o que sustentam todos quantos fazem referencia 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. tambem GHIDINI, *ob. cit.*, p. 131 e segs. A hipótese da anulação de uma adesão por incapacidade da parte evidencia, entretanto, muito nitidamente, a diferenca entre o problema do texto e o da nulidade de uma entre as clausulas de um contrato.

(102) VON TUHL, *Allgemeiner des B. G. B.*, II, I, § 156; FLECHTHEIM, em DUERINGER-HACHENBURG, (ed. de 1932), nota 14, § 105. O § 139 do cod. al. corresponde ao art. 153 do cod. bras.

(103) 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

nencia do contrato, não obstante a anulação ou a nulidade de uma das adesões, desde que continue possível a consecução do objetivo contratual (104).

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 (105) leonina).

Pode-se acrescentar poderem, os vícios que respeitam às singulas 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 subespecies (nulidade e anulabilidade) conforme os critérios do direito comum (106); quando do vício de uma das adesões decorre um vício do contrato, ele constitui, por seu turno, uma causa de dissolução deste.

algumas legislações, sete) adesões válidas. Cf. KOHLER, *Lehrbuch des Burg. Rechts*, I, p. 348; AULETTA, *ob. cit.*

(104) Cumpre notar que — anulada ou declarada nula uma das adesões — há, necessariamente, uma diminuição do capital social.

A regra do texto, portanto, acarreta, qual consequência, a redução do capital social, caso não se encontre um subscritor para substituir aquele cuja adesão é nula ou anulada.

Ao passo, portanto, que, parece-me, a sociedade não se pode constituir a não ser quando integralmente subscrito o capital (ou seja, o subscritor, não pode ficar vinculado, caso, na falta da subscrição do inteiro capital, queiram os demais constituir a sociedade com um capital menor), pode, ao contrário, a sociedade, uma vez constituída, subsistir, caso algumas subscrições sejam nulas ou anuladas, ficando, então, correspondentemente reduzido o capital. Cf. AULETTA, *ob. cit.*, p. 260 (porém, contrário quanto à primeira entre as duas regras acima enunciadas).

(105) Cf. AULETTA, *ob. cit.*, p. 263, e DE GREGORIO, *ob. 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) *cod. civ.* art. 1372; *cod. com.*, art. 288, e, a respeito, WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, Rio 1944, vol. I, p. 289.

(106) Cf. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *ob. l. cit.* Cumpre notar tratar-se de uma orientação especialmente frizada 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 da sociedade demonstra justamente ter-se progressivamente frizada 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, proude-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

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 àqueles das adesões das varias partes, adquire, nessa hipótese, uma importância bem diversa da que possui nos contratos em geral. É, pois, natural a tendência da jurisprudência em derogar, no interesse dos terceiros, as regras gerais dos contratos. Estas regras importariam, com efeito, no efeito retroativo da anulação, com a consequência de que os terceiros não poderiam, pelo menos em numerosas hipóteses (107), contar com a responsabilidade dos sócios (108) ou com aquela do sócio cuja adesão é nula ou anulada.

Entretanto, em todos os países, a jurisprudência visa impedir essa consequência, atendendo a princípios que, não obstante sua diversidade, procuram sempre justificar uma maior tutela dos terceiros credores (109).

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

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, § único, D. n. 2.627) e, entre os primeiros, cumpre, parece-me, distinguir (cf. letra "g" e nota 53) entre aqueles que respeitam à própria formação do contrato e aqueles que respeitam aos 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, *cod. civ. bras.*).

(107) Ou seja quando não podem invocar uma culpa *in contrahendo*.

Note-se levantarem-se, os problemas indiciados no texto quanto à tutela dos 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.

(108) Mas somente com a responsabilidade pessoal daqueles com os quais contrataram.

(109) 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 sanados pelo arquivamento (como, quanto às sociedades anônimas, nas legislações anglo-saxônicas, e, numa certa medida, na alemã) ou quando sujeitos a curtos prazos de prescrição (cf. o D. francês de 30 de outubro de 1935 e, no direito brasileiro, o art. 155 do D. n. 2.627, quanto às sociedades por ações).

Este último princípio, porém, não é por si bastante para tutelar os terceiros em relação à "retroatividade" da anulação anteriormente 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 D. n. 2.627 quanto às sociedades por ações); como casos de "liquidação" judicial. Concorrem, no entanto, para a tutela dos terceiros, outros princípios (por exemplo, e conforme as varias teorias, os que se prendem à existência de fato da organização, ou à chamada

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

Nos contratos plurilaterais, ao contrario, a impossibilidade ou a resolução concernem somente à adesão da parte a cuja obrigação se referem: o contrato permanece, si o seu objetivo continua a ser alcançável.

Esta consequência é, em algumas legislações explicitamente adotada na disciplina positiva do contrato de sociedade, prevendo, em face da inexecução das obrigações de um dos socios, a resolução do vínculo deste socio, mas admitindo, no entanto, a permanência do contrato quanto aos demais (110).

u) Considerações análogas permitem entender-se porque (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; porque uma parte (cuja adesão foi anulada) possa ser substituída por uma outra.

Esta substituição não destrua a identidade do contrato em seu conjunto e não importe em sua novação (111).

v) Discute-se a respeito da aplicabilidade da *exceptio inadimpleti contractus*. Cumpre talvez distinguir dois problemas: o inadimplimento de um entre muitos participantes do contrato plurilateral não autoriza, de per se, os outros socios a não executar a sua prestação, caso continue possível a consecução do objeto so-

tutela da aparência jurídica, ou à tutela dos que contrataram com uma sociedade regularmente arquivada): cf. AULETTA, p. 277 e segs.

Quanto aos vícios da adesão individual, decorre uma tutela dos terceiros já do fato de não acarretar, o vício da adesão singular, um vício do inteiro contrato. Isto, no entanto, não tutela os terceiros quanto às consequências da retroatividade da anulação da adesão no que respeita à responsabilidade do socio cuja adesão era viciada; visa-se, porém, excluir, também a este respeito, a possibilidade de efeito retroativo da anulação para com os terceiros, o é sintomático que essa tendência se manifesta não só a respeito dos vícios do consentimento, mas até a respeito da incapacidade. Cf. AULETTA, ob. cit., p. 311 e segs..

Quanto aos vícios que respeitam aos requisitos para vida da organização e aos das cláusulas estatutárias, decorre a tutela dos terceiros, conforme os varios direitos e as varias orientações, do principio 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 cod. civ. bras.), apenas esses de liquidação e de ser irretroativa, quanto aos terceiros, a declaração de nulidade de uma cláusula, caso o ato de constituição tenha sido arquivado.

(110) Cf. GORLA, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni*, p. 418; OERTMANN, *Kommentar zum B. G. B.*, ao § 705; RODRIGUEZ, ob. l. cit. Cf. os arts. 148 e 186, do cod. com. ital. (de 1882).

Na disciplina positiva das sociedades por ações, todas as legislações concordam em não fazer decorrer, necessariamente, do inadimplimento de um subscritor a resolução do todo o contrato.

(111) AULETTA, ob. cit., p. 45.

cial (112); seria, porém, obviamente ilícito pedir o adimplimento de um entre os socios sem pedir simultaneamente (também judicialmente) o dos demais.

x) As considerações que vimos desenvolvendo explicam por que certa corrente doutrinaria afirma a inexistência, no contrato plurilateral, de uma relação sinalagmática entre os compromissos das varias partes (113).

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 (114) ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autorize a não execução da obrigação da parte contrária (115).

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 exclue, só por si, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum.

z) 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 organização (116), para com os terceiros ou para com os associados que recorrem aos seus serviços.

E' 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 (117). Diretos e

(112) KIPP, em notas à WINDSCHEID, § 406; WIELAND, p. 466; AULETTA, p. 55, onde um exame bastante amplo deste problema e a crítica das opiniões contrárias. Também essa regra pressupõe a participação, no caso concreto, de mais de duas partes.

(113) WIELAND, p. 464; GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, p. 830; AULETTA, p. 46.

(114) Costuma-se falar, a respeito, de sinalagma genético. Cf. CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), ob. cit., p. 765.

(115) A proposito, costuma-se falar de sinalagma funcional. Nota-se, 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.

(116) Recorde as duas hipóteses mencionadas na letra o.

Ao contrario, 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 ulteriores com os terceiros. Cf. OSTI, ob. l. cit. Acentua que o principio do texto é independente da circunstância da constituição de uma pessoa jurídica ou de um patrimonio separado. Este principio, com efeito, encontra-se, também, quando não se constitui um patrimonio separado e quando (como, no direito italiano, quanto às sociedades civis) não se constitui uma pessoa jurídica.

(117) Cf. a anterior letra g) *in fine*.

obrigações dos que participam do contrato podem ser considerados sob ambos esses aspectos (118).

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) (119).

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 acôrdo com as duas subespecies anteriormente distinguidas.

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

No exame dos poderes de administração, poderemos distinguir: os que se referem à possibilidade de modificar o contrato (120); 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 varios 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 varios órgãos quanto às varias funções, e assim por diante. Quanto maiores as obrigações do socio, tanto maiores são os direitos dele. Por isso, ao socio de responsabilidade ilimitada pertencem, quanto à administração e fiscalização da sociedade, direitos mais amplos daqueles que pertencem ao acionista.

(118) O característico do socio 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 socios), ao passo que o socio de responsabilidade "ilimitada" responde, embora subsidiariamente, pelas dividas da sociedade, sendo por isso, ilimitado o alcance da responsabilidade dele.

(119) Esse fenomeno (cf. WEILLER, ob. cit.) verifica-se, também, no mandato, por ter este contrato um caráter "instrumental", em relação à conclusão de negocios ultteriores. Justamente esta circunstância constitui o ponto de partida dos problemas especiais do mandato.

(120) Obviamente excepcional, sem o consentimento unanime de todas as partes. De um modo geral, a modificação dos elementos "contratuais" escapa ao imperio 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 juridica ou um patrimonio separado, respondendo, os socios ou associados, limitadamente (e, portanto, não respondendo com o proprio patrimonio individual pelas dividas da entidade), se admite a possibilidade de ser, o contrato social, em principio, modificavel, pela maioria, até independentemente do pacto especial a respeito. E' o que se dá nas sociedades anônimas por ações.

Na gestão da organização achamos, muitas vezes, a possibilidade (121) — naturalmente em limites diversos nos varios casos — de uma deliberação por maioria (122). Esta possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa 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 nitida é, nos varios tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses "comuns" e aqueles "particulares" de cada participante (124).

Os contratos plurilaterais se prendem, assim, à constituição de uma organização, em que há a possibilidade de deliberar por maioria, o que, ao contrario, é inadmissivel 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 (125), mas esses direitos são de caráter profundamente diverso, entre si, e submetidos a disciplinas diversas.

E', portanto, possivel, e, muitas vezes, oportuno, examinar distintamente a "posição" de quem participa de um contrato plurilateral (126) e os seus varios direitos (127): a primeira constitui, realmente, o presuposto comum de uma serie de direitos (bem como de obrigações e poderes), cada qual submetido a uma disciplina propria; a aquisição, a transferencia, a perda da "posição", podem, portanto, oportunamente, ser examinadas distintamente da aquisição, da transferencia e da perda de cada um dos direitos dela decorrentes (128).

(121) Mesmo quando não subsista uma pessoa juridica. Quanto ao conceito de deliberação, cf., DONATI, ob. cit., p. 152.

(122) Cf. art. 1394, cod. civ. braa.

(124) Pense-se, por exemplo, nas varias especies de sociedades comerciais. A constituição de um patrimonio separado, a de uma pessoa juridica, a complexidade da organização, concorrem para accentuar a distinção mencionada no texto, e que, com efeito, é mais nitida nas sociedades por ações do que nas outras sociedades. Por seu turno, o socio de responsabilidade "ilimitada", precisamente por ser "ilimitadamente" responsavel, deve gozar de um poder fundamental de administração e não pode estar sujeito ao imperio da maioria sinão dentro de limites muito mais restritos dos que dizem respeito ao socio de responsabilidade limitada.

(125) O que também se pode verificar nos demais contratos. Cf. VON TUHR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, p. 8.

(126) Cf. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Società*, 3.ª edição (1936), p. 113, e, agora, SALANDRA, *verbeto Società em Nuovo Digesto Italiano* (1938).

(127) Poderes, obrigações.

(128) Com efeito, podem eles adquirir-se, transferir-se ou perder-se num momento diferente e consoante regras diferentes das que concernem à posição de socio.

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 varios direitos e deveres (129).

4) Os caraterísticos que vimos enumerando puseram implicitamente, em evidência, constituir, o contrato plurilateral, considerado em sua função económica, um contrato "de organização" podendo desse ponto de vista, contrapor-se aos contratos de permuta.

Também examinamos dois possíveis tipos de organização, correspondentes, respetivamente, à "sociedade" e à "associação" (130).

guns deles, excepcionalmente, podem ser transferidos mesmo independente da da transferência da posição do socio.

Por sua vez, a responsabilidade do socio pelas dividas sociais continua (no que respeita às dividas já contraídas) mesmo depois de sua saída da sociedade, isto é, depois da perda da sua qualidade de socio.

Note-se ser a distinção do texto independente da existencia ou inexistencia de uma pessoa jurídica.

(129) E', pois, particularmente fecundo nas sociedades por ações.

(130) Pode-se, naturalmente, adotar um criterio diferente quanto à classificação. No direito francês e italiano, o criterio adotado no texto (cf., ASCARELLI e AULETTA, ob. cit.) encontra apoio legislativo, pois nesses codigos (cf. art. 1823 do cod. francês e art. 1697 do cod. 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. E', portanto, evidente que o "fundo comum" deve ser empregado em operações com terceiros, para se obter um lucro a dividir entre os socios. Cf. PLANIOL-RIPERT-LEPARGNEUR, *Traité de droit civil*, vol. XI, parte II, p. 349.

Mais amplo, ao contrario, é o conceito das ordenações filipinas (4; 44) e, ainda mais, o do codigo civil alemão e do brasileiro, nos quais se fala somente de fins comuns (cf. art. 1363 do cod. civ. bras.), de maneira que o conceito de contrato plurilateral acaba coincidindo com aquele de sociedade. Cf. quanto ao direito brasileiro WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 249.

Essa é a razão pela qual, na doutrina alemã, como veremos, os consorcios 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 brasileiro n. 2.627 de 26 de setembro de 1940, sobre as sociedades anônimas, cujo art. 2.º menciona a intenção de lucro), quer porque, na disciplina concreta da sociedade, também esses codigos disciplinam, substancialmente, apenas a hipótese da "sociedade" no sentido mais restrito acima enunciado, descurando, em substancia, as normas proprias dos contratos plurilaterais que não constituam "sociedade" naquele sentido.

Lembro-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 "egoistico". 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 os terceiros.

Diverso é o caso das chamadas associações (cf. nota 75) que se propõem fins "altruisticos", embora até nestes casos as partes constituam, às vezes, uma sociedade civil ou até comercial, respeitadas os requisitos desta, mas adaptando-a, entretanto, ao fim do ultimo visado, conforme o que será notado no n.º 5 letra f.

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

5.º) Já notámos que a organização constituída com o contrato plurilateral pode ser meramente interna ou, ao contrario, também externa.

a) Quando a organização, entra em relações com terceiros, é obviamente possível dar um passo ulterior, isto é, ver nela uma pessoa jurídica; conceber o patrimonio da pessoa jurídica como separado ou, até, como completamente separado, dos patrimonios dos seus membros; os seus bens como bens da pessoa jurídica, e não como bens em condominio dos participantes; as suas dividas como dividas da pessoa jurídica, e não como dividas dos que dela participam, si bem que estes, às vezes, possam ser subsidiariamente responsaveis (131); e assim por diante.

O contrato plurilateral, com a organização assim criada, constitui, por assim dizer, o substrato (132) da pessoa jurídica: através desta, as varias relações jurídicas são, pois, concebidas e disciplinadas unitariamente. As relações de cada parte com "todas as outras" sucedem, portanto, as de cada parte com a pessoa jurídica; as relações de "todas as partes" para com os terceiros, as da pessoa jurídica para com os terceiros (133).

Sem duvida, 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) A possibilidade da constituição de um patrimonio separado e de uma pessoa jurídica é, no entanto, obviamente limitada às hipóteses em que, com o contrato, se constitui uma organização externa (134); fora destas, com efeito, a constituição de um patrimonio separado ou de uma pessoa jurídica não tem sentido (135).

(131) E' o que acontece quanto aos socios de responsabilidade ilimitada.

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

(133) Cf. GHIDINI, ob. cit., p. 215 e segs.

(134) Quanto à hipótese de sociedade interna versada no texto, hipótese diversa daquela, com frequencia, examinada recorrendo a esta denominação, cf. nota 147.

(135) Não importa agora examinar si, além disso, é, também, necessaria a constituição de um fundo comum.

Si, de fato, não ha nenhuma organização externa, si cada parte continua entrando, pessoalmente, e apenas quanto ao proprio interesse individual, em relação com os terceiros, é impossível falar de um patrimonio, de debitos, ou creditos, do grupo, como diversos do patrimonio, dos debitos, dos creditos, dos que participam dele, pois tal distinção concerne, justamente, às relações para com terceiros (136).

Por sua vez, para que se possa ter uma sociedade "comercial", é necessaria a existencia de uma sociedade "externa". A comercialidade da sociedade decorre, com efeito, da natureza da atividade da sociedade para com os terceiros (137).

Tal conclusão é confirmada pela circunstancia de que as sociedades comerciais são, nos varios direitos, nominativamente disciplinadas: não existem outros tipos de sociedade comercial fora dos nominativamente disciplinados (138); estes por seu turno, se prendem, todos, à existencia de uma sociedade externa.

Eis porque a sociedade interna deverá ser disciplinada pelas normas gerais das sociedades — ditadas em relação à sociedade civil — e é somente por via analogica que, em determinados casos, se poderá recorrer a algumas normas ditadas na disciplina das sociedades de comercio (139).

c) Desta observação não decorre serem, todas as organizações externas, dotadas de personalidade juridica; nos varios direitos positivos, a personalidade é reconhecida, em casos mais ou menos numerosos e em virtude da observancia de condições peculiares (140).

No direito atual, em principio, a observancia de determinadas formas de publicidade, destinadas justamente a tornar conhecida a terceiros essa constituição, constitue *conditio iuris* ou para a constituição do patrimonio separado da pessoa juri-

(136) Portanto, é possível disciplinar como pessoa juridica tambem a sociedade civil, mas somente quando se tratar de uma sociedade externa.

(137) As sociedades por ações, no entanto, podem ser constituídas para fins civis, embora ficando sempre sujeitas à lei comercial e tambem, (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 necessario, no entanto, que a sociedade por ações constitua uma sociedade externa.

(138) Problema diverso é o do âmbito dentro do qual, nos estatutos de uma sociedade comercial, podem ser introduzidas clausulas atípicas. Cf. LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1939.

(139) Cf. AULETTA, *ob cit.*, p. 65.

(140) Este principio prevalece quer quanto às sociedades, quer quanto às associações. A personalidade da sociedade e a constituição de um patrimonio separado é atualmente, quasi por toda parte, a consequencia da observancia das particulares normas legais ditadas, em geral, quanto à disciplina da sociedade, e independentemente de um controle de merito, em cada caso concreto; entretanto, esse controle é, muitas vezes, previsto quanto a algumas associações.

dica (141) ou para que não sejam aplicadas as sanções que visam justamente esta falta de publicidade (142).

Em geral é o primeiro principio aquele adotado quanto às associações (143); diversa é, ao contrario, com frequencia a disciplina quanto às sociedades, especialmente quando não se trate de sociedade anonima.

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

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) (144) constitue o objeto da doutrina das sociedades irregulares (145).

(141) Cf., por exemplo, art. 18, cod. civil brasileiro (negando a personalidade juridica às sociedades não registradas); art. 20, § 2.º, cod. civ. bras. (estabelecendo que as sociedades que, por falta de autorização ou de registro se não reputarem pessoas juridicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros, embora estes possam responsabiliza-las pelos seus atos); art. 55, § unico, D. n. 2627 de 26 de setembro de 1940 e art. 265, livro do trabalho cod. civ. it. de 1941 (estabelecendo que a sociedade anonima não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros diretores antes de cumpridas as formalidades de publicação).

(142) Cf., por exemplo, arts. 98 e 99 cod. com. ital. de 1882 (que respeitam, tambem, à sociedade anonima) e que eram interpretados pela doutrina italiana dominante no sentido da existencia de uma pessoa juridica e de um patrimonio separado, apesar das sanções ditadas quanto à irregularidade.

(143) A expressão "sociedade" e "associação" é aqui utilizada no sentido proprio desta estudo: cf. a nota 130. A diversidade de orientação, notada no texto, quanto à influencia do cumprimento da publicidade, coaduna-se justamente com o criterio adotado neste estudo quanto à distinção entre sociedade e associação: isto corrobora, parece-me, o criterio adotado.

(144) Esta disciplina é, por seu turno, diversa nos varios direitos e, muitas vezes, quanto às varias especies de sociedade. Respeita não só às relações externas, mas tambem às relações internas entre os socios. Nas relações externas, por vezes, importa na não constituição do patrimonio separado, de maneira que os credores particulares do socio concorram com os credores sociais sobre os bens entregues pelo socio à sociedade, ou falta a possibilidade da sociedade de acionar a socios e a terceiros (cf. art. 20, § 2.º, cod. civ. bras.), ou até qualquer responsabilidade da sociedade (do patrimonio social) pelos atos realizados em seu nome (cf. art. 55, D. n. 2627 quanto às sociedades por ações); por vezes, em consequencias de outra ordem (por exemplo, embora conservando a distinção entre o patrimonio social e aqueles dos socios, estabelece-se a responsabilidade pessoal de quantos tenham contratado em nome da sociedade, responsabilidade que, conforme os varios direitos, ora se acrescenta àquela dos socios, ora a substitui, podendo, então, os credores, optar por uma ou por outra; Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*, vol. III, p. 130; WALDEMAR FERREIRA, *ob 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 perfectas*.

(145) Torna-se obvia, por conseguinte, a distinção entre sociedades cujo "contrato" é violado e sociedades "irregulares"; entre os vicios que respeitam ao proprio contrato de sociedade e os que respeitam à sua publicidade.

Os primeiros acarretam um vicio no proprio contrato.

d) O que acaba de ser observado demonstra, no entanto, não se poder atender a esta teoria quando a "sociedade" ou, mais

Os segundos acarretam, consoante os varios direitos, a inefficacia (quanto aos terceiros ou tambem *inter partes*), do contrato ou a applicação de sanções: são sancionados, com o cumprimento da publicidade, não podendo, nunca, se-lo com o decurso do tempo.

No anterior n. 3 sob a letra "e" examinamos os vícios do contrato e da adesão de cada participante, as varias categorias destes vícios, as suas consequências. Reaproveitavam, todas aquelas considerações, a teoria das sociedades cujo contrato fosse viciado, independentemente do fato de ter sido o contrato arquivado ou de não tê-lo sido.

Neste numero examinamos, ao contrario, os vícios de arquivamento e publicidade e as suas consequências, independentemente do fato de ser, o contrato, viciado ou de não se-lo.

E' obvio, com efeito, poder uma sociedade, embora viciada, ser arquivada (cf. quanto às sociedades por ações, no direito brasileiro, art. 155 do D. n. 2.627) ou poder, apesar de não ser o contrato viciado, não ser arquivada (cf. no direito brasileiro, quanto às sociedades por ações, art. 55, § único, D. n. 2.627).

Tambem quanto às modificações do estatuto cumpre igualmente distinguir entre o que respeita à validade da modificação e o que respeita ao seu arquivamento e a publicidade: cf. quanto às sociedades por ações, art. 50 e art. 156, D. n. 2.627.

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, ob. l. cit.); outras vezes, as constituídas sem ato escrito, enquanto tenham, de fato, funcionamento (cf. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 255). (Quanto ao valor da escritura na constituição, é, ele, diverso nos varios direitos; com frequencia duvida-se se a escritura seja requerida para a "validade" da sociedade (cf. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit. p. 255; art. 303 e 304, cod. com. bras.) ou para a sua "regularidade" ou para a prova do contrato entre as partes). Visa-se sempre 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 dominio 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 jurisprudencia e pela doutrina, sobretudo no direito francês, que, na lei de 1867, classificava como caso de "nulidade" a propria inobservancia da publicidade.

Pode-se, talvez, afirmar, que na evolução historica foi sempre mais acentuada — à vista da necessidade de tutelar os terceiros — a importancia do fato de ter, a sociedade, realmente operado, apesar dos seus vícios.

Reconheceu-se, assim, com frequencia, a personalidade das sociedades irregulares; sucessivamente tambem a existencia de fato das sociedades nulas, visando uma disciplina das nulidades do contrato social diversa daquela do direito comum dos contratos.

Esta ultima orientação foi particularmente frizada nas sociedades anônimas, o direito inglês admite até a efficacia sancionatoria do registro da sociedade quanto aos vícios da sua constituição; os demais direitos não admitem esta ultima consequencia, embora, às vezes, negando poder, a anulação, ter efficacia retroactiva e, (cf. art. 155, D. n. 2.627 de 26-9-19940 no direito brasileiro), sujeitando os vícios de constituição de uma sociedade arquivada, a curtos prazos de prescrição.

De outro lado, porém, quanto às sociedades por ações, foi reconhecido um particular valor ao registro, negando-se em alguns direitos (cf. art. 55, § único, D. n. 2.627, no direito brasileiro) a responsabilidade da sociedade pelos atos dos directores, antes de cumpridas todas as formalidades da constituição.

geralmente, o contrato plurilateral, tenha um carater meramente interno. Este, como já foi lembrado, é o caso quando varios 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 acôrdo com uma determinada percentagem (146) para cada um (147).

Não é preciso, ao contrario, que o "socio" se tenha manifestado, como tal, aos terceiros; o socio, embora occulto,

(146) E' a hipotese do *pool*, segundo a terminologia anglo-saxonica (*interestengemeinschaft*, segundo a alemã: *cointeressenza*, segundo a italiana).

(147) Cf. o meu comentario em *Foro It.*, 1938, fase. II. A SALANDRA (com seu livro sobre as *Società irregolari*) cabe o merito de ter posto em evidencia o principio de que a personalidade juridica da sociedade exige a sua manifestação a terceiros. Cf. tambem DE GREGORIO, *Società*, Turim, 1938, p. 27.

E' preciso lembrar que se fala de "sociedade interna" tambem em hipoteses 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 aos terceiros, em nome proprio (como commissario). E' nesta hipotese que se discute si os socios são diretos e ilimitadamente responsaveis para com os terceiros (MOSSA) ou, ao contrario, diretamente responsaveis (limitada ou ilimitadamente) para com o gerente comum (LACOUR & BOUTERON, HOUPIN & BOSVIEUX, PIC, na França; HOENIGER e GEILEE, na Alemanha; SALANDRA e AULETTA, na Italia), por sua vez responsavel, ilimitadamente, para com os terceiros. Cf., sobre o problema, AULETTA, p. 67, ob. cit., e DE GREGORIO, ob. cit., p. 27.

Fala-se, igualmente, de sociedade interna, quando as obrigações sociais são assumidas pelo representante comum dos socios, mas sem o uso da razão social (WIELAND, I, p. 509).

Na hipotese examinada no texto, o problema da responsabilidade do socio para com os terceiros, no que respeita às dividas sociais, não pode apresentar-se, pois falta qualquer atividade desenvolvida, quer pelos socios, quer em nome, quer até apenas por conta dos socios, perante os terceiros; perante os terceiros, cada socio-ago, nesta hipotese, individualmente, em seu proprio nome e por sua propria conta.

A distinção entre as diversas hipoteses parece-me descuidada por MOSSA (*Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, 29). Com efeito, MOSSA julga, tor, a tese do texto, sido formulada quanto à sociedade que entra em relações para com os terceiros mediante um gerente comum. Esta hipotese, ao contrario, não é aquela considerada no texto (quanto à distinção das duas hipoteses, cf., tambem, AULETTA, ob. cit. p. 63). Quanto à hipotese do texto, ao contrario, MOSSA (ob. cit. p. 33, notas) não expõe a sua opinião, apenas observando poder-se, esta hipotese, verificar tão sómente na sociedade ocasional, o que não acho, entretanto, acertado.

A distinção, ora citada, das varias hipoteses deve ser levada em conta quanto ao problema da applicabilidade das normas das sociedades irregulares.

Esta applicação, parece-me de qualquer forma impossivel quanto à hipotese do texto, pois que nesta falta qualquer atividade comum para com os terceiros. E', ao contrario, discutida quanto à diversa hipotese de uma sociedade que entra em relações com os terceiros por meio de um gerente comum, que entretanto aja em nome proprio. Neste caso alguns autores (AULETTA, DE GREGORIO) negam a applicabilidade das normas das sociedades irregulares, ao passo que outros a admitem, ora apenas nas relações externas (SALANDRA), ora tambem nas internas (MOSSA).

é responsável pelas dívidas sociais (148), desde que a sociedade, da qual ele faz parte, se tenha manifestado aos terceiros (149).

e) 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 (150).

(148) Cod. com. bras. art. 305; MOSSA, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, cit. SOPRANO, *Trattato*, I, n.º 141. Ao contrário; SALANDRA, opina, de um lado, ser, a sociedade, embora apenas interna, disciplinada pelas normas sobre as sociedades irregulares, e, de outro, não responder, o socio occulto, para com os 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 socio occulto) 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 ha apenas relações internas entre os socios, sendo que cada um destes entra em relações com terceiros apenas no proprio interesse individual;

b) a sociedade oculta, ou seja, aquela que age por meio de um gerente (não de um representante) comum;

c) o "socio" occulto de uma sociedade. Esta hipótese não se confunde com a precedente, pois ela visa a situação de "socio" occulto numa sociedade manifesta aos terceiros por meio de um representante comum. A responsabilidade perante os terceiros do socio, nesta hipótese, pode, parece-me, ser afirmada, mesmo pelos que negam a responsabilidade, perante os terceiros, dos socios da "sociedade" oculta.

(149) Finalmente, diverso é o caso de quem (ou dos que) se arvora (ou se arvorem) em administrador ou socio de uma sociedade inexistente ou da qual não participe (ou não participem). É evidente que, nessa hipótese, as obrigações surgem somente a cargo desses falsos socios, não sendo possível invocar a responsabilidade de uma sociedade que não existe ou da qual não fazia parte aquele que se arvorou em socio ou administrador dela; os falsos socios, porém, são responsáveis, para com os terceiros, pelas obrigações que assumirem; e para com a sociedade, por perdas e danos. Cf. CAVALHO 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 socios são responsáveis perante os terceiros como si tivessem tratado em nome proprio, podendo, por isso, ser declarados em falência; subsidiariamente, são também responsáveis pelas dívidas da sociedade (existente) da qual falsamente se arvoraram em socios, si ela existir qual sociedade com socios de responsabilidade ilimitada. Cf. AULETTA, ob. cit., p. 79 e o meu comentario cit. no *Foro It.* 1938.

Por seu turno, quem emprestar o seu nome como socio, será responsável por todas as obrigações da sociedade; terá entretanto, ação regressiva contra os socios e não responderá perante a sociedade, por perdas e danos (isto decorre do fato de estarem, nesta hipótese, os socios, de acordo com o uso do nome do *falsus socius*). Cf. cod. com. bras., art. 306; WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., p. 270.

(150) As vezes também a sociedade para um determinado negocio (a *Gelegenheitsgesellschaft* do direito germanico) é aproximada à sociedade em conta de par-

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

A chamada sociedade ou associação em conta de participação constitui um contrato bilateral (150-bis); de permuta o escambo no amplo significado deste termo, adotado nestas paginas (150 ter.); *dominus* do negocio 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 invocado com maior frequência (150-quater) —, nem interna (151); até quando o associante admite mais pessoas a participar dos seus negocios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos.

Na sociedade, ao contrario (152), achamo-nos em presença de uma nova organização: nenhum dos socios pode dizer-se, ju-

ticipação (cf. no direito belga art. 5 e art. 14 do texto coordenado de 1.º 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).

(150-bis) Não constituindo, por isso, uma sociedade ou uma associação no proprio sentido do termo.

(150-ter) Por isso são frequentissimos os contratos, em que concorrem, simultaneamente, os elementos do mutuo ou do contrato de trabalho e os da sociedade em conta de participação: por exemplo, contrato de mutuo ou de emprego com participação nos lucros.

Esta possibilidade, ao contrario, não se dá quanto ao contrato de sociedade no proprio sentido do termo: o objeto da entrada do socio na sociedade, pode corresponder ao que, em tese, poderia ser proprio de um contrato de trabalho, mas esta possibilidade não decorre da concorrência, simultânea, dos característicos do contratos de sociedade e dos de outros contratos, mas da propria natureza da sociedade, como contrato plurilateral. Cf. nota 63.

(150-quater) Não estando, por isso, a sociedade em conta de participação, "sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades" (art. 325, cod. com. bras.), ou seja, às normas de publicidade que respeitam, em principio, às sociedades.

(151) Cf. a respeito, especialmente MOSSA, *Rivista di diritto commerciale*, 1932, II, 603, agudamente frizando a diferença entre sociedade (embora interna) e sociedade em conta de participação.

No código comercial brasileiro a sociedade em conta de participação está disciplinada (art. 325 e segs.) no título "das companhias e sociedades comerciais". No entanto, doutrina e jurisprudência foram evidenciando os seus característicos peculiares.

(152) Como sempre acontece, a diferença teorica não exclue a dificuldade da distinção num caso pratico.

Não é, porém, necessario observar que, através do jogo das clausulas contratuais e das diversas situações concretas, contratos diversos podem sempre acabar

ridicamente, *dominus* do negocio; si a organização entra em relações com terceiros, é a todos os socios, coletivamente, que se referem tais relações; si isso não acontece, as relações com terceiros são, individualmente, assumidas por cada socio por sua conta.

f) O leitor terá notado que, ao tratarmos dos contratos plurilaterais externos, fizemos referencia, frequentemente, à hipótese da sociedade, e não àquela, mais geral, dos contratos plurilaterais.

Na realidade, entre os varios contratos plurilaterais, a sociedade é aquele que goza de uma disciplina jurídica melhor elaborada (153). Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em vista as relações externas (ou seja, aquelas para com os terceiros).

Não só. Entre os varios 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 patrimonio separado e de uma pessoa jurídica, e, de outro, (154), é mais cuidada a tutela dos terceiros, em face dos perigos que, para eles, pode representar essa constituição.

Isso permite entender porque, muitas vezes, ao quererem constituir uma organização destinada a entrar em relações para com os terceiros, as partes constituem uma sociedade, embora para alcançar, indiretamente, aqueles fins que, no entanto, seriam proprios de uma associação (155). Nestas hipóteses, as partes constituem uma sociedade, respeitam-lhe os elementos essenciais, mas, através de oportunas clausulas estatutarias, adaptam-na aos fins particulares que, ulteriormente, têm em vista (156).

exercendo a mesma função ou ficar sujeitos, no caso concreto, a uma disciplina, em grande parte idêntica.

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

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

(155) Por exemplo, de uma mutua.

(156) Isto acontece ao ser, de fato, a atividade social prevalentemente limitada a operações com os proprios socios.

Analogamente a sociedade anonima pode, de fato, num caso concreto, acabar para visar, indiretamente, a tutela dos 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 tipico e legal das sociedades anonimas. Encontram-se

E' obvio que, nestas hipóteses, as partes, embora, indiretamente, para fins ulteriores, constituem uma sociedade e ficam sujeitas às normas respectivas (157).

g) Quando, ao contrario, a organização, — embora tendo um carater externo, — não possui os caracteristicos da sociedade, não será possivel atender às normas da sociedade.

Por um lado, portanto, a pessoa jurídica e o patrimonio separado não poderão surgir, em conformidade com as normas dadas quanto aos contratos de sociedade; por outro lado, não se poderão aplicar as sanções dadas quanto à falta de observancia dos requisitos que, nas sociedades, devem ser observados para a sua constituição regular.

Dever-se-á, ao contrario, atender às normas que disciplinam a constituição de um patrimonio separado e de uma pessoa jurídica, como consequencia de um contrato plurilateral diverso do de sociedade (158). Quando faltarem normas especiais, dever-se-á atender aos principios gerais.

À vista destes, a falta de personalidade jurídica importa na responsabilidade pessoal de quantos participem do grupo, pelos atos praticados através do mandatario comum (159).

6.º) Acentuamos poder ser diverso o objeto dos compromissos assumidos num contrato plurilateral; deverem, de outro lado, as obrigações das varias partes, ser coordenadas a um fim comum.

a) Não é, pois, de admirar poder, o objeto dos compromissos das varias partes, consistir na disciplina da conduta ulterior delas nos futuros negocios jurídicos que cada qual realizar, quer no

então, no estatuto, clausulas particulares que visam justamente permitir alcançar os fins visados.

As vezes, essas clausulas são incompativeis com a existencia de uma sociedade; às vezes são compativeis com a existencia de uma sociedade, mas incompativeis com a de uma sociedade por ações; outras vezes, são compativeis até com uma sociedade por ações, cuja constituição é frequentemente desejada, em vista da rigorosa distinção entre patrimonio social e patrimonios individuais e da possibilidade de mudar os socios sem alterar o contrato social.

(157) Por exemplo, em relação às normas de publicidade e às sanções por sua inobservancia. Ficam, no entanto, tambem sujeitas às normas que visam o fim ultimo por elas visando, independentemente do negocio juridico adotado.

(158) Por exemplo, às que disciplinam as "associações", quando ocorrem os requisitos necessarios para a applicação de tais normas.

(159) As normas do direito comum oferecem, pois, uma sufficiente tutela dos terceiros. Não é, portanto, necessario recorrer à applicação das normas que concernem às relações externas de uma sociedade irregular.

Esta applicação assentaria no principio de que a manifestação externa importa sempre na existencia de uma sociedade irregular. As normas do direito comum permitem, no entanto, tutelar os terceiros, sem afirmar que, a manifestação externa, importa, por si só, na existencia de uma sociedade, e sem portanto, admitir a applicabilidade das normas das sociedades irregulares até em hipóteses em que, na realidade, não há sociedade.

sentido de se obrigarem a uma determinada atitude positiva, quer, ao contrario, no de se obrigarem a uma atitude negativa.

Estas hipoteses correspondem à do contrato (160) normativo (161), que se caracteriza, justamente, pela circunstancia de estabelecer as clausulas com as quais deverão (ou não deverão) ser concluidos determinados contratos futuros (162), desde que, e quando, cada parte decida concluí-los (162-bis).

As partes que concluem o contrato normativo podem disciplinar futuros contratos que pretendam concluir entre si (163); podem, ao contrario, disciplinar futuros contratos que cada uma delas conclua com terceiros (164) ou futuros negocios (mesmo unilaterais) que cada uma delas realizar.

Nessas ultimas hipoteses, o contrato normativo prende-se, em substancia, a uma especie de "frente unica", 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 proprios contratos com terceiros.

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 (165).

Essa disciplina pode ser ditada a favor de uma das partes, mediante determinadas vantagens a favor da outra (166); pode cada

(160) Sobre o fato de se tratar, na hipotese em apreço, de um "contrato", cf. OSTI, *ob. cit.*

(161) Cf. HUECK, *Thoring's Jahrbuecher*, vol. 73, p. 40; SALANDEA, *Rivista di diritto commerciale*, 1928, I, p. 408 e ASQUINI, *Studi Vivanti*, vol. II, p. 34, com particular referencia tambem às hipoteses do texto. Muitas vezes, nestas hipoteses, fala-se em "acordos". Cf. OSTI, *ob. l. cit.*

(162) Ou, de um modo mais geral, determinados negocios futuros, compreendendo-se assim, não só a hipotese de subsequentes contratos, mas tambem a, geral, de subsequentes negocios juridicos (inclusive os unilaterais).

(162 bis) Note-se a diferenca com o contrato preliminar: deste decorre a obrigação de concluir, sucessivamente, um determinado contrato; do contrato normativo decorre, ao contrario, apenas a predeterminação de algumas clausulas dos contratos que as partes concluirão; as partes ficam livres de concluir ou de não concluir tais contratos; devem, porém, caso concluem os contratos visados, observar as condições preestabelecidas.

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

(164) Por exemplo, as condições às quais cada parte venderá a propria mercadoria a terceiros.

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

(165) Por exemplo, o preço pelo qual venderá a mercadoria; a zona territorial na qual exercerá o seu comercio; o genero de atividade ao qual se dedicará.

(166) Por exemplo, por uma determinada soma de dinheiro. Em algumas hipoteses, a lei dita, diretamente, obrigações de não-concorrência a cargo de uma

parte, no entanto, assumir para com a outra uma obrigação correspondente, de modo a regular a concorrência "reciproca". Nos contratos plurilaterais, é obviamente possível apenas a segunda das hipoteses de disciplina da concorrência, aqui diferenciadas (168).

b) Si examinarmos a pratica, não tardaremos a reconhecer que há contratos plurilaterais em que as partes disciplinam as clausulas dos futuros contratos que possam ser concluidos entre elas; contratos em que assumem o compromisso "reciproco" de seguirem todas (dentro de determinados limites) uma determinada diretriz comum (170); contratos em que disciplinam sua concorrência reciproca (171).

A primeira hipotese se verifica, por exemplo, no caso de prefixarem, varios empreendedores, os juros, ou as condições de venda, etc., nas relações reciprocas entre si. É analoga a hipotese que se verifica nas convenções entre os bancos centrais de varios estados, na determinação das proprias relações reciprocas, com o fim de uma estabilização monetaria de interesse geral.

A segunda hipotese se verifica nos sindicatos de acionistas, quando varios destes combinam seguir todos, na assembléia, a mesma diretriz, embora agindo cada qual individualmente (172).

A terceira hipotese verifica-se nos *corners*, carteis e consorcios quando varios comerciantes ou especuladores convencionam comprar ou vender uma determinada mercadoria a um preço ou em quantidades predeterminadas; ou quando varios empreendedores convencionam não vender abaixo do custo, ou não recorrer a determinadas praticas de concorrência, ou vender todos pelo mesmo preço a mercadoria, ou delimitar as reciprocas zonas territoriais de venda ou a quantidade maxima que cada qual pode vender ou fabricar (173); nas convenções internacionais entre os

parte, em virtude de sua posição peculiar em relação a outras (assim, o empregado não pode fazer concorrência ao empregador; o socio de responsabilidade ilimitada não pode fazer concorrência à sociedade).

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

(170) Uso essa expressão para abranger a hipotese da disciplina de futuros negocios unilaterais.

(171) Cf. SALANDEA. Note-se poder, nesta hipotese, o contrato normativo ser plurilateral.

(172) É nesta hipotese que o compromisso assumido pelas partes não concerne ao conteúdo dos seus futuros contratos, mas ao de futuros negocios unilaterais, isto é, dos votos que elas darão nas assembléias sociais.

(173) Prescindindo, naturalmente, de examinar a licitude destes contratos que visam, às vezes, um fim monopolistico (cabendo, então, a aplicação das disposições

bancos centrais de varios estados que disciplinam a diretriz a seguir por cada banco, no mercado, num intuito de estabilização monetária; nas convenções internacionais entre varios 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) Notámos que, com o contrato plurilateral, as partes podem criar uma organização meramente "interna", ou, ao contrario, 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 ultimas hipoteses mencionadas (174).

Assim, as partes, concluindo um sindicato de acionistas, podem proceder à nomeação de um mandatario comum que as represente coletivamente nas assembléias sociais, seguindo a diretriz fixada pela maioria do sindicato (175).

Assim, os empreendedores, disciplinando a concorrência reciproca em relação a um determinado produto, podem centralizar

respectivas; cf. art. 1.º do D. n.º 869 de 18 de novembro de 1938), e os graves problemas que, consequentemente, 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.

(174) Também na primeira hipoteses, 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.

(175) Uma hipoteses analogo verifica-se nas numerosissimas associações de portadores de debentures. Estas se propõem, justamente, oferecer aos proprios 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. E' conhecida a tendencia legislativa para organizar *ex lege*, coletivamente, os obrigacionistas (cf., no Brasil, D. n. 781, de 12 de outubro de 1938), e até (como na França, com o Dec. de 30 de outubro de 1935) para reconhecer a personalidade jurídica à associação assim criada.

Analogamente, hoje, vêm-se constituindo, associações do segurados (quanto à tutela dos interesses deles em relação à sociedade seguradora) e, às vezes, até de contribuintes. Especialmente a pratica franceza é rica nesse campo. Foi especialmente objeto de discussão a hipoteses das chamadas sociedades de defesa dos segurados, distinguindo-se, entre elas, as "associações" no sentido indicado acima e aquelas hipoteses em que se constitui, ao contrario, uma empresa seguradora, que assume o risco do custo do processo mediante um premio fixo pago pelos clientes.

num órgão unico (176) a venda (177) desse, de maneira que o órgão comum venda a mercadoria de cada participante (178); respeitando as praticas de concorrência, ou a igualdade de condições, ou o limite quanto à quantidade de mercadoria a ser colocada no mercado (178-bis), que fora ditado.

O órgão comum pode até ser um órgão publico, quando a regulamentação acima mencionada decorre das normas ditas pela autoridade publica e não de um contrato.

Nestas hipoteses (179), as partes não somente se obrigam entre si, mas conferem poderes ao mandatario comum (180), por elas previamente escolhido para as suas relações com terceiros (180-bis).

(176) P. ex., num mandatario comum. Esse mandatario pode ser uma sociedade comercial cujos socios sejam, por sua vez, participantes do consorcio.

E' nesta hipoteses que, na doutrina alemã, se fala do *Doppelgesellschaft*. Nesta hipoteses, clausulas peculiares (por exemplo, a respeito da circulabilidade das ações) visam garantir a identidade entre os socios da sociedade e os participantes do consorcio, assim como garantir que a influência de cada socio na sociedade corresponda à sua influência no consorcio. A hipoteses é muito frequente quanto aos consorcios que visam a venda ou a fabricação de determinados produtos fora dos mercados nacionais dos consorciados (export associations: cf. EDWARD S. MASON, *Foreign Affairs* vol. 22, p. 604).

(177) Ou a compra.

(178) Ou compre a materia prima.

(178-bis) Ou seja, a quantidade máxima dos produtos que pode ser colocada no mercado; visando, o contrato de consorcio, evitar seja colocada no mercado uma quantidade maior.

Esto fim é, com frequencia, visado pelos consorcios, especialmente em periodo de crise.

Prendem-se, com frequencia, os consorcios a uma perigosa orientação que pode bloquear o progresso tecnico e economico no interesse de posições de privilegio.

(178-ter) Querendo no ambito dos contratos que disciplinam a reciproca concorrência entre empreendedores, indicar, com nomes distintos, os contratos internos e os externos poder-se-ia falar, no primeiro caso, de cartéis o, no segundo, de consorcios, ou, no primeiro caso, de consorcios (ou cartéis) internos e, no segundo, de consorcios (ou cartéis) externos.

(179) E' óbvio poderem, as partes, constituir um órgão comum (p. ex., para fins do estado, de tutela coletiva, para as funções de arbitragem adiante lembradas, etc.), embora a organização não deva entrar em relações com os terceiros. Mas, nestes casos, o órgão não diz respeito às relações das partes para com os terceiros.

(180) O contrato concluido com o mandatario comum é um contrato com *exclusividade*, justamente porque se tem em vista centralizar num órgão unico as relações coletivas das partes para com os terceiros.

Os poderes conferidos ao mandatario comum abrangem, em geral, na pratica, também o de agir em nome dos outros participantes contra o participante inadimplente.

(180-bis) Consoante decorre do texto a subdistinção fundamental, entre os contratos de consorcio ou cartel, do ponto de vista juridico, parece-me aquela entre consorcios (ou cartéis) internos e consorcios (ou cartéis) externos: esta classificação, com efeito, se conduna com a óbvia diversidade de disciplina juridica, decorrente da presença, no segundo caso e não no primeiro, da unificação das relações das partes para com os terceiros.

d) Parece-me inegável que, também nessas hipóteses, estamos em presença de contratos plurilaterais (respetivamente: 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 os 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 alcançar um fim comum e que, ao alcançarem esse fim, encontram justamente 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 (181), corresponde, de fato, aos princípios que vimos desenvolvendo quanto os 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 (182); quanto à possibilidade de deliberações por maioria (183) e aos limites do

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 "contingentamento" 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.

(181) Cf. JOSÉ FERREIRA DE SOUZA na tese de concurso apresentada à Faculdade Nacional de Direito no Rio de Janeiro (1941); KALLMANN, *Kartellrecht* (1934); FLECHTHEIM, *Die rechtliche Organisation der Kartelle* (1923); GEILER, *Gesellschaftliche Organisationsformen* etc. (1922); DÜRINGER-HACHENBURG, *Kommentar zum H. G. B.* (edição de 1932) vol. II, parte I (de autoria de GEILER) p. 399 e segs.; FRIEDLANDER, *Konzernrecht* (1927); BAUER, *Die rechtliche Struktur des Trust* (1927) (com referência também à Rússia); HAUSMANN, *Grundlegung des Rechts der Unternehmens- — zusammenfassungen* (1926) e *Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende*, Basel 1940; MAZEUD, *Le problème des unions des producteurs*, (1934); ASCARELLI, ob. l. cit. (1933); FRANCESCHELLI, *Consorzi* (1933); SALANDRA, *Le unioni di imprese* (1936); AULETTA, *verbotte Consorzi* in *Nuovo Digesto Italiano*; e as numerosas monografias editadas pela Sociedade das Nações de autoria de LAMBERS; DEGUGIS e TSCHERSKY; OUALIS; ROUSIERS; CASSEL; WIEDENFELS; MC GREGOR.

(182) 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".

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

poder da maioria perante os elementos "contratuais" (184) que escapam à sua competência (185); quanto à distinção de vários órgãos (assembléias, diretores, fiscais), frequentemente inspirada pelo exemplo das sociedades comerciais.

e) 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 diretiva única de todos para com a sociedade; na terceira apenas estabelecendo uma diretiva para com o mercado (186).

Há um fim comum (187), e é precisamente da consecução desse fim comum que as partes esperam obter vantagens. Não há, porém, sociedade (188).

(184) 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 consórcio pode fabricar os produtos consorciados. A "quota" tem pois importância prevalente nos consórcios de "contingentamento", 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.

(185) 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 percentagens 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, ob. 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. 1718 do cod. civil italiano). Esse poder pode, porém, à 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 "arbitro" nas controvérsias entre os participantes.

(186) Sindicato de acionistas e consórcio podem, pois, aproximar-se, porquanto visam ambos ditar uma disciplina uniforme da atividade das partes quanto aos terceiros (em sua atitude respectiva para com a sociedade, ou em sua atitude no mercado).

(187) Esse é o elemento que me parece ter sido subestimado por CARNELUTTI, *Rivista di diritto commerciale*, 1939, I, p. 13.

(188) Tal distinção é vivamente frizada por CARNELUTTI, ob. 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 It.*, Rep. 1866, r. Società, n. 8; Cassação de Nápoles, 2 de julho de 1900, *Foro It.*, 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 It.*, 1933, I, p. 821; Apelação de Roma,

Tem-se uma prova dessas observações, notando como, nestas hipóteses (89), não se visa consecução de um "lucro" a ser distribuído entre os que participam do contrato (190); a vantagem de cada participante se reflete, diretamente, na sua economia individual (191).

31 de julho de 1933, *Foro It.*, 1934, I, p. 184; Apelação de Genova, 22 de julho de 1935, *Foro It.*, 1936, I, p. 233; Apelação de Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, p. 106; WEILLER, *Foro It.*, 1933, I, p. 1607; ASCARELLI, ob. cit.; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, p. 1113 e francesa (MAZEAUD, ob. 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).

(189) E, analogamente, os sindicatos de acionistas.

(190) 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 It.*, 1936, I, 233; SAMPIERI — MANGANO, *L'imposta di ricchezza mobile e le società commerciali*, vol. I, p. 617.

(191) E' sob esse aspecto que os contratos aqui examinados se aproximam daqueles de associação e não daqueles de sociedade, como já ressaltado de que foi observado na nota anterior a respeito do conceito de lucro. Encontramos, nestas hipóteses, identidade dos compromissos de todos os participantes 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, dispor de um órgão comum para a colocação dos seus produtos no mercado (e, eventualmente, a prévia transformação deles), independentemente de uma disciplina da recíproca concorrência; por isso cada parte tem o direito, mas não a obrigação, de aproveitar dos 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, de fato e eventual, decorrente da centralização da venda, ficando, entretanto, cada parte, livre de colocar, diretamente, os seus produtos, no mercado. Ao contrário os consórcios visam, diretamente, a disciplina da recíproca concorrência entre os consorciados; estes, por isso, são obrigados a vender por meio do consórcio, constituindo, esta obrigação, o característico do contrato.

Ha, 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.

f) A distinção aqui assinalada é particularmente relevante, na prática, nas hipóteses em que do contrato decorre uma organização que deva agir para com os terceiros para a realização do fim colimado pelas partes (192).

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

I — Por um lado, falta a personalidade jurídica, salvo disposição especial de lei (192-bis), 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 (193), pelas dívidas que tenham coletivamente assumido para com os terceiros (194).

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 (195).

(192) 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.

(192-bis) Que, por seu turno, deverá então disciplinar uma forma de publicidade do contrato.

(193) E ademais solidariamente, nos direitos que estabelecem, em princípio, a solidariedade das obrigações comerciais (p. ex., art. 40, cod. com. it. Cf. na jurisprudência italiana, Cass. Reino 22 de abril de 1929 e App. Roma, 31 de julho de 1933, *Foro It.*, 1929, I, 1167 e 1934, I, 184).

A responsabilidade limitada dos participantes e a constituição de um patrimônio separado poderia, com efeito, assentar-se no cumprimento de uma publicidade legalmente prevista a este efeito.

(194) Reciprocamente, cada parte responderá individualmente pelas dívidas que tenha, individualmente, assumido para com os terceiros, embora através do mandatário comum.

(195) Cf., com efeito, os autores e a jurisprudência citada na nota 188.

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 aos 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, ob. cit., p. 28, em sentido contrário à tese de SALANDRA). As exigências de tutela dos 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 assentir a existência de uma sociedade na simples aparência dela e admitir uma natureza diversa de um único contrato, do ponto de vista externo e do interno.

g) Essas considerações explicam por que, às vezes, as partes adotem, quanto aos contratos normativos plurilaterais externos, a 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 (196), mas adaptando-a, mediante oportunas cláusulas estatutárias, ao fim ulterior visado (197).

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

As vezes, as partes constituem, independentemente da conclusão do contrato de sociedade entre si, uma segunda sociedade como órgão coletivo (198).

A sociedade não é, em tais hipóteses, simulada (199): é realmente querida, mas para um fim ulterior.

Esta circunstância faz com que, nessas hipóteses, devam ser aplicadas duas ordens de normas (200):

(196) Com efeito, faltando a observância destes requisitos, não poderia haver sociedade.

Visa-se, no texto, 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.

(197) 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, ob. cit.; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, 113; AULETTA, *Foro It.*, 1936, I, 1086) ou em sociedade de conveniência (CARNELUTTI, ob. 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.

(198) 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.

(199) Diversa é a opinião de SALANDEA (*Le unioni di imprese*, p. 107), embora desculpando de aplicar a disciplina da simulação. No sentido do texto, cf. ASCARELLI, ob. cit.; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, p. 1113; AULETTA, *Foro It.*, 1936, I, 1086, falando em sociedade com fim indireto e CARNELUTTI, ob. l. cit., falando em sociedade de comodo. Sobre o problema geral do negócio indireto cf. ASCARELLI, *Il negozio indiretto em Studi in onore di Pivanti*, Roma, 1930.

(200) O concurso destas duas ordens de normas visa, justamente, alcançar uma maior tutela dos terceiros.

I — as da sociedade;

II — as (201) eventualmente ditadas quanto ao fim concretamente visado pelas partes, tendo, para este efeito, em vista o fim "econômico" (202) do negócio (203), independentemente de sua estrutura jurídica.

h) 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, indicar-lhe as várias subespécies e as regras peculiares a cada qual delas.

(201) Isto, antes de mais nada, para avaliar a legitimidade ou ilegitimidade do contrato.

(202) 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, ob. cit., p. 107; FERRI, ob. cit.; WEILLER, ob. cit.; e, na jurisprudência italiana, App. Milão 28 de fevereiro de 1933, *Foro It.*, 1933, I, 925; App. Genova 22 de julho de 1935, *Foro It.*, 1936, I, 233; App. Milão 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, 1086. Contrário SALANDEA, ob. cit., p. 97.

De outro lado várias cláusulas visam condunar 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).

(203) Estas normas concernem, por exemplo, a 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 ligações 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 percentagem, o que faz diminuir o interesse de uma concorrência recíproca); aos contratos de arrendamento, quando mais sociedades arrendam, todas, a uma só sociedade, os próprios estabelecimentos; a contratos sobre patentes, e assim por diante, quando o contrato (de consórcio, sociedade, de licença de patentes, etc.) vise, no caso concreto, o estabelecimento de um monopólio.

A meu ver (cf. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Società*, (3.ª edição, 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 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. 1.º do D. n.º 969 de 18 de novembro de 1938). Por seu turno, a política econômica e fiscal deve, de modo geral, visar impedir a formação de monopólios de fato.

Muitas entre as regras recordadas nas paginas anteriores foram afirmadas pela doutrina e pela jurisprudencia dos varios paizes (204), *independentemente* do recurso à teoria do contrato plurilateral (205). Esta quer, por isso, representar, antes de mais nada, um resultado alcançado indutivamente à vista das variadas regras expostas na doutrina e na jurisprudencia, visando de um lado, reconduzir a um principio comum as regras estabelecidas pela jurisprudencia ao examinar os contratos aqui estudados, e, de outro, constituir um instrumento de trabalho para a disciplina juridica, quer do contrato de sociedade, quer dos contratos que, embora distintos daquele de sociedade, podem, no entanto, ser classificados de plurilaterais.

PRINCIPIOS E PROBLEMAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

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

(205) Como ressalta das citações de doutrina e jurisprudencia deste estudo.