

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

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

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

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

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

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

### 3. O contrato plurilateral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### b) Direitos e obrigações

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

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

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

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

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

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

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

#### d) Conclusão do contrato

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### e) Dolo

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

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

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

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

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

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

#### f) Finalidade comum

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### g) Função instrumental

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### h) Prazo

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

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

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

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

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

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

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

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

#### i) Condomínio

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

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

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

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

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

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

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

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

### j) Direitos das partes

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

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

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

### l) Obrigações das partes

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

784. Wieland, p. 453.

785. A hipótese é, pois, diversa daquela dos contratos mistos, apesar da freqüente tendência em confundir estas duas hipóteses. Cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto*, cit., e, agora, Di Gennaro, *Contratti Misti*, Pádua, 1934, p. 28, e Osti, *op. l. cit.*, nº 30. Na doutrina brasileira cf. Honório Monteiro na *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. XXXIII, p. 537. Exemplicadamente: a alienação de um bem pode derivar seja da conferência do bem à sociedade, seja de um contrato de venda ou troca. Acarretando, a conferência de um bem à sociedade, uma alienação, poder-se-ão aplicar as normas que visam às alienações, embora essas normas são ditadas, ordi-

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

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

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

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

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

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

787. Com efeito, entre as normas ditadas quanto aos vários contratos nominados cumpre distinguir as que disciplinam o próprio contrato e as que disciplinam, objetivamente, a prestação devida, ou seja em virtude daquele contrato, ou o seja em virtude de contrato diverso. Cf. Ascarelli, *Il Negozio Indiretto e*, agora, Osti, *op. cit.*, n.º 30.

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

#### n) Escopo – sociedade e associação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### o) Contratos externos e contratos internos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### p) Terminologia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### r) Contratos abertos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O mesmo não se verifica nos contratos plurilaterais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

824. Cf. Ascarelli, *Appunti*, 3ª ed., vol. II, p. 97; e, especialmente, Auletta, p. 261; Ghidini, *Estinzione e Nullità delle Società*, Milão, 1937, nº 61;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

#### v) *Exceptio inadimpleti contractus*

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

---

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

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

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

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

#### x) Relação sinalagmática

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

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

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

#### z) Relações internas e relações externas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

840. Recordo as duas hipóteses mencionadas na letra o.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

850. Poderes, obrigações.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 5. Os contratos externos

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

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

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

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

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