

TULLIO ASCARELLI
Catedrático na Universidade de Palermo — Ex-Professor convidado da
Faculdade de Direito de São Paulo.

PROBLEMAS DAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS
E DIREITO COMPARADO

Com prefácio do
PROF. DR. WALDEMAR FERREIRA

2.ª EDIÇÃO

Inst. Bras. Dir. Cgi.
T. ASCARELLI

EDIÇÃO SARAIVA
SÃO PAULO
1969

569

Inst. Bras. Dir. Cgi. Comp e Bili.

O CONTRATO PLURILATERAL

Inst. Bras. Dir. Com. Comp. e Dir.
T. ASCARELLI

Sumário: 1º) O problema. 2º) a) críticas da teoria do ato complexo; b) crítica da teoria do ato de fundação; c) críticas das teorias existentes; d) reafirmação da teoria tradicional do contrato de sociedade. 3º) O contrato plurilateral: a) possível participação de mais de duas partes; b) direitos e obrigações; c) de cada parte para com as demais; d) conclusão do contrato; e) dolo; f) finalidade comum; g) função instrumental; h) prazo; i) condonatório; j) direitos das partes; l) obrigações das partes; m) relação da obrigação de cada parte com as tratados externos e contratos internos; n) escopo — sociedade e associação; o) consumo em efectuar a entrada; p) terminologia; q) direito do sócio em víncos da adesão; r) contratos abertos; s) víncos do contrato de substituição no objecto da obrigação de cada parte; u) *parties contractas*; x) relação simulacística; z) relações internas e relações externas. 4º) O contrato plurilateral como contrato de organização. 5º) Os contratos externos: a) o problema da personalidade jurídica; b) personalidade e contrato externo; c) validade e regularidade do contrato; d) irregularidade e contrato interno; e) sociedade e sociedade em conta de participação; f) sociedade e contrato plurilateral externo; g) associação e contrato plurilateral externo. 6º) Contratos plurilaterais normativos: a) eventual caráter normativo do contrato; b) várias hipóteses; c) contratos plurilaterais normativos internos e externos; sindicatos e consórcios; d) continuidade; e) fim comum e fim social; f) contratos externos; g) adoção da forma da sociedade; h) conclusão.

O PROBLEMA

1º) Grécio, depois de distinguir os contratos *permulatorii* dos *beneficii* (isto é, na linguagem hodierna: os contratos a título oneroso e a título gratuito), observa que os a título oneroso *aut dirimunt partes aut communione adferunt*; estes últimos (*communicatorii*) *aut facta ad utilitatem communem que omnia veniant societas nomine*. (*De Jure Belli ac Pacis*, lib. II, cap. XII, §§ III e IV.) Na realidade, pode dizer-se tradicional a sensação da diferença entre o contrato de sociedade e os contratos que poderíamos dizer, genericamente, de permuta, e, realmente, a doutrina sempre examinou alguns problemas (por ex., o da *cooptio inadimpli contractus*) em relação aos quais algumas regras gerais dos contratos pareciam de difícil aplicação ao contrato de sociedade¹.

1. A literatura à discussão sobre os contratos de sociedade ou associação, não obstante muita atenção dada ao problema (Machado, Torquato, Augusto, etc.), é o assunto

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

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

Essa categoria distingue-se, com efeito: a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro².

trato de sociedade é, podese dizer, tradicional na doutrina do direito civil. Esta já pôs em evidência, com referência à sociedade, como iremos recordando, alguns característicos do contrato plurilateral. (Cf. WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pág. 455; SCHREIBER, *Ghering's Jahrbücher*, vol. 66, pág. 222; HOENIGER, *Gemische Vertäge*, pág. 45.)
Sobre o contrato plurilateral, cf. ASCARELLI, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, pág. 256; *Foro della Lombardia*, 1932, pág. 439; "Note Preliminari sulle Interessi Industriali" in *Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, 1933, 2.ª ed., Milão, 1937; *Appunti di Diritto Commerciale*, Milão, 1936, págs. 1931, pág. 17; AUTERRA, *Il Contratto di Società Commerciale*, Milão, 1937; 31 e seqs.; GHIMMI, *Estinzione e Nullità delle Società Commerciali*, Milão, 1937; GIMMI, *Corso di Diritto Industriale*, 2.ª ed., 1937, vol. I, pág. 113; OSTR, verbete *Contratto*, em *Nuovo Digesto Italiano*, n.º 10 (que indica a passagem de Grécio, citada no texto), e n.º 26; JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La Empresa Mercantil*, México D. F., 1941, pág. 147; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Commercial*, Rio, 1944, vol. I, pág. 246.

Fazem de contrato plurilateral, também: SARANNA, verbete *Società* (1938 em *Novo Dígitio Italiano*, sem tornar-se claro, porém, se esse autor abandona a tese, diversa, por ele repetidamente defendida, antes, acerca da constituição da sociedade (cf. diversa doutrina em "Le società irregolari", Roma, edição do Foro Italiano, 1935, ns. 9 e 47 e sobre a mesma, AUTERRA, ob. cit., pág. 28; e OSTR, 1935-36 ob. cit.); e ASQUINI, *Sommario delle Lezioni di Diritto Commerciale*, Roma, 1933, I, 1.607), identificou, num estudo sobre as sociedades comerciais, ambos sem referências bibliográficas.

Por seu turno, WELLER (*Foro It.*, 1933, I, 1.607), identificou, num estudo análogo, os contratos comutativos em contraste com aqueles que têm uma função instrumental; pertencem a esta segunda categoria quer o contrato plurilateral, quer o mandato.

2. Levase, assim, em conta, o aspecto estrutural e não aquele econômico (ou funcional). Do ponto de vista econômico poderiam, estes contratos, ser encarados como contratos de *organização* (cf. ASQUINI, ob. loc. cit.); veremos, com efeito, se esta a função preenchida por estes contratos, bem como pelo mandato (sendo, por isso, preferível falar em contrato de *organização* apenas para indicar quer o mandato, quer os contratos plurilaterais),³ achar preferível classificar os contratos conforme os caraterísticas econômicas deles e, desse ponto de vista, nenhuma criticável quer a categoria

Com efeito, podem as normas jurídicas visar quer uma "repartição" de bens, quer, porém, ao contrário, uma "cooperação" na utilização deles. Na primeira hipótese o aproveitamento, sucessivo, do bem por parte do sujeito fixa, em princípio no âmbito geral do lícito jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, é, él, objeto de disciplina jurídica, e, portanto, o contrato assume um cunho "instrumental" quanto à disciplina das sucessivas relações jurídicas das partes. Dada a importância da ideia de propriedade, considera-se, talvez, prevalecentemente, a primeira hipótese: o direito foi, por isso, prevalecentemente considerado sob um aspecto que poder-se-ia chamar de "distributivo". O segundo aspecto, que, de modo geral, poder-se-ia chamar de "cooperativo", não é, no entanto, de escassa importância.⁴

As páginas que seguem versam este tema apenas do ponto de vista do direito privado, examinando por isso, antes de mais nada, o contrato de sociedade e a sua posição na teoria geral dos contratos no direito privado.⁴

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

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

do contrato "plurilateral", quer todas as classificações tradicionais, todas assentes em critérios formais.

Parce-me, no entanto, preferível o sistema tradicional de assentir as classificações jurídicas, antes de mais nada, sobre critérios formais; proporcionam elas uma certeza jurídica que, ao contrário, não pode ser própria a critérios econômicos. Geralmente, as classificações assentes em critérios formais e aquelas assentes em critérios econômicos acabam por coincidir, à vista da correspondência, normal, de uma determinada estrutura jurídica com uma determinada função econômica, e da natural influência desta sobre aquela; deve, aliás, o intérprete, visar assentar a classificação sobre critérios que, embora formais, encontrem correspondência a critérios económicos, sólo, porém, os critérios "estruturais", os que devem prevalecer na classificação jurídica.

Em cada direito, com efeito, as variações regras jurídicas se colunam lógicamente, antes de mais nada, a estrutura dos vários institutos, embora não se devendo esquecer os problemas decorrentes do eventual contraste entre a estrutura de um instituto e a função por ele preenchida no campo concreto. Cf. Sobre o problema geral de classificações "formais" e "finalistas", RAMON, *Filosofia do Direito*, trad. port., São Paulo, 1940, pág. 170.

3. Cf. KONSTANOV, *Théorie Générale du Droit*, trad. frances, Paris, 1903.

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

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

| A CRÍTICA DA TEORIA DO ATO COMPLEXO

2^o) a) A distinção entre "ato complexo" e "contrato", no âmbito dos negócios que requerem, para a sua realização, o concurso da vontade de várias partes, costuma ser assentada, pela doutrina, na circunstância de que as partes, no contrato, são animadas por interesses contrapostos: o contrato constitui justamente o instrumento jurídico da solução dessa contraposição⁵. As várias normas sobre o contrato enquadram fundamento nessa observação⁶.

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

Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inegável que, na constituição da sociedade, as várias partes têm interesses antagonicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação das respectivas contribuições⁷; à determinação da respectiva ingenerância na administração; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada socio visa tirar da própria contribuição o máximo lucro, pondo-se, deserte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervém (com as normas sobre a sociedade leonina) para limitar equitativamente as possíveis desproporções entre sócios.

De outro lado, no entanto, a constituição de uma sociedade representa apenas um primeiro passo: a sociedade, uma vez constituída, visa uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os sócios⁸.

5. Cf. DROGOUE, *Obligations*, vol. I, n.º 16; OSRI, ob. loc. cit., n.º 6.

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

7. As normas sobre a avaliação das entradas, que não sejam de dinheiro, são justamente inspiradas no conceito de que, entre o sócio conferente e os demais, há um conflito de interesses análogo ao que se verifica entre vendedor e comprador.

A determinação do valor do bem resulta, precisamente, do consentimento dos demais sócios, de um lado (eventualmente em consequência de pericia, como é obrigatório, em muitas legislações, quanto às sociedades por ações) e do conferente, do outro. Cf., no direito brasileiro, art. 5º, Decreto n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940.

8. Cf. WILHELM FERREIRA, ob. cit., pag. 246.

Por conseguinte, oposição de interesses, na constituição da sociedade; coincidência, porém, no que concerne à realização daquela comum finalidade social, que redonda em proveito de todos os sócios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada sócio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade⁹.

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

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

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

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

No segundo caso, ao contrário, a uma pluralidade de pessoas e, portanto, a uma pluralidade de manifestações de vontade, corresponde uma única parte; as várias manifestações de vontade são destinadas a fundir-se. Nessa hipótese, vigora, às vezes, a regra da maioria, justamente porque se trata de determinar, através do concurso de mais manifestações de vontade, qual é a vontade da "parte". É a hipótese do ato colegial, obviamente distinta daquela do contrato. Para verificar esta diferença basta, alias, observar poder um ato colegial constituir uma manifestação de

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

vontade que, por seu turno, concorrendo com a declaração de vontade da parte contrária, integra um contrato.¹⁰

Quanto ao terceiro, entre os casos acima mencionados, prende-se à a uma hipótese em que devem concorrer as vontades de mais sujeitos (curador e incapaz), para que seja, no entanto, perfeita a manifestação de vontade de uma parte (incapaz). É óbvio que surjam, nessa hipótese,¹¹ problemas diversos dos peculiares às anteriores, e que diversa seja a função econômica correspondente ao Instituto Jurídico.¹²

10. Final, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos conforme a classificação de A. DONATI) concernem à formação da vontade de "uma só" parte; dizem respeito à formação de um ato "unilateral". Os problemas respectivos encontram-se na sua origem na peculiar complexidade da formação da vontade, quando, àquela que é, juridicamente, "uma" parte, correspondem, realmente, mais pessoas. É, nessa hipótese que o problema da formação da vontade tem um alcance, bem diferente, do que não tem quando, no contrário, à parte (sujeito da deliberação) correspondente, como normalmente acontece, "uma" pessoa. É, então, que, quando aquela que é, juridicamente, a vontade de "uma" parte, constitui psicológicamente o resultado da vontade da mais pessoas (constituindo, por seu turno, a manifestação da vontade da outra pessoa, considerada em si, um negócio jurídico distinto) apresentam-se problemas peculiares: 1) qual é a alienação da vontade de cada pessoa; 2) qual é a vontade do menor; 3) qual é a alienação, o objeto da teoria do voto; 4) qual é a vontade da menor; 5) qual é a alienação da vontade dos vícios da deliberação, qual a dos vícios do voto, qual a influência dos vícios de voto sobre a validade da deliberação? 3) Sendo que a "formação" da vontade fica, assim, juridicamente, disciplinada independentemente da sua manifestação, à questão, permanece, qual é a disciplina da manifestação da deliberação nos terceiros? Quais os ônus a respeito? Qual a disciplina nos casos de divergência entre o que é manifestado nos terceiros e o que foi realmente deliberado? São estes os problemas que só apresentam, justamente, na hipótese de resultar aquela que, juridicamente, é a vontade de uma parte, realmente, do concerto das vontades de uma pluralidade de pessoas.

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

12. Note-se que a teoria do "ato complexo" da respeito à própria constituição das sociedades (soja ou não seja pessoa jurídica); não respeito à necessidade da intervenção da autoridade pública para que, da constituição da sociedade, de corra uma pessoa jurídica ou um patrimônio separado.

Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa jurídica, a não ser em virtude de um ato especial da autoridade pública quanto a cada sociedade em cada caso concreto, é natural distinguir-se: a) o contrato; b) a aprovação ou autorização do ato. A pessoa jurídica nasce sómente do conjunto dos dois atos. Isto quanto se denuncia é, então, "ato complexo" (cf., em sentido contrário, o justamente DONATTI, *Artigo Quarto*, 1903, pôde-se, então, afirmar decorrer a constituição de uma sociedade (entendendo pessoa jurídica) de um ato complexo, Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista DONATTI, *Sociedades Anônimas*, México, 1939, pag. 45, tradução do italiano. Nesse autor classifica oito complexos (rigorosamente distinto — cf., DONATTI, D., *Artigo Quarto*, 1903 — da aprovação e da autorização, ouço, ao contrário, há nenhuma autorização que devem ser distintos atos que constituem o objeto respetivamente da aprovação e da autorização) aquele em que há uma pluralidade de deliberações de variados de sujeitos diversos (ou órgãos diversos) quanto ao exercício de um direito direto ou poder; oto coletivo aquela em que há uma pluralidade de deliberações de variados de sujeitos diversos, no exercício de direitos diversos, embora com paralelismo de interesses; quer o ato complexo, quer o coletivo constitui, por isso, a declaração de vontade de "uma" parte, e portanto, um ato unilateral, que,

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

A prova de tal afirmação se obtém observando a esterilidade dessa doutrina. A função das construções jurídicas é, ao contrário, de um lado, dar a razão das normas vigentes e do seu desenvolvimento histórico; de outro, constituir um instrumento jurídico para a solução dos novos casos propostos na prática.

CRÍTICA DA TEORIA DO ATO DE FUNDAÇÃO

b) Diversa da precedente, é a doutrina (Guaracy) que, embora fundando as véses de ato complexo, faz referência no fato de que, da constituição da sociedade, surge uma nova pessoa jurídica. Chega-se a ver, na constituição do novo sujeito jurídico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação.¹³

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

Demonstra o fato de que, no direito comparado e na história do direito, o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, consideradas não assumem um tal significado; as sociedades de pessoas, às quais se nega, na Alemanha, a personalidade jurídica, são pessoas jurídicas na concepção francesa e italiana; as sociedades civis são, também, reconhe-

por sua vez, pode, ocorrendo a declaração de uma parte contrária, concorrer na formação de um contrato. Oste (verão *Contrato*, n.º 9, em *Novo Digesto Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato responde apenas ao interesse de um entre os sujeitos (como na hipótese do concerto da vontade do menor e do curador); 2) o caso em que as manifestações da vontade de mais sujeitos respeitam, todas, ao interesse de um terceiro (como no caso de mais sujeitos representantes de um único representado); 3) o caso em que, apesar de existir cada sujeito um interesse individual, há, entretanto, a manifestação dos vários interesses individuais num interesse comum (como no caso da alienação por parte dos condôminos da coisa comum. As considerações do texto assentam na existência, na constituição) com contraste de interesses; há, portanto, na constituição do contrato de sociedade, uma pluralidade de "parte" (e não apenas sujeitos) com contraste de interesses; há, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, no contrato, um ato complexo ou coletivo.

13. Palavra, as véses, neste caso, em "ato de direito objetivo", em contraponto aos contratos dos quais decorrem apenas direitos subjetivos.

vontade que, por seu turno, concorrendo com a declaração de vontade da parte contrária, integra um contrato.¹⁰

Quanto ao terceiro, entre os casos acima mencionados, prende-se que a uma hipótese em que devem concorrer as vontades de mais sujeitos (curador e incapaz), para que seja, no entanto, perfeita a manifestação de vontade de uma parte (incapaz). É óbvio que surjam, nessa hipótese¹¹, problemas diversos dos peculiares às anteriores, e que diversa seja a função econômica correspondente ao instituto jurídico.¹²

10. Afinal, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos conforme a classificação de A. DONATTI) concernem à formação da vontade de "uma só" parte; dizem respeito à formação de um ato "unilateral". Os problemas respectivos encontram a sua origem na peculiar complexidade da formação da vontade, quando, aquela que é, juridicamente, "uma" parte, correspondem, realmente, mais pessoas. É nessa hipótese que o problema da formação da vontade tem um alcance, bem diferente, do que não tinha quando, no contrário, à parte (sujeito da declaração) corresponde, como normalmente acontece, "uma" pessoa. É claro que, quando aquela que é, juridicamente, a vontade de "uma" parte, constitui psicologicamente o resultado da vontade de mais pessoas (constituindo, por seu turno, a manifestação de vontade de cada pessoa, considerada em si, um negócio jurídico distinto) apresentam-se problemas peculiares: 1) qual é o alcance da vontade de cada pessoa na formação da vontade da parte? É este, por exemplo, o objeto da teoria do voto: daquela da maioria; daquela dos limites do poder da maioria; 2) Qual a disciplina dos vícios da deliberação, qual a dos vícios do voto, qual a influência dos vícios de voto sobre a validade da deliberação? 3) sendo que a "formação" da vontade fica, assim, juridicamente, disciplinada independentemente da sua manifestação, é preciso, mesmo, perguntar: qual é a disciplina da manifestação da deliberação aos terceiros? Quais os ôbrigos a respeito? Qual a disciplina nos casos de divergência entre o que é manifestado aos terceiros e o que foi realmente deliberado? São estes os problemas que se apresentam, justamente, na hipótese de resultar aquela que, juridicamente, é a vontade de uma parte, realmente, do concurso das vontades de uma pluralidade de pessoas.

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

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

Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa jurídica, a não ser em virtude de um ato especial da autoridade pública quanto a cada sociedade em cada caso concreto, é natural distinguir-se: a) o contrato; b) a aprovação ou autorização díle. A pessoa jurídica nasce sólamente do conjunto dos dois atos. Enquanto se denomine este conjunto "ato complexo" (cf., em sentido contrário, e justamente DONATTI D., *Arquivo Giurídico*, 1963, pode-se, então, afirmar decorrer a constituição de uma sociedade (enquanto pessoa jurídica) de um ato complexo. Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista, DONATTI A., *Sociedades Anônimas*, México, 1939, pág. 45, traduzido do italiano. Este autor classifica ato complexo (rigorosamente distinto — cf. DONATTI D., *Arquivo Giurídico*, 1963 — da aprovação e da autorização, onde, ao contrário, há negócios autônomos que devem ser distintos daqueles que constituem o objeto respectivamente da aprovação e da autorização) aquela em que há uma pluralidade de declarações de vontades de sujeitos diversos (ou direitos diversos) quanto ao exercício de um único direito ou poder; ato coletivo aquela em que há uma pluralidade de declarações de vontade, de sujeitos diversos, no exercício de direitos ou poderes diversos, embora com paralelismo de interesses; quer o ato complexo, quer o coletivo constitui, por isso, a declaração de vontade de "uma" parte, e, portanto, um ato unilateral, que.

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

A prova de tal afirmação se obtém observando a esterilidade dessa doutrina. A função das construções jurídicas é, ao contrário, de um lado, dar a razão das normas vigentes e do seu desenvolvimento histórico; de outro, constituir um instrumento eurístico para a solução dos novos casos propostos na prática.

CRÍTICA DA TEORIA DO ATO DE FUNDAÇÃO

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

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

Demonstra-o o fato de que, no direito comparado e na história do direito, o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais não assume um tal significado: as sociedades de pessoas, às quais se nega, na Alemanha, a personalidade jurídica, são pessoas jurídicas na concepção francesa e italiana; as sociedades civis são, também, reconhe-

por sua vez, pode, ocorrendo a declaração de uma parte contrária, concorrer na formação de um contrato. OSSI (verbię *Contratto*, n.º 9, em *Nuovo Digesto Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato responde apenas ao interesse de um entre os sujeitos (como na hipótese do consentimento do menor e do curador); 2) o caso em que as manifestações de vontade de mais sujeitos respeitem todas ao interesse de um terceiro (como no caso de mais representantes de um único representado); 3) o caso em que, apesar de virar cada sujeito um interesse individual, há, entretanto, a unificação dos vários interesses; há, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, no entanto, um ato complexo ou coletivo.

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

é filhas como pessoas jurídicas no direito francês, brasileiro, mexicano, no passo que se nega a personalidade jurídica delas na doutrina italiana dominante.

As regras fundamentais da constituição das sociedades comerciais são comuns às várias formas de sociedade, e nem se pode ver se é uma discussão que pertence à constituição das sociedades de pessoas jurídicas ou às categorias opostas — as regras peculiares às sociedades de pessoas jurídicas e as peculiares às sociedades não pessoas jurídicas.¹⁴

Em lugar de "pessoas jurídicas", devem-se-lhe falar, portanto, se for falar o caso da separação de patrimônio, e ver um ato de natureza respeitável na constituição da sociedade, quando temos como consequência uma separação entre o patrimônio da sociedade e aquela da cada sócio, ou a rigorosa separação patrimonial peculiar às sociedades anônimas e às por quais da responsabilidade limitada.

Mas é o caso de observar ser a constituição da pessoa jurídica (ou do patrimônio separado), uma consequência particular decorrente da ordem jurídica.¹⁵ Fasta consequência podendo prender à observância de

14. A mais importante das consequências práticas sustentadas pelos autores do direito é a exclusão da responsabilidade por dolo da constituição de uma sociedade. (V. T. T. T. T., que, se quisermos ser "fácticos", a concepção de direitos nos poderia levar, no contrário, a admitir a imputabilidade por dolo em limites mais amplos do que se dão, em geral, nos contratos. Tendendo, consonante autorizada doutrina, a anulação dos negócios imitantes, por dolo, é disciplinação normas menas rigorosas do que as vigentes quanto nos contratos, e isso justamente porque não há, em tais hipóteses, necessidade de tutelar, em regra, no direito, a expectativa de um pacto contrário. Com efeito, em muitos sistemas, o dolo como motivo do anulabilidade dos "contratos", quanto seja essencial a prova da contraparte; se, no contrário, provir de um terceiro, daria lugar somente a uma ação por danos (art. 1.116, Cód. Civil francês; art. 1.115, Cód. Civil italiano). A distinção entre dolo proveniente da contraparte e dolo proveniente do terceiro não pode, porém, ter lugar em matéria de negócios imitantes. (Cf. também T. T. T. T. T., pág. 248, que exclui a anulabilidade por dolo dos negócios imitantes; T. T. T. T. T., pág. 272, que, no contrário, não admite.)

A respeito da sociedade, a jurisprudência, nos países em que o dolo é o contrato sómente quando proveniente da contraparte, nos países em que o dolo é o dolo do sócio pode ser imputada apenas por dolo proveniente de todos os demais; b) a anulação de um ato não importa em anulação nem em liquidação da sociedade. Essas regras, acostumadas pela jurisprudência, são incompatíveis com a teoria da constituição como ato "unilateral" de fundação e, no contrário, concorrem para demonstrar que a constituição da sociedade representa um contrato plurilateral.

Se nos achássemos diante de um ato "unilateral" de fundação, o vício de uma ação singular constituiria um vício de todo o ato; isto deveria, pois, ser anulado, ao menos nos casos e nos sistemas em que não é possível considerar os vícios de constituição como sanados pela publicidade social.

15. Isto evidenciaria muito claramente lembrando que, de fato, a personalidade jurídica das sociedades anônimas decorria de um ato da autoridade pública, quanto a cada caso concreto. Mesmo quando, como hoje, a personalidade pertence a cada sociedade ou a cada sociedade de tipo determinado, é óbvia a diferença entre os requisitos que dizem respeito ao contrato e aqueles que dizem respeito à separação dos patrimônios.

É justamente este o ponto de partida da teoria das sociedades irregulares. É, justamente por isso que, independentemente das diversas teses quanto à natureza da constituição da sociedade, há teses, diversas, quanto ao alcance da inter-

determinadas condições, ou, ao contrário, decorrerão diretamente da exclusão do negredo, incluindo, no entanto, os terceiros que não se consideram parte da sociedade separada, não pressupõe, era absurdo, a imputabilidade, ser um contrato, assim como não é lógico postular que a responsabilidade das partes, tec. efeitos de direito real.¹⁶

Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos diferentes para disciplinar a responsabilidade das partes pelas atas que praticam contra os sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, subordinada à ordem social, é a devidamente que se personifica numa norma da ordem jurídica. Isto é, portanto, não é lógico que, através dessa distinção, se possa, se para com os terceiros. As diferenças que, em matéria de constituição, existem entre sócio para com outros sócios, tornam-se irrelevantes, através da personalidade jurídica; os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros existem justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios; os bens dos sócios, evitam, são distinguíveis dos bens terceiros; os interesses dos sócios "contra sócios" e contra sócios daquela sociedade são distinguíveis dos interesses individuais dos sócios, através da personalidade jurídica e do patrimônio separado.¹⁷

Vençam os limites da personalidade jurídica, os limites da responsabilidade entre os sócios para com terceiros existem justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios; os bens dos sócios, evitam, são distinguíveis dos bens terceiros; os interesses dos sócios "contra sócios" e contra sócios daquela sociedade são distinguíveis dos interesses individuais dos sócios, através da personalidade jurídica e do patrimônio separado.

16. Joaquim Ribeiro, *Ribeirão*, ob. loc. cit., que, justamente, recorre a este princípio (ou seja, afinal, à personalidade jurídica das sociedades irregulares, afirmada na doutrina de muitos países) para afirmar ser a constituição da sociedade, um contrato.

Afinal, um constituição do patrimônio separado em consequência da constituição da sociedade lhe, quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como de um privilégio a favor daqueles que vêm a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do sócio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do sócio. Cf., sobre este aspecto, Guinot, ob. loc. cit.

Este efeito explica a importância, quanto às sociedades, das normas de publicidade e das que visam seja o capital social efetivamente arrecadado e ficar, etc., subsistente, bem como o particular rigor dessa disciplina quanto às sociedades anônimas; não contraria, no entanto, com a natureza contratual do ato de constituição, o consentimento das partes bastante quanto à transferência da propriedade.

17. Tal é, o caso, nos sistemas de tipo francês, à vista do princípio de

Podesse, aliás, observar que a concepção acima criticada não conseguiu justificar os direitos da sociedade com os sócios (por ex., quanto à estrutura), ou inquétes dos sócios com a sociedade nº.

CRÍTICA DAS TEORIAS POLÉMICAS

c) Igualmente improcedente, para o que, um recente doutrinário que, com a intenção de conciliar as divergências mencionadas, vê a constituição da sociedade com um negócio jurídico, que nascia, no mesmo tempo, contrato em quanto se encunha as relações entre sócios — o ato unilateral (de todos os sócios) em quanto se encunha as relações entre com os terceiros; ou dois atos simultâneos (um contrato e um ato unilateral).

Baseia-se, por parte da exata percepção de que, na constituição da sociedade, existe algo de análogo e algo de diferente do que há nos demais contratos, mas chega ao resultado, a meu ver, inaceitável, de atribuir a um ato único, simultaneamente, duas naturezas diversas e contraditórias (como a do ato unilateral e a do contrato), ou de postular, no fundo do "contrato" da sociedade, uma declaração dos sócios nos termos que, no contrato, é na verdade, o próprio contrato de sociedade.

19. Isto neontem atô quanto às sociedades anônimas por negócios, que são, em geral, na levada em conta pelas teorias do ato complexo e do ato do fundação. A doutrina alega, com efeito, tratar a diferença entre a sociedade anônima e a sociedade por quotas de um ato e uns direitos sociedades do outro lado, à vista do fato de constituir, nupens us primeiros, pessoas jurídicas, o que não se verifica, entretanto, a consequente diversidade de disciplina quer nas relações quanto aos terceiros, quer nas relações entre os sócios, mas nem todos os elementos, parece-me, é bastante para negar a contratuabilidade do seu negócio constitutivo.

Como notado no texto, as teses contrárias encontram a sua efície justamente quando se trata de desenvolvê-las, mais pormenorizadamente, no que diz respeito à constituição da sociedade anônima.

Ao explicar a constituição sucessiva, a doutrina do ato de fundação, com efeito, imagina: a) a participação do subscritor na declaração unilateral de fundação; b) um contrato entre subscritores e fundadores em favor da sociedade; c) contrato, porém, que a sociedade, embora inexistente, deveria aceitar mais tarde, uma vez surgida; d) e que tais contratos se incluem, necessariamente, no ato social constitutivo.

Com isso, o elemento constitutivo, embora negado, acaba sendo readmitido, numa construção que não é, por certo, simples, e que, ademais, endossa conceitos contraditórios (por ex., o do contrato em favor do terceiro, contrato que, porém, o terceiro é obrigado a aceitar).

20. Esta é a doutrina de SALANTRI, já citado, e de Soprano, *Trattato delle Società Commerciali*, n.º 101, acompanhados por TRAVAGLIO, *Dolo*, pág. 488. Tal doutrina (cf., quanto à sua critica, ALUETTA e OSRI, ob. cit.), den origem à ulterior construção do primário dâsses autores, sobre o conceito industrial como sendo sociado do ponto de vista externo e não o sentido do ponto de vista interno, o que segundo, sobre a mita como contrato misto.

REFIRMAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DO CONTRATO DA SOCIEDADE

d) Podemos, poisa, voltar à doutrina tradicional, afirmando ser, à constituição da sociedade, um contrato²¹.

Aliás, é fácil observar que, essa, a premissa expõe a imparcialidade da sociedade entre os contratos e o direito individual que, na legislação, é por força dessas regras que, em princípio, isto é, entre normas legais específicas, deve ser negado (salvo com o consentimento unânime das partes) a possibilidade de modificar o que originalmente foram estabelecidas, e assim por diante.

Tor outro lado, porém, a críticas da tese contratuista para justamente da existência de algumas peculiaridades do contrato de sociedade, que demonstram que, embora elas não sejam incompatíveis com os principios fundamentais do contrato, há, no entanto, uma distinção entre a sociedade e os contratos de permuta; esta distinção permite identificar, entre os contratos, a subspecie dos "contratos"²² plurilaterais; nestas

21. Cf., uma ampla bibliografia, nos estudos volumes de ALUETTA, pág. 10, e GRIMONTI, pág. 125, ambos igualmente excludendo a crítica da teoria multicontratista; na doutrina brasileira, cf. WALTERIAN FRANCK, ob. cit., pág. 210, que é suficiente para distinguir a hipótese aqui considerada. (Cf. OSRI, ob. loc. 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 dessas categorias cf. OSRI, ob. cit., n.º 13.) Note-se que a diferença é independente do fato de haver, ou não, também em algumas hipóteses mencionadas por MESSINEO (por ex., na constituição de ato por terceiro), uma delegação, no contrário, uma opinião aceitada ou não um plurilateral de negócios e não "um" negócio plurilateral, possa haver um negócio único ou não, mais precisamente, um contrato (enjos sujeitos seriam o constituinte, a mulher e o marido, dize-se óbvio, do exumar o acerto dessa construção) que, à vista da participação de três partes, poder-se-ia denominar de plurilateral;

d) quanto aos "acordos" (cf. OSRI, ob. cit., n.º 10), voltaremos mais adiante ao assunto.

As regras que vamos expor, presumo, corroboram a distinção entre as várias hipóteses. Ielas, com efeito, são, em princípio, imparciais às hipóteses do ato complexo, da deliberação, ou do negócio plurilateral (no sentido de MESSINEO). N.º 13, justamente a diferença da disciplina prática, o que, simultaneamente, demonstra o justificativa distinção entre os variados conceitos jurídicos. Desnecessário acrescentar poder a palavra "contrato plurilateral" ser utilizada também com referência a hipóteses diversas daquelas do texto.

categoria (*contrato plurilateral*) é possível, por seu turno, identificar várias subentrevistas: a do extrato de sociedade é aquela de maior im- pertinência, mas não a única.²⁴

O CONTRATO PLURILATERAL

POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO DE MAIS DE DUAS PARTES

23) a) O primeiro característico que devemos ressaltar é aquele da possíveis participação de *mais de duas* "partes"²⁵, assumindo todas (e portanto, mais de duas) quer direitos, quer obrigações. Este caracterís- tico é tão conhecido e evidente, quando se levam em conta as sociedades e as associações, que não tem necessidade de ser ulteriormente ilustrado.

Este característico formal não é destruído de relevância, pois a doutrina dos contratos²⁶ tem, ao contrário, constantemente em vista a hipótese de duas e somente duas partes. Chegou-se mesmo a afirmar²⁶ 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.

23) Problema especial é aquele da "fusão" de mais sociedades, à vista do fato que, simultaneamente com a constituição de uma nova sociedade, verifica-se a extinção das sociedades que se fundem, sucedendo a nova sociedade, *in universum iuris*, às sociedades que se fundem.

Na quem (por ex., TRAVERS, *Sociedades por Ações*, Rio, 1941, vol. II, pág. 179) encara também a fusão (no que respeita à constituição nova sociedade) como *ato complexo*; mas exato parece-me, também neste caso, encarar um *contrato plurilateral* pois há, inegavelmente, partes (as várias socieda- des) — *o*, possivelmente, mais de duas — com interesses contrastantes. Este contrato tem, afinal, natureza análoga à do contrato de constituição da sociedade, sou- do, ao contrário, inexiste a assinatura à vinda; encarteria-se, porém, pelo fato de ser concebido por sociedades que, simultaneamente, visam a 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 possi- vidades das constituições, por seu turno, uma nova sociedade.

Cf. FRANT, *La Fusione delle Società Commerciali*, Roma, 1936; De Guedont, ob. cit., ns. 406 e segs.

24) Não é preciso lembrar poder "uma" parte ser composta de "várias" su- jostos. Os condôminos que vendem a *casa comum* constituem "uma" parte, en- horam composta de "várias" pessoas. Justamente, na hipótese do que a "uma" parte "parte".

Referimo-nos, no texto, a uma pluralidade de "partes" e não à eventualidade da que a "uma" parte correspondem "várias" pessoas. Não há, pois, *contrato plu- rilateral* na concepção (embora haja, também nessa hipótese, contrato), uma vez que os credores, embora sem constituir uma pessoa jurídica, se apresentam repre- sentados em "uma" parte (que se contrapõe à outra parte, constituida pelo devedor); é por isso que, com determinadas cautelas e controles, se torna possível uma deli- beração por minoria dos credores.

25) Toda a generalização das *regras peculiares aos contratos de parceria*, por exemplo, é *errada*, lógicamente, entre os que vêm no contrato de sociedade um ato complexo.

É óbvio que, mesmo quanto aos contratos plurilaterais, em um deter- minado caso concreto, pode haver a participação de apenas duas partes. Isso, porém, em nada diminui o característico acima enunciado: ao passo que, com efeito, dos contratos plurilaterais podem participar *mais de duas* partes, essa possibilidade está exaltada nos demais contratos.

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

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 realidade, unificados em dois grupos e sólamente em dois grupos.²⁸

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

A distinção é ainda mais clara quando se observa que, mesmo no contrato de sociedade, uma parte pode ser, por sua vez, composta de várias pessoas (por ex.: 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*.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES

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

27) No exame ulterior, notaremos, todavia, alguns limites dessa última afir- mação.

28) Quanto à diferença entre "pessoa" e "parte" acompanha a aguda análise de MESSIAS, ob. cit.

29) Com o termo "bilateral" (em contraposição a "unilateral"), splêndido nos "contratos", faz-se referência justamente à circunstância de que do contrato de correm obrigações reciprocas quanto a duas as (duas) partes. O termo "plurilateral" pode ser aplicado no contrato em apreço, nesse sentido (e é por isso que o contrato de sociedade só ser qualificado de "bilateral"), além de indicar (o que corresponde, no contrário, ao significado do termo "bilateral" em relação ao negócio jurídico) o (possível) participação de mais de duas partes em sua formação.

A tratar do texto parte implicitamente da exclusão da legitimidade de um con- trato plurilateral em que uma das partes goze de direitos sem ter obrigações (por ex., gozo de direitos de participar nos lucros sem ter o dever de participar nas per- das); é o problema versado na teoria da sociedade leonina.

30) entanto, em tese, esta situação não é lógicamente impossível (cf. a respeito especialmente HOGSTROM, ob. loc. cit.) e demonstra a pertinência dos contratos

DE CADA PARTE PARA COM AS DEMAIS

c) Cada parte, pois, tem obrigações, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras³⁰; adquire direitos, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras³¹.

Se quiséssemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos³², 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 linha³³.

CONCLUSÃO DO CONTRATO

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

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

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

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

Com efeito, quanto às sociedades por ações, nas quais esse problema se apresenta com particular gravidade, o direito disciplina quer a constituição baseada na adesão simultânea dos subscritores, quer, de um modo especial, uma constituição chamada "sucessiva"³⁴.

Plurilaterais no que respeita à posição dêles quanto à distinção entre contratos a título oneroso e contratos a título gratuito.

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

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

32. Um exemplo desse uso pode ser encontrado no volume de *KOKCINEK, Juridical Relations*, 2.ª ed., Indiana, 1927.

33. Por sua vez, a delegação, ou o negócio plurilateral estudo por Messias SISTO, corresponde à figura de um triângulo; a deliberação, à de uma série de linhas convergentes num só vértice.

34. É óbvio que, em face do objeto desse estudo, prescindido da disciplina mais precisa dessa constituição, o direito plurilateral estudo por Messias SISTO, direito brasileiro das sociedades por ações, a constituição que chamamos "sucessiva" verifica-se tanto no caso da subscrição pública (arts. 40 e segs., Dec. n.º

Em substância, admite-se poderem, as adesões individuais dos sócios, serem comunicadas aos fundadores que tomam a iniciativa da constituição da sociedade³⁵. A assembleia (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)³⁶, dada a dificuldade

2.627, de 26 de setembro de 1940), quanto na hipótese da subscrição particular por deliberação assemblear dos subscritores, disciplinada no art. 45, § 1.º, do mesmo decreto.

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

36. O papel dos fundadores foi bastante discutido em doutrina e é, sem dúvida, bastante complexo. Cf., por último, AULERIA, pag. 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 fundadores, portanto, agem como representantes dos demais subscritores. Parece-me

o fato de que, nesta hipótese, os fundadores como gerentes da sociedade, cuja existência pressupõe, no contrário, subscrição integral do capital e a entrada da parcela fixada pela lei.

Ao concluirem contratos no interesse da futura sociedade (por ex., no aluguer dos locais necessários), os fundadores agem a próprio risco.

A diferença entre as duas funções, não obstante a tendência de uma autorizada dentro 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, no passo que, na segunda, 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 o populo* à proposta de participar na sociedade; não constitui, no entretanto, diretamente, uma proposta de contrato *in certam personam*; a proposta do cada subscritor é, por seu turno, aceita pelo fundador qual representante dos demais subscritores.

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

A vista, entretanto, da complexidade peculiar da constituição de um contrato plurilateral, mister se faz soar, a conclusão do contrato, verificada e declarada per os próprios contratantes; a assembleia do constituinte formada pelos subscritores tem, justamente a tarefa de constatar ter sido o capital regular e integralmente suscrito, declarando, consequentemente, constituida a sociedade; a sua fundação é, por isso, antes de mais nada, *declaratoria*. (Sobre a teoria do negócio declaratório cf. a minha *Teoria Geral dos Títulos do Crédito*, págs. 168 e segs.)

prática de constitui-lá, individualmente, a todos os subscritores³⁷. O contrato conclui-se mediante as subscrições, que não constituem, por isso, contratos pré-estabelecidos, ou contratos em favor de terceiros, mas representam, diretamente, a oferta de cada subscritor de aderir ao contrato de sociedade, por intermédio dos fundadores³⁸. Não há nenhuma relação 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.

Mas porque tem a assembleia constituinte, por um lado, a tarefa de verificar a realização das condições às quais está subordinada a constituição da sociedade³⁹ e, por outro, a de proceder aos primeiros atos de gestão (nomeação dos diretores e dos fiscais)⁴⁰.

37. Cf. SORIANO, ob. cit., n.º 315; ASCANIUS, *Appunti*, vol. II (*Società*), 3.ª ed., pág. 232; AVILÉTA, ob. cit., pág. 198; DE GIACOMO, *Sociedad*, Turin, 1938, pág. 201; GRIMINI, ob. cit., pág. 123; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ob. cit., vol. I, pág. 108. Esta tese encontra, aliás, mais uma prova no princípio de ser o vínculo dos fundadores, irrelevante quanto à validade da sociedade, o vínculo da vontade dos fundadores⁴¹. Cf. HEMAND, pág. 892; GRIMINI, ob. cit., pág. 129. Este princípio pressupõe, justamente, qual premissa, a tese do texto.

38. Cf. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ob. cit., que, no entanto, adota (quanto às sociedades por ações) a teoria do ato complexo, encerrando nas declarações dos subscritores outras tantas declarações parciais que visam a constituição da sociedade. O ilustre autor (criticando a teoria contratualista) observa: "Serão os subscritores obrigados apenas nos confrontos da sociedade. Mas donde nasce esta obrigação? Apenas da declaração unilateral do subscritor visando a constituição da sociedade, que o aceita desde que constituída?" Refutando esta segunda explicação (com frequência 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 típica da obrigação de cada subscritor para com todos os demais.

Quer nas sociedades por ações (apesar da maior complexidade destas, mesmo quanto à sua constituição), quer nas demais sociedades, o 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 socio (ou cada sócio) ilimitadamente responsável, na comandita) administrador e de poder, por isso, cada sócio agir em nome da sociedade, mas tratar-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!

40. 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.

41. Em alguns direitos, admite-se poder a assembleia também "completar" as cláusulas do projeto (por ex., art. 134, Cód. Comercial Italiano, de 1882; em sentido oposto, cf. art. 44, § 3.º, Dec. n.º 2.627, no direito brasileiro).

DOJO

c) A pluralidade das partes explica porque o dolo "previamente da parte contrária", para viciar a manifestação contratual de vontade⁴², deve prover de "tódas as outras partes"⁴³ ou de quem as representa; porque, para efeito da avaliação da *solentia fraudis* na ação revocatoria quanto à entrada de um sócio, será necessária a prova dessa *solentia* em todos os demais ou em quem os represente⁴⁴.

FINALIDADE COMUM

1) A pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com *comum* de *finis*⁴⁵. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.

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

Nos demais contratos, o "fim ou escopo" do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função típica do próprio contrato (por ex., 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

42. Refiro-me, é óbvio, aos sistemas jurídicos em que, nos contratos, tão-somente o dolo proveniente da parte contrária vicia a declaração de vontade. Cf. CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, Curitiba, 1908, pág. 650.

43. VIVANTE, *Trattato*, 5.ª ed., vol. II, pág. 423. Cf. também AVILÉTA, pág. 12.

44. Percebe-se, desse modo, a importância do fato de considerar os fundadores como representantes (na constituição da sociedade e quanto ao recebimento da declaração de cada subscritor) dos demais subscritores para com cada qual. Estas afirmações induzem a achar relevante, de conformidade com a doutrina de LIXON GAX e REXVURT, o dolo proveniente dos fundadores, em contraste com a doutrina dominante nos sistemas que limitam a anulação por dolo ao caso em que o dolo provém da contraparte. (A doutrina dominante é contrária, mas ela assenta na negação de poderem, os fundadores, ser encarados como representantes dos subscritores; esta negação assenta, por seu turno, na premissa 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 11); 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, pág. 60.

45. Cf. AVILÉTA, ob. cit., pág. 39.

sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui o elemento "comum", "unifactor", das várias adesões e corresponde para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes.⁴⁷ Ele se prende, justamente, àquele atividade ulterior⁴⁸, a que o contrato plurilateral é destinado.

Em cada caso concreto⁴⁹ será preciso, portanto, examinar a possibilidade e licitude do escopo do contrato, independentemente da licitude ou ilicitude da adesão de cada parte ao contrato⁵⁰.

FUNÇÃO INSTRUMENTAL

g) Assim se evidencia a função "instrumental" dos contratos plurilaterais, a qual, sob outros aspectos, voltaremos no próximo número. Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior⁵¹. Concluído 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.

46. Cf., especialmente, AURELIA, ob. cit., pág. 36.

47. Essa é, no fundo, o sentido da tese tradicional, que exige a *affectio societatis*, essa tese costumou ser criticada (cf. SALVADOR, *Revista do Direito Civil*, 1911), observando que ela imagina quase que uma duplício do consentimento das partes. Essa tese é, no entanto, exata, quando põe em evidência o objetivo comum e a necessidade do que o consentimento das partes vise à consecução desse objetivo comum.

48. Note-se, sor, também, mister distinguir entre a licitude de um ato realizado pela sociedade e a licitude do objeto social. Um fenômeno análogo (cf. WEILNER, abaixo cit.) pode verificar-se no mandado, justamente porque, também o mandado é, juridicamente, coordenado à realização de negócios ulteriores.

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

50. Cf. WEILNER, *Toro Italiano*, 1933, I, 1.607, que examinou este característico e notou, justamente, ser essa função, própria também do mandado. Cabe a WEILNER, ob. cit., o mérito de ter evidenciado a distinção entre duas categorias de contratos.

51. Pode, por exemplo, ser lícito o objeto da sociedade e ser ilícita a adesão a um dos contratos plurilaterais pertencem, como o mandado, aos contratos que têm por WEILNER, diversificam do mandado, no entanto, justamente pelo plurilateral; é, de outro lado, diversa a disciplina da função instrumental nos dois casos. É, portanto, inopportuna a terminologia de "contratos de organização", se utilizada para indicar apenas os contratos plurilaterais, podendo ela ser, no entanto, aprovada para indicar todos os contratos com funções instrumentais e que dali decorrem, que é possível e oportuno encarar os contratos plurilaterais qual

Eis porque, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo em fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade desse objetivo.

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

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. Ensinou, por isso, que as diversas faculdades de dono não constituem direitos subjetivos autônomos, mas a espera em que, o dono, à vista do seu direito de propriedade, pode agir. Imediatamente.

Os contratos plurilaterais visam, ao contrário, justamente disciplinar a utilização dos bens a que se referem⁵². Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do direito jurídico, passam, ao contrário, a ser objeto de disciplina jurídica por normizada, 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 todas⁵³.

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 o momento da conclusão do contrato, mas,

uma subespécie entre os contratos, ao passo que as óbvias diferenças entre contratos plurilaterais e mandado acarretam uma menor relevância da categoria dos "contratos de organização".

Cumpre, aliás, notar que a função instrumental do mandado se aproxima à dos contratos plurilaterais "externos" e "internos".

51. É, por isso, que se pode falar em contratos de organização. Cf. OSTI, ob. loc. cit.

52. Justamente destes características decorrem alguns problemas, no direito intertemporal e no internacional privado, peculiares aos contratos plurilaterais e que, em parte, se encontram também quanto ao mandado.

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 ex., no que respeita aos poderes das assembleias); são por todos conhecidas as discussões da doutrina francesa por ocasião das reformas de 1906 e de 1913. Tais discussões assentam justamente nas dificuldades que decorrem do caráter instrumental do contrato plurilateral.

No direito internacional privado apresenta-se, quanto aos limites da submissão dos sócios de uma sociedade, o problema de dever-se aplicar a lei do país em que a sociedade se constitui ou aquela do país em que a sociedade assume compromissos (quanto aos compromissos ali assumidos). Cf., a respeito, HOMMER, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, pág. 220 (sustentando a segunda solução ao passo que a jurisprudência inglesa — 1 King's Bench 304, 1905, — *Rision Iron & Locomotive Works versus Furness*, afirmou a primeira).

também, a vida da organização e devem, por isso, continuamente subsistir; podem, apesar de existirem no momento da conclusão, às vezes faltar, durante a duração do contrato, acarretando a dissolução dele as.

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

Com efeito, o prazo é necessário, porque é necessariamente prevista uma atividade ulterior. Esse prazo "necessário" não se refere ao momento em que devem ser cumpridas determinadas obrigações⁵⁴, mas ao momento até ao qual deve perdurar a organização no seu conjunto⁵⁵.

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 contratos⁵⁶.

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.

53. Os vícios de formação do contrato, ou seja, de constituição, ocorrem necessariamente na conclusão dele.

Os requisitos quanto à vida da organização devem subsistir para que o contrato possa preencher a sua função; a falta deles tem um 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 podem sempre ser invocados até que não sejam sanados.

Assim, no sistema brasileiro das sociedades por ações, as formalidades de constituição visam apenas a 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, não se pode cogitar de prescrição quanto à falta dos requisitos necessários para que o contrato preencha a sua função instrumental; estes podem sempre ser invocados até que não sejam sanados.

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.

54. 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 o prazo "indeterminado", sobretudo nas sociedades de capitais. Tal possibilidade é, no entanto, admitida no Código Civil brasileiro (art. 1.399) e no Comercial (art. 302, n.º 6), estabelecendo-se, então, a dissolução do contrato, em consequência de renúncia de um dos sócios (art. 1.404, Código Civil; art. 335, n.º V, Código Comercial). Parece-me dever-se admitir esta consequência mesmo nas sociedades por ações. A doutrina brasileira, acompanhando Carvalho de Meneses, só nega-lo, observando poder, de qualquer forma, o acionista, vender a ação. Esquece-se, porém, ser a possibilidade legal de vender a ação bem diversa da possibilidade prática de vendê-la a um preço equitativo. A possibilidade, portanto, de vender a ação não alcança aquela tutela do acionista, que, ao contrário, é necessária à vista, do fato de não ter, a sociedade, um prazo determinado.

55. Continua-se, com efeito, com os princípios gerais dos contratos de execução continuada a distinção mencionada no fim da letra g. Cf. Osor, ob. cit., n.º 28.

CONDOMÍNIO

i) Justamente o caráter instrumental acima indicado explica por que, em virtude de tais contratos⁵⁷, se possa constituir um condômino. Pode-se acrescentar, ademais, que só através desses contratos é possível constituir um condômino sobre bens, até então pertencentes, individualmente, a *virias*⁵⁸ partes.

O fundo "comum" assim constituído facilita justamente a realização da finalidade comum⁵⁹.

DIREITOS DAS PARTES

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

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

Nos demais contratos, ao contrário⁶⁰, o direito de cada parte é "tipicamente" distinto daquele da parte contrária: o vendedor tem di-

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

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

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

60. Daí as contínuas discussões jurisprudenciais sobre a hipótese do estabelecimento comercial que em comum dos herdeiros, por força de sucessão. A tendência em admitir, neste caso, a existência de uma sociedade de fato entre os herdeiros, decorre, justamente, da circunstância de que a existência de um condômino 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 bastante quanto à disciplina do fundo comum nas hipóteses que classificaremos como de "associações"; não naquelas que classificaremos de "sociedades". Esta observação reforça a oportunidade do critério distintivo, entre associações e sociedades, que mais adiante versaremos.

reito ao pagamento do prego e o comprador à entrega da coisa; o mandatário a que lhe sejam reembolsadas as despesas e o mandante à que sejam zelados diligentemente os seus negócios.

OBRIGAÇÕES DAS PARTES

1) Por outro lado, se examinarmos as obrigações das várias partes, num contrato plurilateral, constataremos poder, cada obrigação, ter um objeto diverso, sem ter, entretanto, cada uma, um conteúdo típico consubstancial, como nos demais contratos.

Recentemente, 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 de "associação".

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

Ao contrário, nos demais contratos, a obrigação de cada parte tem um objeto típico e constante: o vendedor deve transferir a propriedade da coisa; o locador conceder-lhe o uso; o comprador, pagar-lhe o preço, etc.⁶²

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

E, com efeito, 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.⁶³

Assim, o sócio que transfere a propriedade de uma coisa é responsável por evicção e por vícios ocultos, e essa consequência é corrente-

61. Com exceção da troca (art. 1.164, Cód. Civil brasileiro). Cf. ASCARELLI e agora, OSRI, ob. loc. cit.

62. WIELAND, pág. 453.

63. A hipótese é, pois, diversa daquela dos contratos mistos, apesar da freqüente tendência em confundir estas duas hipóteses. Cf. ASCARELLI, *Negócio Indireto, cit.*, e agora, DR GENNARO, *Contratti Misti*, Pádua, 1934, pág. 28, e OSRI, ob. loc. cit., n.º 30. Na doutrina brasileira, cf. HONRIO MONTEIRO, na *Revista da Faculdade de Direito*, de São Paulo, vol. XXXIII, pág. 537.

Exemplificadamente: a alienação de um bem pode derivar seja da conferência do bem em sociedade, seja de um contrato de venda ou troca. Acerretando, a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, poder-se-á aplicar as normas que visam as alienações, embora eventualmente ditadas, num determinado código, apenas em relação à venda. Entretanto, a conferência de um

mente afirmada mesmo nos direitos (por exemplo, o italiano e o francês) ou que disciplinam essa responsabilidade sólente em relação a alguns contratos e não de modo geral (como, ao contrário, o direito brasileiro).⁶⁴

RELAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE CADA PARTE COM AS OBRIGAÇÕES DAS DEMAIS

64) 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.⁶⁵

ESCOPO — SOCIEDADE E ASSOCIAÇÃO

65) Se nos detivemos 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.

66) Discutiu-se, ao contrário, no direito francês e italiano, sobre a possibilidade de aplicar às entradas sociais o instituto da lesão enorme, porque, dadas as normas da sociedade, a vantagem social é nítidamente distinta da venda; com efeito, o alienante passa então a participar do patrimônio comum, não recebendo, ao contrário, nenhum prego. O fato de constituir a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, assenta já nos características típicas da sociedade; não na concorrência de elementos do contrato de venda.

67) Discutiu-se, ao contrário, no direito francês e italiano, sobre a possibilidade de aplicar às entradas sociais o instituto da lesão enorme, porque, dadas as normas da sociedade, a vantagem social é nítidamente distinta da venda; com efeito, o alienante passa então a participar do patrimônio comum, não recebendo, ao contrário, nenhum prego. O fato de constituir a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, assenta já nos características típicas da sociedade; não na concorrência de elementos do contrato de venda.

68) Discutiu-se, ao contrário, no direito francês e italiano, sobre a possibilidade de aplicar às entradas sociais o instituto da lesão enorme, porque, dadas as normas da sociedade, a vantagem social é nítidamente distinta da venda; com efeito, o alienante passa então a participar do patrimônio comum, não recebendo, ao contrário, nenhum prego. O fato de constituir a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, assenta já nos características típicas da sociedade; não na concorrência de elementos do contrato de venda.

69) As normas sólidas a sociedade leonina visam, precisamente, 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.

70) 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 daquela contrato ou o seja em virtude de contrato diverso. Cf. ASCARELLI, *Negócio Indireto*, e agora, OSRI, ob. cit., n.º 30.

71) AURELIA, ob. loc. cit.; WIELAND, pág. 464.

Nesta hipótese, o direito dos participantes é o de gozar destes serviços; não constituiria sonho de dinheiros, mas na vantagem constituida pela possibilidade de aproveitar os serviços comuns, sem nenhum pagamento, ou por um preço inferior ao que resultaria do mercado. Se se constituir um fundo comum em dinheiro, este é empregado na aquisição, de terceiros, de bens destinados, pois, diretamente, aos associados.

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

A segunda situação é típica das mutuas ou cooperativas.⁶⁹ Os que, por exemplo, se reúnem numa mutua de consumo, ou numa mutua de crédito, têm direito de gozar dos serviços da mutua; sua vantagem consiste em poder adquirir o que precisam, nos armazéns de mutuas de consumo; em poder obter crédito da mutua de crédito⁷⁰, e assim por diante.⁷¹

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

67. Independentemente da importância devida para a participação na associação, em seu objeto, ao que seria próprio de um contrato de permuta. O associado da mutua de seguros adquire, por exemplo, por força de sua mais adiante, será observado acerca da supervalização feita por CANTELLERI 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 limite.

68. Coadunam-se com este conceito os limites frequentemente impostos à possibilidade de, o sócio, fazer concorrência à sociedade. Cf., por ex., art. 112 do Código de Comércio italiano de 1882; art. 317, Código Comercial brasileiro. Cf. JOAQUIM RODRIGUES ROMARIZ, ob. loc. cit. Esta observação corrobora o que mais adiante, será observado acerca da supervalização feita por CANTELLERI da distinção entre contratos de sociedade e contrato de disciplina da concorrência.

69. Quanto às "cooperativas" deve-se, no entanto, lembrar que, na caracterização jurídica delas, nas várias legislações, concorre com freqüência, simultaneamente, dois conceitos: o da mutualidade e o da variabilidade do capital (sem modificação do estatuto). Realmente, a variabilidade do capital condiz-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 Dec. n.º 22.239 de 19 de dezembro de 1932; art. 2º do Dec. n.º 5.803, de 19 de outubro de 1943 e o Dec. n.º 6.274, de 14 de fevereiro de 1944.

70. Todos os participantes da mutua gozam do mesmo direito (em conformidade com o que afirmamos, precedentemente, quanto a todos os contratos plurilaterais), mas o objeto desse direito pode ser diverso nas várias mutuas (por exemplo, mutuas de seguros, de construções, de crédito, de consumo, de trabalho, e assim por diante).

A diversidade de objetivos da mutua 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. ASCARELLA e AGORA, Osrl, obs. locs. cits.

71. Não é talvez diverso, sob muitos aspectos, o que se verifica quanto aos chamados consórcios de irrigação entre maiores proprietários de imóveis rústicos.

associação à mutua, um direito cujo objeto corresponde àquele de um contrato de seguro.⁷²

Propõe-se, então, um problema análogo àquele, recordado há pouco, a propósito da obrigação; no direito de quem participa da mutua devemos aplicar as normas gerais das mutuas, bem como as resultantes do objeto particular daquele direito.

Não é diversa, a meu ver, a situação nas numerosas associações⁷³ que se propõem objetivos de assistência⁷⁴, estudos, etc., a favor dos próprios associados; não é diversa — apesar de se referir à atividade recreativa dos indivíduos e das várias diferenças que dão derivado — a natureza das associações recreativas e esportivas, quando se propõem facilitar aos próprios associados o exercício do esporte, etc.⁷⁵

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

Na realidade, esta orientação não é, de todo, exata. A associação, com efeito, sempre visa o interesse dos próprios associados; os seus fundos devem ser destinados ao interesse deles; quem se filia à associação quer obter um certo serviço em condições mais vantajosas do mercado, quer obter, em virtude da própria participação na mutua, no fim do exercício social, um pagamento (inevitavelmente, às vezes, chamado de dividendo) que corresponde, afinal, ao reembolso da diferença de lucro.

72. Também nessas hipóteses, é inexato falar de contratos mistos (como, entre tanto, faz SORRABO). 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. ASCARELLA, ob. cit., e, agora Osrl, ob. loc. cit., ns. 26 e 30.

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

74. Acompanhando AURELA, ob. cit., pág. 34, considero decorra de um contrato a constituição de uma associação que se propõe realizar um objetivo a favor dos próprios associados.

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

Afinal, portanto, cumpre distinguir: a) sociedades; b) associações que permitem um objetivo no interesse dos próprios associados; c) associações com fins altruísticos. (Cf. art. 22, Cód. Civil brasileiro.)

O presente estudo cuida apenas das sociedades e das associações mencionadas na letra b; desculpa, ao contrário, das associações altruísticas, que permitem um conflito de interesse que permite falar de contrato.

73. A observação é contrária e foi amplamente desenvolvida por VIVANTE,

com referência às mutuas. Por isso, também na constituição da associação, pode haver

entre o prego do serviço no mercado e o menor prego⁷⁷ ao qual ele pode ser efetuado por meio da mítna.⁷⁸

Exato é, porém⁷⁹, de visar, nessa hipótese, a organização, por diretamente à disposição dos associados os próprios serviços; não realizar um lucro mediante operações com terceiros.⁸⁰

^{77.} A diferença entre este reembolso e a distribuição do lucro nas sociedades, foi especialmente estudada quanto às consequências no direito tributário, ora sustentando-se não poder ser tributado com imposto de renda o chamado lucro da cooperativa (a não ser quando decorra de operações com terceiros) quer no que respeita à realização dele por parte da cooperativa, quer no que respeita à sua distribuição aos associados (cf. no direito brasileiro, art. 27º do Dec. n.º 5.803, de 19 de outubro de 1945, modificando, a este respeito, o art. 28º do Dec. n.º 5.803, de 23 de setembro de 1943); ora sustentando-se não poder ser tributado o lucro realizado pela cooperativa, embora sendo tributado a sua distribuição aos associados (esta é, no direito brasileiro, a solução decorrente do art. 28º do citado Dec. n.º 5.844 e que voltou a vigorar com o Dec. n.º 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 consequência da "mutualidade", que assenta no efeito preenchedor deste requisito no caso concreto. Cf. VANNONI, *Natura e Interpretazione delle Leggi Tributarie*, Pádua, 1932, pag. 281; BLACK, *The Incidence of Income-Tax*, McMillan, 1939, pag. 291, e segs.

^{78.} Sendo, por isso, proporcional, com frequência, à medida em que cada participante recorre aos serviços da associação (cf., no direito brasileiro, art. 2º, f. Dec. n.º 22.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 49, Dec. n.º 5.803, de 19 de outubro de 1943 e o Dec. n.º 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.

^{79.} Na realidade, como se depreende das considerações do texto e, intuitivamente, do exemplo das mutuas de seguro, em contraposição às empresas de seguros, quer com um contrato associativo, quer com um contrato de permuta, a evolução histórica indica a substituição, quanto nos serviços de caráter coletivo indispensáveis a qualquer membro da coletividade e usufruídos por todos da mesma forma, do mecanismo do contrato de escambio pelo mecanismo associativo, da propriedade privada pela propriedade coletiva, até alcançar a gestão coletiva de serviços, originalmente administrados através de contratos de troca. Assim, o serviço das estradas, originalmente assente na propriedade privada e realizado por meio de contratos de escambio (no passado, com efeito, cada passagem "pela estrada custava uma peagem) e hoje assente na propriedade pública e gozado coletivamente (pois todos contribuem com os impostos à manutenção de um serviço que todos possuem, depois, usufruir gratuitamente).

^{80.} Eis porque todas as partes têm direito a gozar dos serviços da associação. (Cf. art. 60 e 61, Dec. n.º 5.803 de 19 de outubro de 1943.)

Conduna-se com os característicos do texto o princípio de ser, a possibilidade de participação na mítna, limitada às pessoas de determinada profissão ou classe (cf. art. 6º, § 8º, Dec. n.º 22.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 55, Dec. n.º 5.803, de 19 de outubro de 1943), aproximando-se, às vezes, sob alguns aspectos, a mítna a uma associação de categoria; a disciplina peculiar da cessão das quotas de uma cooperativa, em contraste com aquela vigente nas sociedades, em que, no contrário, pode-se chegar (nas sociedades anônimas e quanto às ações de uma comandita por ações) à livre circunstância da participação de cada sócio; o limite máximo da

criação⁸¹ e aqueles de quem participa de uma associação

Na sociedade, justamente à vista do fato de visar ela a 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 qual⁸².

^{81.} Diversos são, pois, os direitos de quem participa de uma associação

em quanto à propriedade — devendo ento ser encarada como tal — ou opere quer como associação, quer como sociedade.

^{82.} 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.

Notese que a diferença notada 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 processual, pois, prevalecentemente, 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; e justamente a disciplina desse uso das coisas comuns que constituem o objeto de minuciosa disciplina satisfatória na do condomínio. (Isto acontece, por exemplo, na hipótese em que mais lavradores deles, podendo ser alternativamente ou, enquanto possível, simultaneamente, por elos 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), explicita porque os Códigos regulam o "uso" das coisas comuns quer por ocasião da disciplina da sociedade (por ex., art. 1.356, II, Cód. Civil brasileiro; art. 1.723, Cód. italiano), quer no do condomínio (art. 623, I, Cód. Civil brasileiro; art. 675, Cód. 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 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 ex., a tradicional da divisão por quotas ideais) às regras ditadas acerca da propriedade das coisas comuns, e, ao contrário, outras (por ex., a que formulou VIRRITO SCALOPA quanto ao direito romano), às ditadas acerca do uso de coisas comuns.

^{83.} Portanto, a diversidade do fim de cada associação conduna-se com o diverso objeto do direito de cada participante. A classificação das associações con-

CONTRATOS EXTERNOS E CONTRATOS INTERNOS

o) 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 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 vários pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno, para lá construir um ginásio onde se pratiquem exercícios físicos.

Há casos, no 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 contrato⁸⁴; os "partes" não entram, então, em relação com os terceiros; não há representante, não há gerente comum. Assim, quando vários comerciantes decidem dividir, anualmente, entre si, todos os seus lucros ondade em vender, cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições prefixadas⁸⁵. Nessa hipótese, há, no contrato, uma pluralidade de partes e há um fim comum. A consecução desse, porém, não requer hajam, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstância de observar, cada parte, embora contratando individualmente com os terceiros, as cláusulas fixadas no contrato plurilateral⁸⁶.

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

Na primeira hipótese o contrato se prende à constituição de uma nova "empresa" distinta daquelas dos sócios; na segunda hipótese, ao contrário, não há a constituição de uma nova empresa⁸⁷.

—

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

84. Nota-se que, nessa 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 tomham em vista apenas um negócio ou alguns negócios determinados (ou seja, à hipótese da sociedade ocasional). Pode, também nessa hipótese, o contrato ter em vista todos os negócios de um certo tipo, das partes, por um prazo determinado ou, até indeterminado, do tempo.

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

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

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

87. Cf. WIELAND, ob. loc. cit.; a observação é corrente na doutrina alemã.

O termo "empresa" é, no entanto, aqui, entendido em um sentido muito genérico, englobando também as hipóteses em que a organização visa, diretamente, os interesses dos próprios associados e não a consecução de um lucro a distribuir.

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

Pois que, todavia, uma terminologia é necessária, permito-me observar que usei e usei da expressão "contratos plurilaterais" para indicar a categoria geral que vimos esboçando: "sociedade", para a primeira "associação" para a segunda⁸⁸ das duas hipóteses diferenciadas na letra *m*; contrato externo para a primeira e contrato interno para a segunda das duas hipóteses diferenciadas na letra *o*.

DIREITO DO SÓCIO EM EFETUAR A ENTRADA

q) As diversidades ora notadas refletem-se numa norma que se acha entre as já mencionadas pela doutrina tradicional, no diferenciar o contrato de sociedade dos contratos de permuta. Essa norma⁸⁹ 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 ele⁹⁰.

CONTRATOS ABERTOS

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

As vezes, o contrato importa numa permanente oferta de adesão a novas partes (que satisfazem determinadas condições) e numa 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

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

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

90. Mencionada nas obras citadas de AULETA, RODRIGUEZ e WIELAND.

91. WIELAND, pág. 464; AULETA, *Foro It.*, 1936, I, pág. 913.

examinados precedentemente⁹²; é nesta hipótese que, a rigor, se pode falar em contratos "subjetos".

Portanto, mesmo quando a entrada de um novo sujeito ou a desistência de um outro seja possível só modificando o contrato social⁹³, estaremos diante de uma hipótese incomum, nos demais contratos, sempre rigorosamente limitados apenas a duas partes⁹⁴.

Oportuno, retesentarmos — a isto acionar a diferença — que os novos sujeitos entram a fazer parte do contrato originário do fato, nos limites da responsabilidade que lhes é própria, elas respondem também pelas dívidas contradas anteriormente à sua participação na sociedade⁹⁵.

Por outro lado, a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo⁹⁶.

92. Pensaria, com efeito, assenta nesse elemento o caráter distintivo entre sociedade e associação.

No direito brasileiro o Decreto n.º 5.500, do 10 de outubro de 1940, art. 2.º, estabelece que requisito legal da cooperativa é não limitação do número do número dos associados e a variabilidade do capital; o Decreto n.º 22.239, de 10 de dezembro de 1922, menciona explicitamente qual característica da cooperativa é "variabilidade"; o Decreto n.º 5.503 exige serem finalidade da cooperativa "fins econômico-sociais" e elas em área de ação determinada⁹⁷.

93. Faz-se aqui a hipótese da entrada de um novo sócio além dos já existentes (como, exemplificativamente, no aumento do capital), ou da retirada de um sócio, sem que seja substituído por outro; 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.

94. Portanto, na entrada de um novo sócio encara um contrato entre o novo sócio e os demais, apresentando-se, fátos, 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 ao contrato originário; a subscrição do aumento deve, por seu turno, ser constatada por uma assembleia, análogamente 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,

mesmo ali repelida) que encerra 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.

95. Cf. ARTEZA, ob. loc. cit.

96. É a esse respeito que se pergunta se essa regra vale também no caso em que a sociedade fique, assim, reduzida a "uma" sócia.

97. Nesse poder, desse último problema, levantarse apenas quanto às sociedades e, não quanto às associações (constituir o critério distinto adotado neste estudo),

VÍCIOS DO CONTRATO E VÍCIOS DA AÇÃO

98) O aspecto da que se deprende, com maior nitidez, é possivelmente dos contratos plurilaterais é aquela das viés da constituição. Não tanto geral dos contratos, a viés de uma das manifestações da vontade que convergem para formar o contrato, trazem necessariamente nela vontade de todo o contrato, sua existência por si só determinando que não é possível a subsistência do contrato quando seja nula ou anulada a sua formação.

O mesmo não se verifica nos contratos plurilaterais, distinguir o que respeita à nulidade de cada parte quanto à forma e à vontade deles e o que respeita ao contrato no seu conjunto⁹⁸.

O vício de uma das manifestações que concorrem para a formação do contrato, importa na nulidade ou anulabilidade dessa manifestação não importa, porém, na nulidade ou anulabilidade do contrato. De acordo com uma primeira corrente doutrinária, o contrato, nessa hipótese, simplesmente se dissolve *ex nunc*; de acordo com uma segunda, permanece, não obstante a nulidade ou anulação de uma das manifestações de vontade sobre as quais se funda, enquanto continue a ser possível a consecução⁹⁹ do seu objetivo⁹⁹.

o próprio característico destas últimas, com efeito, assenta na continua subsistência de uma pluralidade de membros, no passo que se pode 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 ALVERNE, *Revista Forense*, vol. XCVI, pag. 577.)

A

regra do texto prende aos institutos da exclusão e da retirada de uma das partes de um contrato plurilateral; estes institutos, parecem-me, podem ser disciplinados até independentemente da existência de uma pessoa jurídica; prendem-se, justamente, à existência de um contrato plurilateral.

97. Cf. ASCEMANN, "Negócio Indireto", 1930, *Stud. Viente*; ALVAREZ, quer Guinot examinam analiticamente todos os possíveis vícios de uma sociedade; TRAVASSOS, Dolo, pag. 488. Lembrasse, também, em via de analogia o que foi observado na letra I acerca da concorrência das regras peculiares ao contrato plurilateral e dasquelas decorrentes do objeto, diverso, de cada adesão, quanto à disciplina jurídica desta.

98. A execução das prestações de uma das partes pode, com efeito, ser independentemente do objetivo social, por exemplo, quanto a uma sociedade que se proponha a exploração de uma mina (que um dos subscritores deve conferir, é indispensável a transferência da mina).

Nessa hipótese, a nulidade a qualquer um, como veneno, a resolução do vínculo de uma das partes, influir sobre todo o contrato; tal influência, entretanto, é "atemporal", constitindo apenas a consequência da impossibilidade de alcançar o objetivo comum.

99. Quanto à hipótese da nulidade ou anulação de todas as adesões (ou de todas as adesões com execção de uma), cf. GUINOT, ob. cit., pag. 430.

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

A regra do acausalidade, é expressa como previsão no direito é adotada na doutrina italiana¹⁰², e, no direito alemão, brasileiro, em virtude do art. 153 do Código Civil¹⁰³, e, no direito alemão, brasileiro, em virtude do art. 139 daquele Código¹⁰⁴.

Assim é que, nos contratos plurilaterais, adquire particular relevo a distinção entre os vícios do contrato (ilegitimidade, falta de forma, simulação, falta da integral subscrição do capital) e os vícios da adesão de uma das partes (in能力de, vícios do consentimento, simulação, fraude dos credores, falta da forma lícita para as adesões individuais, ilicitude, sociedade por lucro).

Pode-se acrescentar poderem, os vícios que respeitam às singulares adesões, 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 subspecies (nulidade e anulabilidade) conforme os critérios do direito comum¹⁰⁸; 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, f. por isso, que o problema da tutela de terceiros, quanto aos vícios do contrato e àqueles que adotados das várias partes, adquire, nessa hipótese, uma importância bem diversa da que possui nos contratos em geral. f., pois, natural a tendência da jurisprudência em derrogar,

então, correspondentemente reduzido o capital. Cf. Auterri, ob. cit., pag. 299 (porém, contrário quanto à primeira entre as duas regras acima enunciadas).

107. Cf. Auterri, ob. cit., pag. 295, e De Giacomo, ob. cit., pag. 29, quanto à discussão geral do problema se fosse visto respeito à adesão individual ou ao contrato em seu conjunto. No direito brasileiro, cf. (em sentidos diversos) Código Civil, art. 1.372; Código Commercial, art. 288, e, a respeito, WANDERER FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, Rio, 1914, vol. I, pag. 289.

108. Cf. TRAMANO-DE MIRANDA VARELA, ob. loc. cit. Cumprindo notícias tar-se de uma orientação espiritualmente frívola, i. e., sociabilis, mais, no entanto, preconizava três as sociedades. Pode-se, talvez, afirmar que a filosofia doutrinária e legislativa em matéria de víscos do contrato de sociedades demonstra, justamente terceiramente progressivamente frisado a distinção entre os principios que regulam os víscos da sociedade e os principios gerais do direito comum dos contratos. Esta distinção, parece-me, abriga justamente na pluralidade do contrato, de um lado; na função instrumental dêle, de outro lado.

corresponde no art. 153 do Código brasileiro.
165 *Resumindo* a participação no

105. Presumper, assim, a permanência de pelo menos duas (ou, nas sociedades por ações, conforme legislação particularizada) Cf. KOFFER, *Jehrbuch des Buerg, Rechts, und Verwaltungswesens*, 1902, p. 102.

mas legalistas, sete) adotam variadas opiniões, mas, na maioria, — I, pag. 348; AURELIO, ob. cit. — declarada nula uma das alegações —

106. *C*onforme notar que — anulada ou declarada nula uma das ~~disposições~~ hâ, necessariamente, uma diminuição do capital social.

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

— Ao passo, portanto, que, parece-me, a sociedade não se pode constituir a não ser quando integralmente subscrito o capital (ou seja, o subscritor não pode ficar vinculado, caso, na falta da subscrição do inteiro capital, querer os demais constituir a sociedade com um capital menor), pode, ao contrário, a sociedade, uma vez

no interesse dos terceiros, as regras gerais dos contratos. Estas regras importariam, com efeito, no efeito retroativo da anulação, com a consequência de que os terceiros não poderiam, pelo menos em numerosas hipóteses, contar com a responsabilidade dos sócios ou com aquela do sócio cuja adesão é nula ou anulada.

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

EXCEÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE CADA PARTE

i) 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 na nullidade (por impossibilidade superveniente) ou na resolubilidade do contrato.

109. Ou seja, quando não podem invocar uma *culpa in contrahendo*, Not-e-se levantarem-se, os problemas indicados no texto quanto à tutela dos terceiros, só nos contratos extremos, não naqueles apenas internos, o que decorre da própria natureza destes últimos.

Apresentam, elas, de outro lado, analogias com alguns problemas que se levantam no domínio do mandato, justamente em virtude do caráter "externo" peculiar também ao mandato.

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

111. 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 elas sejam sanadas pelo arquivamento (como, quanto às sociedades anônimas, nas legislações anglo-saxônicas, e, numa certa medida, na alemã) ou quando sujeitos a curtos prazos de prescrição. (Cf. o Decreto francês de 30 de outubro de 1925 e, no direito brasileiro, o art. 155 do Dec. n.º 2.627, quanto às sociedades por ações.)

Este último princípio, porém, não é por si bastante para tutelar os terceiros em relação à "retroatividade" da anulação 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 Dec. n.º 2.627, quanto às sociedades por ações), como casos de "liquidação" judicial. Concorrem, no entanto, para a tutela dos terceiros, outros princípios (por ex., 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, pág. 277 e segs.

Quanto aos vícios da adesão individual, decorre uma tutela dos terceiros já do fato de não aderir. O vício da adesão singela, um vício do inteiro contrato, não entra na tutela os terceiros quanto às consequências da retroatividade da adesão, no que respeita à responsabilidade do sócio cuja adesão era viciada; visse, porém, excluir, também a este respeito, a possibilidade de efeito retroativo da anulação para com os terceiros, e é sintomático que essa tendência se manifeste não só a respeito dos vícios do consentimento, mas até a respeito da inadimplência.

Cf. AULETTA, ob. cit., pág. 211 e segs.

Quanto aos vícios que respeitam aos requisitos do consentimento, mas até a respeito da inadimplência estatutária, decorre a tutela dos terceiros, conforme os vários direitos

Nos contratos plurilaterais, ao contrário, a impossibilidade ou a resolução concernem somente à adesão da parte a cuja obrigação se refere; o contrato permanece, se o seu objetivo continua a ser alcançado.

Esta consequência é, em algumas legislações, explicitamente adotada na disciplina positiva do contrato de sociedade, prevendo, em face da inexecução das obrigações de um dos sócios, a resolução do vínculo disto sócio, mas admitindo, no entanto, a permanência do contrato quanto aos demais ¹¹².

SUSTITUIÇÃO NO OBJETO DA OBRIGAÇÃO DE UMA PARTE

v) Considerações análogas permitem entender-se porque (enquanto possível a realização do objetivo comum) possa, uma parte, participar do contrato, mesmo revivendo uma entrada econômica equivalente à integralmente prometida, quando a execução desta não seja possível porque 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 ¹¹³.

EXCEPTIO INADIMPLEMENTI CONTRACTUS

discute-se a respeito da aplicabilidade da *exceptio inadimplitionis contractus*. Cumpre talvez distinguir dois problemas: o inadimplemento de um entre muitos participantes do contrato plurilateral não autorizado por si, os outros sócios a não executar a sua prestação, caso continue possível a consecução do objeto social ¹¹⁴; seria, porém, obviamente ilícito pedir o adimplemento de um entre os sócios sem pedir simultaneamente (também judicialmente) o dos demais.

as várias orientações, do princípio de constituir, estes vícios (mesmo que afetem o contrato no conjunto, o que pode não se verificar quanto à nullidade de uma cláusula estatutária: art. 153, Cód. Civil brasileiro), apenas casos de liquidação e de ser irretroativa, quanto aos terceiros, a declaração de nullidade de uma cláusula, caso o ato de constituição tenha sido arquivado.

112. Cf. GORLA, *Rischio e Pericolo nelle Obligazioni*, pág. 418; OERTMANN, *Kommentar zum B. G. B.*, no § 705; RODRIGUEZ, ob. loc. 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.

113. AULETTA, ob. cit., pág. 45.

114. KIPP, em notas à WINSCHEID, § 406; WITTMANN, pág. 466; AULETTA, pág. 55, onde há um exame bastante amplo deste problema e a crítica das opiniões contrárias. Também essa regra pressupõe a participação, no caso concreto, de mais de duas partes.

4) As considerações que vimos desenvolvendo explicam por que cada convenção deve tratar a inexecução, no contrato plurilateral, da sua relação simétrica entre os compromissos das várias partes 113.

Nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação simétrica, equivalente a consideração de uma das partes dependa da existência da outra, enquanto a outra depende da existência da mesma. Numa das partes autoriza a não execução da obrigação da parte contrária 114.

Naqueles contratos plurilaterais, essa relação, em lugar de ter um caráter simétrico 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 torna impossível a consecução do objetivo comum.

RELACOES INTERNAS E RELACOES EXTERNAS

2) A comunhão de objetivos e o caráter "instrumental" do contrato explicam por que esses contratos podem referir-se a uma ulterior atividade que não concorda as relações "entre" quantos participem do contrato plurilateral, mas às relações, da organização 115, para com os terceiros ou para com os associados que recorrem aos seus serviços.

E, por isso que, nesses contratos, poderemos distinguir o que se refere à constituição do contrato e o que se refere à sua ulterior utilização 116. Direitos e obrigações dos que participam do contrato podem ser considerados sob ambos esses aspectos 117.

115. WIELAND, pág. 464; GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, pág. 830; AULETTA,

pág. 46; COSTA, *Costume de falar, a respeito, da simulação genética*, Cf. CARVALHO DE

MENOSCO (M. I.), ob. cit., pág. 755.

116. A propósito, costuma-se falar de simulação funcional. Nota-se levantando o problema da relação similagmática entre as atribuições decorrentes de um contrato bilateral, também no direito anglo-norte-americano; cf. HOLMES, *Common Law*, Boston, 1958, pág. 555.

117. Recordo as duas hipóteses mencionadas na letra a.

118. Como vimos, 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 unilateralmente efeito de suas relações ultrajantes com os terceiros. Cf. ORTIZ, ob. loc. cit. Acentuo que o princípio do texto é independente da circunstância da constituição de uma pessoa jurídica ou de um patrimônio separado. Feste princípio, com efeito, ocorre em caso italiano quando não se constitui um patrimônio separado o quando (como, no direito italiano, quanto às sociedades elas) não se constitui uma pessoa jurídica.

119. Cf. a anterior letra b, *fine*.

120. O contrapartesismo do sócio com responsabilidade "limitada" resiste, justamente, na eventualidade de seu o seu obreiro, faltando no que prometeu que com o efeito das acordadas por quaisquer das responsabilidades limitadas também substituído.

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) 121.

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

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

No exame dos poderes de administração, poderemos distinguir: os que se referem à possibilidade de modificar o contrato 122; 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, no sócio de responsabilidade limitada 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 123 naturalmente em limites diversos nos vários casos — de uma deliberação por maioria 124. Esta possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa uma finalidade comum a todos os participantes; nesta comunhão de escopo, assenta, afinal, o poder da maioria. Essa possibilidade é, por isso, tanto maior quanto mais

121. Imitando o alcance da responsabilidade dele, esse fenômeno (cf. WENZEL, ob. 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 da partida desse problema específico do mandato.

122. Obviamente excepcionais, são o consentimento unânime de todas as partes (que prometeram os demais sócios), no passo que o sócio de responsabilidade "limitada" responde, embora subsidiariamente, pelas dívidas da sociedade, sendo por isso limitado o alcance da responsabilidade dele.

123. Foste feito, ob. cit., verificar-se também no mandato, por ter este contrato um caráter "instrumental", em relação à conclusão de negócios ulteriores. Justamente esta circunstância constitui o ponto da partida desse problema específico do mandato.

124. Obviamente excepcionais, são o consentimento unânime de todas as partes respondendo os sócios ou associados individualmente (o, portanto, não respondendo com o próprio patrimônio individual pelas dívidas da entidade), se admitir a possibilidade de seu o contrato societário, em princípio, modificável, pelo menor, até inalteravelmente de quem expediu a respeito. E o que se dá nas sociedades anônimas por acções.

125. Mesmo quando não subsista uma pessoa jurídica. Quando no conceito de delinqüência, cf. DONATTO, ob. cit., pág. 755.

126. Cf. art. 1.º, Código Civil brasileiro.

mitida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses "comuns" e aqueles "particulares" de cada participante¹²⁵.

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 direitos¹²⁶, 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 plurilateral¹²⁷ e os seus vários direitos¹²⁸; 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 inquisição, a transferência, a perda da "posição", podem, portanto, oportunamente, ser excluídas distintamente da inquisição, da transformação e da perda de cada um dos direitos deles decorrentes¹²⁹.

Tesso ponto de vista é, naturalmente, tanto mais útil quanto mais a diversidade de direitos e de obrigações de quem participa de um contrato plurilateral acarreta a diferença entre a disciplina da posição

dele e aquela de cada um dos vários direitos e deveres¹³⁰.

O CONTRATO PLURILATERAL COMO CONTRATO DE ORGANIZAÇÃO

4.) Os característicos que vimos enumerando puseram imediatamente, em evidência, constituir, o contrato plurilateral, considerado em sua função essencial, um contrato "de organização" podendo desse ponto de vista contrapôr-se aos contratos de permuta.

125. Vê-se, por exemplo, nas várias espécies de sociedades comerciais. A constituição de um patrimônio separado, a de uma pessoa jurídica, a complexidade da organização, concorrem para acenhar 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 controlar o seu patrimônio, de modo a não poder ser sujeito ao império da maioria dentro de limites muito mais restritos dos que dizem respeito ao sócio de responsabilidade limitada.

126. O que também se pode verificar nos demais contratos. Cf. Von TRUN, *Período Génere des Contrats Pluriel des Obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, pág. 8.

127. Cf. ASCANIUS, "Apunti di diritto commerciale" *Società*, 3.ª ed., 1936, pág. 115, e, agora, SALAMINA, verbo Sociedade, em *Novo Digesto Italiano*, 1938.

128. Poderes, obrigações.

129. Com efeito, podem elas adquirir-se, transferir-se ou perder-se num momento diferente e consonante regras diferentes das que concernem à posição de socio; alguns deles, excepcionalmente, podem ser transferidos mesmo independentemente da transferência da posição do sócio.

130. E, pois, particularmente feudo nas sociedades por ações.

Também examinamos dois possíveis tipos de organização, correspondentes, respectivamente, à "sociedade" e à "associação".

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

OS CONTRATOS EXTERNOS

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

O PROBLEMA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

a) Quando a organização entra em relações com terceiros, é óbvio que é possível dar um passo ulterior, isto é, ver nela uma pessoa jurídica; conceder 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

131. Pode-se, naturalmente, adotar um critério diferente quanto à classificação. Nos direitos franceses e italiani, o critério adotado no texto (cf. ASCANIUS e ATTRATA, ob. cit.) encontra apoio legislativo, pois nos *Codes* (cf. art. 1.822 do Código francês e art. 1.007 do Código italiano de 1865) a sociedade é definida como o contrato pelo qual na parte podem algumas pessoas comum para dividir o lucro que das puder derivar. E, portanto, evidente que o "fundo comum" deve ser empregado em operações com terceiros, para se obter um lucro a dividir entre os sócios.

CT. TRASTON, *TRATADO DE DIREITO CIVIL*, vol. XI, parte II, pág. 349. ATRATA, ob. cit., encontra apoio legislativo, pois nos *Codes* (cf. art. 1.822 do Código francês e art. 1.007 do Código italiano de 1865) a sociedade é definida como o contrato pelo qual na parte podem algumas pessoas comum para dividir o lucro que das puder derivar. E, portanto, evidente que o "fundo comum" deve ser empregado em operações com terceiros, para se obter um lucro a dividir entre os sócios. Mais ampliamente, no contrato, é o contrato das ordenações filhais (4. 43) e, ainda mais, o do Código Civil alemão e do brasileiro, nos quais se fala sómico de fundo comum (cf. art. 1.363 do C. Civil brasileiro), de modo que o conceito de contrato plurilateral acaba coincidindo com aquele de sociedade. Cf. quanto no direito brasileiro, WARMUTH, *PRÁTICA*, ob. cit., pág. 249.

Isso é razão pela qual, na doutrina interna, como veremos, os contratos são considerados, em geral, como sociedades, sendo oposta a solução francesa e a italiana. A diferença notada no texto não é, entretanto, de todo desconhecida nesses direitos, quer em face de normas específicas da lei (por ex., Decreto brasileiro n.º 2.627, de 28 de setembro de 1940, sobre as sociedades anônimas, cujo art. 2.º menciona a intenção de lucro), quer porque, na disciplina concreta da sociedade, também esses *Codes* disciplinam, substancialmente, apenas a hipótese da "sociedade" no sentido mais restrito acima enunciado, descuidando, em substância, as normas próprias dos contratos plurilaterais que não constituem "sociedade" nesse 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 os terceiros.

Diverso é o caso das chamadas associações (cf. nota 75) 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 n.º 5, letra f.

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 responsáveis¹³²; e assim por diante.

O contrato plurilateral, com a organização assim criada, constitui, por assim dizer, o substrato¹³³ da pessoa jurídica; através desta, as várias relações jurídicas são, pois, concebidas e disciplinadas unitariamente. As relações de cada parte com a pessoa jurídica; as relações de "todas, por tanto, as de cada parte com a pessoa jurídica; às relações de "todas as partes" para com os terceiros, as da pessoa jurídica para com os terceiros¹³⁴.

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

as da pessoa jurídica para com os seus membros.

PERSONALIDADE E CONTRATO EXTERNO

b) A possibilidade da constituição de um patrimônio separado de uma pessoa jurídica é, no entanto, óbviamente limitada às hipóteses em que, com o contrato, se constitui uma organização externa¹³⁵; torna-se, com efeito, a constituição de um patrimônio separado ou de uma pessoa jurídica não tem sentido¹³⁶.

Sé, de fato, não há nenhuma organização externa, se cada parte continua entrando, pessoalmente, e apenas quanto ao próprio interesse individual, em relação com os terceiros, é impossível falar de um patrimônio, de débitos, ou créditos, do grupo, como diversos do patrimônio, dos débitos, dos créditos, dos que participam dele, pois tal distinção concerne, justamente, às relações para com terceiros¹³⁷.

Por sua vez, para que se possa ter uma sociedade "comercial", é necessário haver existência de uma sociedade "externa". A comercialidade da sociedade decorre, com efeito, da natureza da atividade da sociedade para com os terceiros¹³⁸.

132. É o que acontece quanto nos sócios de responsabilidade limitada. Por tal razão, é inegável geometria de páginas ntrás, do contrato plurilateral como um "círculo", poder-se-lhe dizer que, no caso do contrato externo, a figura geométrica correspondente é a do cone (evidentemente na hipótese de personificação) cuja base é, justamente, o círculo.

133. Cf. GIBBONI, ob. cit., págs. 215 e segs.

134. Quanto à hipótese de sociedade interna versada no texto, hipótese diversa daquela, com freqüência examinada, recorrendo a este denominado, cf. nota 148.

135. Quanto à hipótese de sociedade externa, examinada, recorrendo a este denominado, com freqüência, cf. nota 148.

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

137. Portanto, é possível disciplinar como pessoa jurídica também a sociedade civil, mas somente quando se tratar de uma sociedade externa. Cf. nota 148.

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

Tal conclusão é confirmada pela circunstância de que as sociedades existem outros tipos de sociedade comercial fora dos nominativamente disciplinados¹³⁹; estes, por seu turno, se prendem, todos, à existência de uma sociedade externa.

Eis porque a sociedade interna deverá ser disciplinada pelas normas gerais das sociedades — ditadas em relação à sociedade civil — e é sólamente por via análoga que, em determinados casos, se poderá recorrer a algumas normas ditadas na disciplina das sociedades de comércio¹⁴⁰.

VALIDADE E REGULARIDADE DO CONTRATO

c) Desta observação não decorre serem, todas as organizações externas, dotadas de personalidade jurídica; nos vários direitos positivos, a personalidade é reconhecida, em casos mais ou menos numerosos e em virtude da observância de condições peculiares¹⁴¹.

No direito atual, em princípio, a observância de determinadas formas de publicidade, destinadas justamente a tornar conhecida a terceiros essa constituição, constitui *conditio juris* ou para a constituição do patrimônio separado da pessoa jurídica¹⁴² ou para que não sejam aplicadas as sanções que visam justamente essa falta de publicidade¹⁴³.

Em geral é o princípio princípio nômeno notando quanto às associações¹⁴⁴; diversão, é, no contrário, com freqüência, a disciplina quanto às sociedades, especialmente quando não se trate de sociedade anônima.

139. *Problema diverso é o do fôlder dentro do qual, nas estatutos de uma sociedade, podem ser introduzidas cláusulas nômicas. Cf. LA FERRARI, *Revista de Direito Comercial*, 1939.*

140. Cf. AUSTRA, ob. cit., pág. 65.

141. Fato princípio prevalece quer quanto às sociedades, quer quanto às sociedades, quer quanto às associações, quando por tais partes, a constituição da observância das particularidades nômicas ditadas, em geral, quanto à disciplina da sociedade e independentemente de um controle de mérito, em cada caso concreto; entretanto, esse controle é, muitas vezes, previsto quanto a algumas associações.

142. Cf., por exemplo, art. 18, *Cód. Civil brasileiro* (negando a personalidade jurídica às sociedades não registradas); art. 26, § 2º, *Cód. Civil brasileiro* (estabelecendo que as sociedades que, por falta de autorização ou de registro se não representarem pessoas jurídicas, não poderão achar-se a seus membros, nem a terceiros, embora estes possam responsabilizá-las pelos seus atos); art. 55, § único, *Decreto n.º 2.627, do 26 de setembro de 1940 e art. 265, Livro do trabalho, Código Civil italiano* (estabelecendo que a sociedade anônima não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros diretores antes de cumpridas as formalidades de publicação).

143. Cf., por exemplo, arts. 98 e 99, *Código Comercial Italiano* de 1892 (que respeitam, também, à sociedade anônima) e que eram interpretados pela doutrina italiana dominante no sentido da existência de uma pessoa jurídica e de um patrimônio separado, apesar das expressões ditadas quanto à irregularidade.

144. A expressão "sociedade" e "associação" é aqui utilizada no sentido próprio deste estudo; cf. a nota 131. A diversidade de orientação, notada no texto, quanto à influência do cumprimento da publicidade, condizente justamente com o critério adotado neste estudo quanto à distinção entre sociedade e associação; isto corrobora, parece-me, o critério adotado.

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

A disciplina dita, quanto às sociedades comerciais, pela falta da publicidade legal (isto é, por uma manifestação a terceiros que se verifica por um processo diverso do legal)¹⁴⁵ constitui o objeto da doutrina das sociedades irregulares.¹⁴⁶

IRREGULARIDADE DO CONTRATO INTERNO

d) O que acaba de ser observado demonstra, no entanto, não se poder atender a esta teoria quando a "sociedade" ou, mais geralmente, o contrato plurilateral, tenha um caráter meramente interno. Este, como já foi lembrado, é o caso quando vários comerciantes, conservando, porém, a autonomia dos seus estabelecimentos, deliberam dividir entre si

145. Esta disciplina é, por seu turno, diversa nos vários direitos e, muitas vezes, quanto às várias espécies de sociedade. Respeita não só às relações internas, mas também às relações internas entre os sócios. Nas relações externas, importa na não constituição do patrimônio separado, de maneira que os credores particulares do sócio concorram com os credores sociais sobre os bens entregues pelo sócio à sociedade, ou falta a possibilidade da ação de um sócio e a terceiros (cf. art. 20, § 2º, Código Civil brasileiro), ou até qualquer responsabilidade da sociedade (do patrimônio social) pelos atos realizados em seu nome (cf. art. 55, Dec. n.º 2.627, quanto às sociedades por ações); por vezes, em consequências de outra ordem (por ex., embora conservando a distinção entre o patrimônio social e aqueles dos sócios, estabelece-se a responsabilidade pessoal de quantos tenham contratado em nome da sociedade, responsabilidade que, conforme os vários direitos, ora se acrescenta àquela dos sócios, ora a substitui, podendo, então, os credores, optar por uma ou por outra; Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*, vol. III, pág. 130; WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., págs. 221 e 255; DE GREGORI, *Sociedad*, Turim, 1938, pág. 122) constituindo, então, afinal, as normas que respeitam ao arquivamento do contrato social, *leges minus quam perfectae*.

146. Torna-se óbvia, por conseguinte, a distinção entre sociedades cujo "contrato" é viciado e sociedades "irregulares"; entre os vícios que respeitam à sua publicidade.

Os primeiros acarretam um vício no próprio contrato.

Os segundos acarretam, consonante os vários direitos, a ineficácia (quanto aos terceiros ou também *inter partes*) do contrato ou a aplicação de sanções; são sociedades com o cumprimento da publicidade, não podendo, nunca, sé-lo com o decurso do tempo.

No anterior n.º 6, sob a letra c, examinamos os vícios *do contrato e da adesão* de cada participante, as várias categorias destes vícios, as suas consequências. Respetaram, todavia, aquelas considerações, à teoria das sociedades cujo contrato fosse viciado, independentemente do fato de ter sido o contrato arquivado ou de não tê-lo sido.

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

É óbvio, com efeito, poder uma sociedade, embora viciada, ser arquivada (é quanto as sociedades por ações, no direito brasileiro, art. 225 do D.º, n.º 2.627, di-

todos os lucros individualmente auferidos por cada qual na venda da sua mercadoria, de acordo com uma determinada percentagem¹⁴⁷ para cada um¹⁴⁸.

147. Tanto quanto às sociedades por ações, art. 55, § único, Dec. n.º 2.627.

148. Com a expressão "sociedade de fato", costuma-se, às vezes, designar todas as sociedades que, embora sendo a sua constituição viciada, operaram (cf. CARVALHO DE MENDONÇA, ob. loc. cit.) ; outras vezes, as constituidas sem ato escrito, enquanto ao valor da escritura na constituição, é elle diverso nos vários direitos; com frequência duvida-se se a escritura seja requerida para a "validade" da sociedade (cf. WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., pág. 255); arts. 303 e 304, Cód. Comercial brasileiro ou para a sua "regularidade" ou para a aprovação do contrato entre as partes.) Vista-se sempre levar em conta a tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade (embora viciada ou irregular), o que se coaduna com os problemas peculiares que se apresentam, no domínio dos contratos plurilaterais, quanto à tutela dos terceiros, à vista da função instrumental do contrato.

A distinção entre "mildade" e "irregularidade" só lentamente foi elaborada pela jurisprudência e pela doutrina, sobretudo no direito francês, que, na lei de 1867, classificava como caso de "mildade" a própria inobservância da publicidade. Pode-se, talvez, afirmar que na evolução histórica foi sempre mais acentuada a vista da necessidade de tutelar os terceiros — a importância do fato de ter, a sociedade, realmente operado, apesar dos seus vícios.

Reconheceu-se, assim, com frequência, a personalidade das sociedades irregulares; sucessivamente também a existência de fato das sociedades mals, visando uma discussão das nulidades do contrato social diversa daquela do direito comum dos contratos, embora, às vezes, negado poder, a ameaça, ter eficácia retroativa e (cf. art. 155, Dec. n.º 2.627, de 26-9-1940, no direito brasileiro) exaltando os vícios de constituição de uma sociedade arquivada, a curtos prazos de prescrição.

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

149. É a hipótese do *pool*, segundo a terminologia anglo-saxônica (*interessen-gemeinschaft*, segundo a alema; *cointeressenza*, segundo a italiana).

150. Cf. o meu comentário em *Porto It.*, 1938, fasc. II, A. S. N. N. N. (com seu livro sobre as *Sociedad Irregular*), sobre o mérito de ter havido em evidência o princípio de que a personalidade jurídica da sociedade exige a sua manifestação a terceiros. Cf. também DE GREGORI, *Sociedad*, Turim, 1938, §§ 25, 26.

Faz-se, igualmente, à sociedade interna, quando as obrigações sociais são assumidas pelo representante comum dos sócios, mas sem o fato de ter havido sociedade. (WALDEMAR FERREIRA, I, pág. 500.)

Na hipótese examinada no ponto 9, problema da responsabilidade direta dos sócios com os terceiros, no que respeita às relações sociais, não pode ser admitida, visto que todos os direitos, querem que haver haverá, querem que não haverá, querem que sejam assumidas por conta dos sócios, prestando os resultados que resultarão, obviamente, das suas consequências, independentemente do fato de ser o contrato viciado ou não sê-lo.

Não é preciso, no contrário, que a "sociedade" seja levada manifestada como tal, mas (terceiros) a sociedade embora oculta, é responsável perante os titulares sociais¹⁴⁹, desde que a sociedade, da qual é de sua parte, se lembra manifestando nos terceiros¹⁵⁰.

é) nessa mesma hipótese, individualmente, em seu próprio nome e por seu próprio nome.

A distinção entre as diversas hipóteses parece-me desequilibrada por Mossa. (*Revista di Diritto Comercial*, 1940, I, 29.) Com efeito, Mossa julga ter, a tese do texto, sido formulada quanto à sociedade que entra em relações com os terceiros mediante um gerente comum. Esta hipótese no contrário, não é aquela considerada no texto. (Quanto à distinção das duas hipóteses, cf., também, AULETTA, ob., cit., pág. 68.) Quanto à hipótese do texto, no contrário, Mossa (ob. cit., pág. 68, nota) não expõe a sua opinião, apesar de observando poder-se, esta hipótese, verificar-se sólamente na sociedade oculta, o que não é certo, entretanto, acertado.

A distinção, ora citada, das várias hipóteses, deve ser levada em conta quanto ao problema da aplicabilidade das normas das sociedades irregulares.

Esta aplicação parece-me de qualquer forma impossível quanto à hipótese do texto, pois que nesta falta qualquer atividade comum para com os terceiros. É, no contrário, disentida quanto à diversa hipótese de uma sociedade que entre em relações com os terceiros por meio de um gerente comum, que entretanto não com nome próprio. Neste caso alguns autores (AULETTA, DE GREGORI) negam a aplicabilidade das normas das sociedades irregulares, ao passo que outros a admitem, ora apenas nas relações externas (SALANTRIA), ora também nas internas (Mossa).

149. Código Comercial brasileiro, art. 305; MOSSA, *Rivista di Diritto Comercial*, 1934, cit., SORIANO, *Trattato*, I, n.º 141. Ao contrário, SALANTRIA opina, de um lado, ser a sociedade, embora apenas interna, disciplinada pelas normas sobre as sociedades irregulares e, de outro, não responder o sócio oculto, para com os terceiros. É esta uma consequência da excessiva importância dada por SALANTRIA, à teoria da tutela da apariência (da qual decorre na teoria de SALANTRIA, a exclusão da responsabilidade do sócio oculto) e a distinção (embora justa em princípio) entre relações externas e relações internas (de que decorre na teoria de SALANTRIA a disciplina da sociedade interna com as normas das sociedades irregulares. Lembrase no entanto a nota precedente a respeito dos sentidos diversos da expressão "sociedade interna").

Em conclusão, cumpre distinguir:

a) a sociedade meramente interna ou seja em que há apenas relações internas entre os sócios, sendo que cada um destes entra em relações com terceiros apenas no próprio interesse individual;

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

c) o "sócio" oculto de uma sociedade. Esta hipótese não se confunde com a precedente, pois ela visa a situação de "sócio" oculto numa sociedade manifesta aos terceiros por meio de um representante comum. A responsabilidade perante os terceiros do sócio, nessa hipótese, pode, parcialmente, ser afirmada, mesmo pelos que negam a responsabilidade, perante os terceiros, dos sócios da "sociedade" oculta.

150. Finalmente, diverso é o caso de quem (ou dos que) se arvore (ou se arvorem) em administrador ou sócio de uma sociedade inexistente ou da qual não

c) é neste último hipótese que, manifesta vez, se torna difícil a distinção entre a sociedade e a chamada sociedade ou associação em conta de participação.

A tentativa com que, historicamente, se veio elaborando tal distinção constitui, aliás, uma confirmação da dificuldade do problema¹⁵¹.

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

A chamada sociedade ou associação em conta de participação constitui um contrato bilateral¹⁵²; de permuta ou escambio no cumprimento signi-

participa (ou não participem). É evidente que, nessa hipótese, as obrigações surgem somente a cargo desses falsos sócios, não sendo possível invocar a responsabilidade de uma sociedade que não existe ou da qual não fazia parte aquela que se arvorou em sócio ou administrador dela; os falsos sócios, porém, são responsáveis, para com os terceiros, pelas obrigações que assumiram; o pura com a sociedade, por perdas e danos. Cf. CAVALCANTI DE MENDES, *Tratado*, vol. III, pág. 130.

Ademais, as disposições a respeito das sociedades irregulares (estabelecendo a responsabilidade pessoal de quem age em nome de uma sociedade irregular) autorizam, parece-me, a considerar que, por analogia, os falsos sócios são responsáveis perante os terceiros como se tivessem tratado em nome próprio, podendo, por isso, ser declarados em falência; subsidiariamente, são também responsáveis pelas dívidas da sociedade (existente) da qual falsamente se arvoraram em sócios, se ela existir qual sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada. Cf. AULETTA, ob. cit., pág. 79 e o meu comentário cit. no *Foro Italiano*, 1938.

Por seu turno, quem emprestar o seu nome como sócio, será responsável por todas as obrigações da sociedade; terá, entretanto, ação regressiva contra os sócios e não responder perante a sociedade, por perdas e danos (isto decorre do fato de estarem, nessa hipótese, os sócios, de acordo com o uso do nome do *falsus socius*). Cf. Código Comercial brasileiro, art. 306; WALDEMAR FERREIRA, ob. cit., pág. 270.

151. As vezes, também a sociedade para um determinado negócio (a *Gelegenheitsgesellschaft* do direito germânico) é aproximada à sociedade em conta de participação. (Cf. no direito belga, art. 5.º e art. 14 do texto coordenado, de 1.º de junho de 1913, das leis sobre as sociedades.)

Outras vezes (como na tradição francesa) é evanescente a distinção entre sociedade oculta e sociedade ou associação em conta de participação.

Até a terminologia é incerta: no direito brasileiro filia-se em "sociedade" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as sociedades); no italiano de "associação" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as associações).

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

ficado deste termo, adotado nestas páginas¹⁵³; *dominus* do negócio é, sempre e necessariamente, o associante que, somente ele, assume obrigações e adquire direitos para com os terceiros, no passo que os associados são responsáveis somente perante o associante e têm direitos — essa é a diferença invocada com maior freqüência¹⁵⁴ — nem interna¹⁵⁵; até quando o associante admite mais pessoas a participar dos seus negócios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos.

Na sociedade, ao contrário¹⁵⁶, achamo-nos em presença de uma nova organização; nenhum dos sócios pode dizer-se, juridicamente, *dominus* do negócio; se a organização entra em relações com terceiros, é a todos os sócios, coletivamente, que se referem tais relações; se isso não acontece, as relações com terceiros são, individualmente, assumidas por cada sócio por sua conta.

SOCIEDADE E CONTRATO PLURILATERAL EXTERNO

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

153. Por isso são frequentíssimos os contratos, em que concorrem, simultaneamente, os elementos do mútuo ou do contrato de trabalho e os da sociedade em conta de participação: por exemplo, contrato de mútuo ou de emprego com participação nos lucros.

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

154. Não estudo, por isso, a sociedade em conta da participação, "sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades" (art. 325, Cód. Comercial brasileiro), ou seja, às normas de publicidade que respeitam, em princípio, às sociedades.

155. Cf., a respeito, especialmente Mossa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, II, pág. 663, agudamente frisando a diferença entre sociedades (embora interna) e sociedade em conta de participação.

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

156. Como sempre acontece, a diferença teórica não exclui a dificuldade da distinção num caso prático.

Não é, porém, necessário observar que, através do jogo das cláusulas contratuais e das diversas situações concretas, contratos diversos podem sempre acabar exercendo a mesma função ou ficar sujeitos, no caso concreto, a uma disciplina, em grande parte idêntica.

Na realidade, entre os vários contratos plurilaterais, a sociedade é aquela que goza de uma disciplina jurídica melhor elaborada¹⁵⁷. Esta característica é ainda mais evidente quando se levam em vista as relações externas (ou seja, aquelas para com os terceiros).

Não só. Entre os vários contratos plurilaterais, o de sociedade é aquela em que, de um lado, é, em geral, disciplinada mais liberalmente (a respeito da intervenção das autoridades administrativas) a possibilidade da constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, e, de outro¹⁵⁸, é mais cuidada a tutela dos terceiros, em face dos perigos que, para eles, pode representar essa constituição.

Isso permite entender porque, muitas vezes, ao quererem constituir uma organização destinada a entrar em relações para com os terceiros, as partes constituem uma sociedade, embora para alcançar, indiretamente, aquelas fins que, no entanto, seriam próprios de uma associação¹⁵⁹. Nestas hipóteses, as partes constituem uma sociedade, respeitam-lhe os elementos essenciais, mas, através de oportunas cláusulas estatutárias, adaptam-na aos fins particulares que, ulteriormente, têm em vista¹⁶⁰. É óbvio que, nestas hipóteses, as partes, embora, indiretamente, para fins ulteriores, constituem uma sociedade e ficam sujeitas às normas respectivas¹⁶¹.

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

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

159. Por exemplo, de uma mútua.

160. Isto acontece ao ser, de fato, a atividade social prevalecentemente limitada a operações com os próprios sócios.

Analogamente, a sociedade anônima pode, de fato, num caso concreto, acabar para visar, indiretamente, a tutela dos interesses coletivos dos seus acionistas; a organização de pesquisas científicas e técnicas no interesse destes, e assim por diante, apesar do ser diverso o fim típico e legal das sociedades anônimas. Encontram-se então, no estatuto, cláusulas particulares que visam justamente permitir alcançar os fins visados.

As vezes, essas cláusulas são incompatíveis com a existência de uma sociedade; às vezes são compatíveis com a existência de uma sociedade, mas incompatíveis com a de uma sociedade por ações; outras vezes, são compatíveis até com uma sociedade por ações, cuja constituição é freqüentemente desejada, em vista da rigorosa distinção entre patrimônio social e patrimônios individuais e da possibilidade de mudar os sócios sem alterar o contrato social.

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

ASSOCIAÇÃO E CONTRATO PLURILATERAL EXTERNO

g) Quando, ao contrário, a organização — embora tendo um caráter externo —, não possui os característicos da sociedade, não será possível atender às normas da sociedade.

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

Dever-se-á, ao contrário, atender às normas que disciplinam a constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, como consequência de um contrato plurilateral diverso do de sociedade.¹⁶² Quando faltarem normas especiais, dever-se-á atender aos princípios gerais. A vista destes, a falta de personalidade jurídica importa na responsabilidade pessoal de quantos participem do grupo, pelos atos praticados através do mandatário comum.¹⁶³

CONTRATOS PLURILATERAIS NORMATIVOS

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

EVENTUAL CARÁTER NORMATIVO DO CONTRATO

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

Estas hipóteses correspondem à do contrato¹⁶⁴ normativo¹⁶⁵, que se caracteriza, justamente, pela circunstância de estabelecer as cláusulas

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

163. As normas do direito comum oferecem, pois, uma suficiente tutela dos terceiros. Não é, portanto, necessário recorrer à aplicação das normas que concernem às relações externas de uma sociedade irregular.

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

164. Sobre o fato de se tratar, na hipótese em apreço, de um "contrato", cf. OSTR, ob. cit.

165. Cf. HUECK, *Jhering's Jahrbücher*, vol. 73, pág. 40; SALANDRA, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1928, I, pág. 408 e ASQUINTI, *Studi Vivante*, vol. II, pág. 34,

com as quais deverão (ou não deverão) ser concluídos determinados contratos futuros¹⁶⁶, desde que, e quando, cada parte decida conclui-los.¹⁶⁷

As partes que concluem o contrato normativo podem disciplinar futuros contratos que pretendam concluir entre si¹⁶⁸; podem, ao contrário, disciplinar futuros contratos que cada uma delas conclua com terceiros¹⁶⁹ ou futuros negócios (mesmo unilaterais) que cada uma delas realizar.

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

Inversamente, qualquer disciplina da concorrência realiza-se, juridicamente, através de uma disciplina normativa, isto é, predeterminando algumas das condições dos contratos que as partes concluirão com terceiros.¹⁷⁰

Essa disciplina pode ser ditada a favor de uma das partes, mediante determinadas vantagens a favor da outra¹⁷¹; pode cada parte, no entanto, assumir para com a outra uma obrigação correspondente, de modo a regular a concorrência "recíproca". Nos contratos plurilaterais é obviamente possível apenas a segunda das hipóteses de disciplina da concorrência, aqui diferenciadas¹⁷².

com particular referência também às hipóteses do texto. Muitas vezes, nestas hipóteses, fala-se em "acordos". Cf. OSTR, ob. loc. cit.

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

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

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

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

170. Por exemplo, o preço pelo qual venderá a mercadoria; a zona territorial na qual exercerá o seu comércio; o gênero de atividade ao qual se dedicará, e unilaterais para distinguir as duas hipóteses mencionadas no texto.

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

172. Com efeito, a primeira é incompatível com o princípio de que todas as partes, em um contrato plurilateral, adquirem o mesmo direito. A primeira hi-

VÁRIAS HIPÓTESES

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

b) Se examinarmos a prática, não tardaremos a reconhecer que há contratos plurilaterais em que as partes disciplinam as cláusulas dos futuros contratos que possam ser concluídos entre elas; contratos em que assumem o compromisso "recíproco" de seguirem todas (dentro de determinados limites) uma determinada diretriz comum ¹⁷²; contratos em que disciplinam sua concorrência recíproca ¹⁷³.

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

A segunda hipótese se verifica nos sindicatos de acionistas, quando vários destes combinam seguir todos, na assembleia, a mesma diretriz, embora agindo cada qual individualmente ¹⁷⁴.

A terceira hipótese verifica-se nos *corner*s, cartéis e consórcios quando vários comerciantes ou especuladores convencionam comprar ou vender um determinada mercadoria a um preço ou em quantidades predeterminadas; ou quando vários empreendedores convencionam não vender abrigo do custo, ou não recorrer a determinadas práticas de concorrência, ou vender todos pelo mesmo preço a mercadoria, ou delimitar as respectivas zonas territoriais de venda ou a quantidade máxima que cada qual pode vender ou fabricar ¹⁷⁵; nas convenções internacionais entre os Bancos centrais de vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir por cada Banco, no mercado, num intuito de estabilização monetária; nas convenções internacionais entre vários Estados que disciplinam a diretriz a seguir quanto à produção ou à exportação de um produto, produzido em cada um deles.

 172. No caso só se encontram, com efeito, em contratos dos quais participem apenas duas partes e constitui, em geral, pacto aditivo de um contrato de compra (por ex.; do vendo, do trabalho, etc.).
 173. Usou-se, assim, expressão para abranger a hipótese da disciplina de futuros negócios multilaterais.

174. Cf. S. ALANURA. Note-se, porém, nessa hipótese, o conteúdo normativo seu plurilateral.

175. É nessa hipótese que o compromisso assumido pelas partes não concernente ao conteúdo dos novos futuros contratos, mas ao de futuros negócios multilaterais é, das vezes, que elas dão a sua aceitabilidade inicial.

176. Procedendo naturalmente, de examinar a hipótese destes contratos que visam, um fim monopólico (aperto), então, a aplicação das disposições reguladoras, conforme art. 1º do Decreto 18 do novembro de 1938, o que impõe que, consequentemente, as apresentem na economia atual. Cf., de recente, o Dispositivo WEINER, *Relações entre a Fazenda, World, Washington, D. C.* Apesar da previsão a sua estrutura jurídica.

CONTRATOS PLURILATERAIS NORMATIVOS INTERNOS E EXTERNAIS; SINDICATOS E CONSÓRCIOS

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

Os exemplos precedentes concernem a contratos plurilaterais "internos"; podemos, porém, encontrar exemplos correspondentes entre os "externos", nas duas últimas hipóteses mencionadas ¹⁷⁷.

Assim, as partes, concluindo um sindicato de acionistas, podem proceder à nomeação de um mandatário comum que as represente coletivamente nas assembleias sociais, segundo a diretriz fixada pela maioria do sindicato ¹⁷⁸.

Assim, os empreendedores, disciplinando a concorrência recíproca em relação a um determinado produto, podem centralizar num órgão único ¹⁷⁹ a venda ¹⁸⁰ desse, de maneira que o órgão comum venda a merci-

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

178. Um hipótese análoga verifica-se nas numerosíssimas associações de produtores de devedores. Estas se propõem, justamente, oferecer aos próprios associados uma tutela dos seus interesses, permite a sociedade, mais eficaz da que poderia ter obtido individualmente pelo portador e a um custo menor daquele que suportaria cada portador agindo individualmente. É conhecida a tendência legislativa para organizar *cartel*, coletivamente, os obrigacionistas (cf., no Brasil, Decreto 781, de 12 de outubro de 1933), e até (como no França, com o Decreto do 30 de outubro de 1935) para reconhecer a personalidade jurídica da associação assim criada.

179. Analogamente, hoje vêm-se constituindo associações de segurados (quanto à tutela dos interesses destes em relação à sociedade seguradora) e, às vezes, até de contribuintes. A prática financeira é rica nesse campo. Foi especialmente objeto de discussão a hipótese das chamadas sociedades de defesa dos segurados, distinguidas, entre elas, as "associações" no sentido indicado acima e aquelas hipóteses em que se constitui, no contrário, uma empresa seguradora, que assume o risco do custo do processo mediante um prêmio fixo pago pelos effetos.

180. Por exemplo, num mandatário comum. Esse mandatário pode ser uma sociedade constituída entre os sócios existentes, por sua vez, participantes do consórcio.

181. Nesta hipótese que, na doutrina alemã, se filha da *Doppelgesellschaft*. Nesta hipótese, elatamente peculiares (por ex., a respeito da circunstância da natureza da consórcio, assim como garantir que a influência de cada sócio no consórcio responda à sua influência no consórcio. A hipótese é muito frequente quanto aos consórcios que visam a venda ou a fabricação de determinados produtos fornecidos por consórcios nacionais dos consorciados. (Report associations; cf. Edward S. MASON, *Foreign Affairs*, vol. 22, pag. 604.)

180. Ou a compra.

adoria de cada participante¹⁸¹, respeitando as práticas de concorrência, ou a igualdade de condições, ou o limite quanto à quantidade de mercadoria a ser colocada no mercado¹⁸², que fôra ditado¹⁸³.

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

Nestas hipóteses¹⁸⁴, as partes não sómente se obrigam entre si, mas conferem poderes ao mandatário comum¹⁸⁵, por elas previamente escolhido para as suas relações com terceiros¹⁸⁶.

CONTINUAÇÃO

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

Também nessa hipótese, achamo-nos diante de uma pluralidade de partes que, mediante o contrato, visam alcançar um fim comum e que

181. Ou compro a matéria-prima.

182. Ou seja, a quantidade máxima que pode ser colocada no mercado mercadoria visando o contrato de consórcio evitar seja colocada no mercado uma quantidade maior.

Este fim é, com frequência, visado pelos consórcios, especialmente em períodos de crise.

Preendem-se, com frequência, os consórcios a uma perigosa orientação que pode bloquear o progresso técnico e económico no interesse de posições de privilégio.

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

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

155. O contrato concluído com o mandatário comum é um contrato com exclusividade, justamente porque se tem em vista centralizar num órgão único as relações coletivas das partes para com os terceiros.

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

156. Consoante decorre do texto, a subdistinção fundamental, entre os contratos de consórcio e o cartel, do ponto de vista jurídico, parece-me aquela entre consórcios (ou cartéis) internos e consórcios (ou cartéis) externos: esta classificação, com efeito, se condiz com a óbvia diversidade de disciplina jurídica, decorrente da presença, no segundo caso e não no primeiro, da unificação das relações das partes para com os terceiros.

ao alcançarem esse fim, encontram justamente a compensação do sacrifício que cada uma delas fez de sua própria liberdade de ação.

Assim, em matéria de vícios ou de inexecução de uma das adesões assim quanto à possibilidade de adesão de novas partes ou da saída de quantos dela participem¹⁸⁸; quanto à possibilidade de deliberações por maioria¹⁸⁹ e aos limites do poder de maioria quanto os elementos "não

minorias, que, muitas vezes, se põem da maioria perante os elementos contratuais¹⁹⁰ que escapam à sua competência¹⁹¹; quanto à distinção de vários órgãos (assembleias, diretores, fiscais), freqüentemente inspirada pelo exemplo das sociedades comerciais.

As demais classificações, embora não careçam de importância, e, às vezes, de grande importância jurídica, parecem-me terem juridicamente um alcance mais limitado: este é o caso quanto à distinção entre os consórcios de "contingentamento" e os demais, adotada, como classificação fundamental, por FLECHTELMAN.

As *veracões*, segundo os autores jurídicos mencionados econômicos, que, por isso, não evidenciam a diversidade das classificações meramente teóricas. Cf. José Ferreira de Souza na tese de concurso apresentada à Faculdade de Direito da UFSC, 1981.

dado Nacional de Direito no Rio de Janeiro, 1941; KALLMANN, *Kartellerecht*, 1934; FLECHTHEIM, *Die rechtliche Formen der Kartelle*, 1923; GELLER, *Gesellschaftsrecht, die Organisationsformen, etc.*, 1922; DÜRRINGER-HÄNENBURG, *Kommentar zum H. G. B.* edição de 1932, vol. II, parte I, (de autoria de GELLER), págs. 399 e segs.

FRIEDLANDER, *Konzernecht*, 1927; BAUER, *Die rechtliche Struktur des Trust*, 1927 (com referenze a Russia); HAUSMANN, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungen — zusammenfassungen*, 1926 e *Die kritisierende Konzentration an ihren*

Schickelvende, Bascl, 1940; MAZEAUD, *Le Problème des Unions des Producteurs* 1934; ASCARELLI, ob. loc. cit., 1933; FRANCESCHELLI, *Consorzi*, 1933; SALANDRINI, *Le Unioni di Imprese*, 1936; AULETTA, verbale *Consorzi*, em *Nuovo Diritto*

Italiano; e as numerous monografias editadas pela Sociedade das Artes de historias de LAMMERS; DEGRIES e TCHIERSKY; OUALIS; ROUSTIS; CASSEL; WIEDENFELS; MCGREGOR.

ISS. Nota-se correntemente que a participação ao consórcio, dada a natureza das obrigações assumidas, assegura de fato ao titular de um estabelecimento que fabrique (ou venda) os produtos consorciados.

A participação no sindicato de acionistas pressupõe, igualmente, a qualidade titular das ações, das chamados "códigos", do *National Industrial Recovery Act*. Na disciplina dos

(sec. III), nos Estados Unidos, a legitimidade desses acordos estava, justamente, subordinada: a) a não permitir a formação de monopólios ou práticas monopolísticas; b) no fato de serem "abertos" para outras empresas.

189. Em geral, a influência de cada parte no consórcio é proporcional à sua "quota", e esta, por sua vez, à potencialidade produtiva do estabelecimento. Dizendo assim, uma parte é mais produtiva do que outra.

que constituí, quota que deve a cada participante se que participa nela. Esta "quota" indica, por ex., a proporção em que cada membro participa nela.

do consórcio pode participar, com a sua mercadoria, nas vendas, efetuadas pelo sócio ou a proporção em que cada membro do consórcio pode fabricar os produtos consorciados. A "quota" tem, pois, importância prevalente nos consórcios de "com-

"agentamento", seja nos externos, seja nos internos, respeitando, no primeiro caso, a mercadoria que pode ser produzida ou à que pode ser vendida por meio de consórcio (não podendo, ademais, a mercadoria ser vendida de outra forma); no segu-

à que pode ser produzida ou à que pode ser vendida diretamente pelo interessado. As vezes, os contratos prevêem a possibilidade, para a maioria dos consórcios de tomar decisões que influam também sobre as obrigações

FIM COMUM E FIM SOCIAL

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

Com efeito, na sociedade, os vários sócios querem "cooperar" tendo em comum os próprios bens ou o próprio trabalho; na primeira das hipóteses, distinguídas *sub e* as partes cooperam, mas apenas regulando as cláusulas das suas relações recíprocas futuras; na segunda, cooperam, mas apenas estabelecendo uma diretriz única de todos para com a sociedade; na terceira, apenas estabelecendo uma diretriz para com o

mercado ¹⁰².
Há um fim comum ¹⁰³, e é precisamente da consecução desse fim comum que as partes esperam obter vantagens. Não há, porém, sociedades ¹⁰⁴.

191. Tendo-se uma hora devido ao consórcio, é certo que, se o consórcio não se vise consecução de um "lucro" a ser distribuído entre os associados, não se vise consecução de um "lucro" a ser distribuído entre os associados.

o ébore os direitos dos participantes: por exemplo, aérea da possibilidade de elevar a quantia de "total" a fabricar (ou vender) por todos os consorciados ou conservar a quantia de "total" a fabricar (ou vender) por todos os consorciados ou conservar juntas quantidades, mas sendo alterada a quantidade que cada um pode (e, às vezes, deve) produzir. Em minha opinião, em tais hipóteses, a maioria ou a direção do consórcio é investida do poder de agir qual "arbitrador". (Cf. neste sentido, ASCANIUS, loc. cit. e, agora, CAENEPUTI, ob. cit.; contra, SALASNA.) Na realidade, a pluralidade do contrato permite confiar à "minoria" (ou a quem tenha sido designado pela maioria) o poder de agir qual arbitrador em relação a cada singela parte (cf., em matéria de sociedade, o art. 1.718 do Cód. Civil italiano). Esse poder pode, porém, ser exercido somente nos limites do *arbitrium boni viri*.

Outras vezes, os contratos prevêem também a possibilidade de funcionar, a régua do consórcio, como "árbitro" nas controvérsias entre os participantes.

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

103. Esse é o elemento que me parece ter
Rivista di Diritto Commerciale, 1939, I, pág. 133.

194. Tal distinção é vivamente frissada por CARNELUTTI, ob. cit., quanto aos consórcios: foi, entretanto, há muito, afirmada pela doutrina e pela jurisprudência italiana (cf. Cassação do Turim, 31 de dezembro de 1885, *Foro It.*, Rep. 1.864, na Sociedade, n.º 8; Cassação de Nápoles, 2 de julho de 1900, *Foro It.*, 1901, pag. 68; Cassação de Florença, 19 de março de 1914, *Monitor Trib.*, 1914, pag. 388; Apelação de Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro It.*, 1933, I, pag. 821; Apelação de Roma, 31 de julho de 1933, *Foro It.*, 1934, I, pag. 184; Apelação de Génova, 22 de julho de 1935, *Foro It.*, 1936, I, pag. 233; Apelação de Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pag. 106; WEILAND, *Foro It.*, 1923, I, pag. 1.607; ASCANIOLI, ob. cit.; FERRI, *Foro It.*, 1924, I, pag. 1.113 e francesa, (MAZEAU, ob. cit., pag. 134.) As incertezas da doutrina alemã sobre a distinção entre o consórcio e a sociedade encontram explicação no conceito muito amplo de sociedade, próprio do Código Civil alemão. (CF. WELLAND, I, pag. 442 para a exclusão da existência de uma sociedade e, no mesmo autor, as indicações da doutrina alemã, que se orienta, de preferência, em sentido contrário.)

1) A distinção aqui assinalada é particularmente relevante, na prática, nas hipóteses em que do contrato decorre uma organização que deva agir para com os terceiros para a realização do fim colocado pelas partes.¹²⁸

CONTRATOS EXTERNOS

— Por um lado, falta a personalidade jurídica, salvo disposição especial de lei¹⁰⁰, porque sómente quanto à sociedade que é prevista, em geral, é fundamental a

comum. Ver *nos* *partes* *...*
não. *194.*

Tem-se uma prova dessas observações, notando como, nestas hipóteses *195*, não se visa consequência de um "querer" a ser distribuído entre os

... e sobre os direitos dos participantes; por exemplo, nenhuma da possibilidade de elevar a manufatura "total" a fabricar (ou vender) por todos os consorciados em con-

196. A menos que, no caso concreto, além do contrato considerado no texto não haja, também, uma sociedade. Caso, entretanto, assim não seja, não pode, a rigor, haver lucro; as eventuals sobreas distribuídas nos associados constituem, na realidade, a devolução das importâncias, por elas dilatadas às despesas do consórcio, e que resultaram excessivamente. Cf. na jurisprudência italiana, Com. Cent. Imp. Dir., 11 de janeiro de 1913, *Forrester It.*, 1920, I, 223; SAMMERT MANASO, *l'Imposta di Ricchezza Mobile e le Società Commerciale*, vol. I, pug. 617.

queles de associação e não daqueles de sociedade, como já ressalta do que foi observado na nota anterior a respeito do conceito de lucro. Encontramos, nestas hipóteses, identidade dos compromissos de todos os participantes em cada contrato; diferença, entre os vários contratos, no que respeita ao conteúdo dos compromissos e direitos dos participantes, conforme o diverso fim de cada contrato no caso concreto. Já pelo fato de tratar-se (ou, ao menos, dever-se tratar; cf. n.º III do *National Industrial Recovery Act* nos Estados Unidos) de contratos "abertos" e de serem, os seus participantes, empreendedores num determinado ramo, poder-se-ia pensar numa aproximação entre o consórcio (com concentração de vendas, versado na letra f do texto), e alguns tipos de cooperativa.

O esquema da cooperativa não é, em geral, adotado na prática contratual, vista da dificuldade, naquele caso, de graduar o número de votos de cada participante.

A diferença entre cooperativa (de venda) e consórcio assenta, afinal, no fato de que, constituinto uma cooperativa de venda, visam as partes dispor de um órgão comum para a colocação dos seus produtos no mercado (e, eventualmente, a prever transformação delas), independente de uma disciplina da recíproca concorrência; por isso, cada parte tem o direito, mas não a obrigação, de apresentar aos serviços e associar; a vantagem de cada parte resulta da possibilidade de colocar os seus produtos no mercado por meio de um órgão especializado; a disciplina da recíproca concorrência entre os consorciados; estes, por isso, são obrigados a vender por meio do consórcio, constituindo, esta obrigação, característica do contrato.

111. entretanto, na literatura, casos em que um consórcio pode funcionar como cooperativa e casos em que uma cooperativa funciona, afinal, como consórcio. Assim, nas cooperativas de agricultores para o beneficiamento ou a transformação dos seus produtos lá, às vezes, não apenas o direito, mas também a obrigação de cada associado de entregar os seus produtos à cooperativa, 108. Como na hipótese do consórcio com centralização da venda; neste caso, a mercadoria produzida pelos consorciados é vendida no mercado, exclusivamente por intermédio do consórcio. 109. Que, por seu turno, deverá então disciplinar uma forma de publicidade do contrato.

exame de cada caso concreto, a personificação e a constituição de um patrimônio separado. Os participantes responderão, portanto, todos, ilimitadamente²⁰⁰, pelas dívidas que tenham coletivamente assumido para com os terceiros²⁰¹.

II — Por outro lado, porém, não poderão ser invocadas as normas e sanguess particulares ditadas para as sociedades regulares, pois que, na hipótese em apreço, não existe sociedade²⁰².

ADOÇÃO DA FORMA DA SOCIEDADE

g) Essas considerações explicitam porque, às vezes, as partes adotem, quanto aos contratos normativos plurilaterais externos, a forma da sociedade (e, de preferência, a da sociedade por ações ou a da sociedade por quotas de responsabilidade limitada), respeitando, então, os requisitos essenciais da sociedade²⁰³, mas adaptando-a, mediante oportunas cláusulas estatutárias, ao fim ulterior visado²⁰⁴.

200. E ademais solidariamente, nos direitos que estabelecem, em princípio, a solidariedade das obrigações comerciais (por ex., art. 40, Cód. Comercial italiano. Cf., na jurisprudência italiana, Cass. Reino, 22 de abril de 1929 e App. Roma, 31 de julho de 1933, *Foro It.*, 1929, I, pág. 1.167 e 1.934, I, pag. 184).

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

201. Reciprocamente, cada parte responderá individualmente pelas dívidas que tem, individualmente, assumido para com os terceiros, embora através do mandatário comum.

202. Cf., com efeito, os autores e a jurisprudência citada na nota 194.

203. Entre tanto, **SALANZA** (*Le Unioni di Imprese*, pág. 106) julga haver, nesta hipótese, simultaneamente, uma sociedade do ponto de vista externo, e um contrato diverso, do interior. Essa tese decorre da teoria peculiar de **SALANZA** em matéria de sociedades irregulares, que encaixa, quanto aos terceiros, uma sociedade irregular, isso, quanto não tenha sido observada a publicidade legal, uma sociedade regular. (Cf. DE GREGORIO, ob. cit., pág. 28, em sentido contrário à tese de **SALANZA**.) As exigências de tutela dos terceiros, que inspiram esta tese, encontram, a meu ver, satisfação (e de modo ainda mais rigoroso) na tese do texto, segundo a qual os que participam do contrato são todos ilimitadamente responsáveis pela dívidas assumidas através do mandatário comum.

Não me parece possível assegurar a existência de uma sociedade na simples apariência dela e admitir uma natureza diversa de um único contrato, do ponto de vista externo e do interior.

204. Com efeito, faltando a observância destes requisitos, não poderia haver sociedade.

Visão, no texto, evidenciar a existência de sociedades que, embora observando os requisitos da sociedade, procuram, no entanto, alcançar, indiretamente, mediante uma oportuna adaptação das cláusulas estatutárias, o fim examinado na letra e.

205. Por exemplo, na hipótese do consórcio constituído qual sociedade, competindo-se cada sócio a vender os próprios produtos exclusivamente para meio da sociedade-de-consórcio e sendo, tal compromisso, considerado como uma obrigação social. (Cf., quanto aos problemas que se prendem à peculiar natureza desta obrigação.

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

As vezes, as partes constituem, independentemente da conclusão do contrato de sociedade entre si, uma segunda sociedade como órgão coletivo²⁰⁵.

A sociedade não é, em tais hipóteses, simulada²⁰⁶; é realmente querida, mas para um fim ulterior.

Esta circunstância faz com que, nessas hipóteses, devam ser aplicadas duas ordens de normas²⁰⁷:

I — as da sociedade;

II — as²⁰⁸ eventualmente ditadas quanto ao fim concretamente visado pelas partes, tendo, para este efeito, em vista o fim "econômico"²⁰⁹ do negócio²¹⁰, independentemente de sua estrutura jurídica.

206. Diversa é a opinião de **SALANZA** (*Le Unioni di Imprese*, pág. 107), embora desejando de aplicar a disciplina da simulação. No sentido do texto, cf. ASCARELLI, ob. cit.; FEARI, *Foro It.*, 1934, I, pág. 1.113; AULETTA, *Foro It.*, 1936, I, 1.086, falando em sociedade com fim indireto e CARANELUTTI, ob. loc. cit., falando em sociedade de comodato. Sobre o problema geral do negócio indireto, cf. ASCARELLI, "Il Negozio indiretto", em *Studi in Onore di Vincenzo*, Roma, 1930, 207. O concurso destas duas ordens de normas visa, justamente, alcançar uma maior tutela dos terceiros.

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

209. Em geral, esse fim é realizado, nos consórcios, mediante a obrigação de cada sócio de vender exclusivamente através da sociedade, sendo, portanto, o objeto da obrigação do consorciado análogo aquele de quem concede a outrem a exclusividade quanto à venda de um determinado produto: cf. ASCARELLI, ob. cit., pág. 107; FEARI, ob. cit.; WELLER, ob. cit.; e, na jurisprudência italiana, App. Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro It.*, 1933, I, 825; App. Génova, 22 de julho de 1935, *Foro It.*, 1936, I, 233; App. Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pág. 1.086. Contrário, **SALANZA**, ob. cit., pag. 97.

210. Estas normas concernem, por ex., à luta contra os monopólios, independentemente do tipo de contrato por força de qual estes sejam realizados. Podem na sociedade, com a participação e a influência no consórcio (por ex., vedando estatutariamente a venda de ações a quem não seja titular de uma empresa que produza os produtos consorciados).

CONCEITOS

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

afirmadas pela doutrina e pela jurisprudência do recurso à teoria do contrato plurilateral²¹². Esta quer, por isso, representar, antes de mais nada, um resultado alcançado indiretamente à vista das variadas regras expostas na doutrina e na jurisprudência, visando de um lado, reconduzir a um princípio comum as regras estabelecidas pela jurisprudência ao examinar os contratos aqui estudados, e, de outro, constituir um instrumento de trabalho para a disciplina jurídica, quer do contrato de sociedade, quer dos contratos que, embora distintos daquele de sociedade, podem, no entanto, ser classificados de plurilaterais.

concevoir, pois, nor comprehend, sejam ou não constituidas como *sociétés*; as entidades de sociedade comercial (quando se constitui uma *société holding*, que entra no âmbito de várias sociedades, assim sujeitas à sua direção) ou quando, em virtude das coligações entre várias sociedades — e que, por seu turno, podem descrever várias contratações — se chega (na terminologia alemã falsa-se, então, de *Konzern*) à constituição de um único grupo económico; aos contratos de sociedades internas (quando, várias sociedades desfazem repartir todos os lucros respeitantes segundo uma determinada porcentagem, o que faz diminuir o interesse de uma empreendimento, ou, por exemplo, a um contrato de arrendamento, quando mais sociedades arrendam, todas, juntas, a uma só sociedade, os próprios estabelecimentos); a contratação sobre patentes, e assim por diante, quando o contrato (de construção, sociedade, de licença de patentes, etc.) não se cumpre integralmente, o estabelecimento de um monopólio.

A. santo var (cf. *ASCAZZI*, "Appunti di Diritto Commerciale", *Società*, 2.º ed., 1900, págs. 361 e 372), a concentração industrial é um resultado que pode ser alcançado sobre instrumentos justificáveis, e até desejável de um sistema de fato (por ex. identificação dos diretores em duas sociedades de várias sociedades); quando que seja a instrumento (justificável) a concentração que viene em fun-

formação de monopólio, (CE, COM, *Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1900, pag. 226), no direito brasileiro, art. 1.º do Decreto n.º 950, de 18 de novembro de 1910, que seu turno a polêmica econômica e fiscal deve, de modo geral, visar impedir a formação de monopólio de fato.

221. Entretanto, a manutenção dos direitos de tipo monopólio, ou quaisquer direitos dos direitos antitruste, naturalmente, não de tipo monopólio, na medida exata, para que existam, e os limites das suas contradições, impõem certas restrições.

222. Quais restrições são estabelecidas, é o que se vai discutir.

PRINCIPIOS E PROBLEMAS DAS SOCIEDADES
ANÔNIMAS

SCAMARO: 1.) A origem da sociedade anônima por siços. 2.) Pressões dentes históricos. 3.) Características da compreensão econômica. 4.) Na Inglaterra. 5.) Desenvolvimento subsequente. 6.) Fim do reinado de Vitorino. 7.) A concepção do Código Paulista. 8.) A evolução do século XIX. 9.) Os principais fundamentos da sociedade anônima. 10.) O princípio da responsabilidade limitada e o exento de culpa social. A tutela do capital social e as normas a respeito. 11.) Indissociável da natureza desse tipo de sociedade a caracterização jurídica da sociedade. 12.) Organização interna da sociedade e tutela da administração. 13.) Proteção do credor. 14.) Formação recente da sociedade anônima e problemas relativos. 15.) Evolução da sociedade anônima formada pelo ato do direito mercantil. 16.) Extensão da personalidade jurídica na sociedade anônima.

1.") Se remontarmos à história das sociedades andinas¹, deparamos com as comunidades coloniais, a congegar pela companhia holandesa as Indias Orientais, em 1602.

As sociedades andinas, instrumento típico da economia moderna, tornaram-se, assim, ligadas, em sua origem, à colonização do Ocidente e àquele Novo Mundo, de cuja desordem, previsivelmente, continuam os historiadores datar o inicio da história moderna.

Nas companhias coloniais já se delimitaram os interessamentos fundamen-
tais hoje permanentes da societarista assim, mas o que a distinguem entre
as várias espécies de societarista: - respeitabilidade limitada dos sócios e
direito do capital em ações, isto é, possibilidade de se tornar, ao parcer,
partes das várias ações, corporizadas em sócio. Atribuições exercitadas:
a. pensão de ação e, distante, indissociável à caracterização jurídica da
sociedade.