

TULLIO ASCARELLI  
Catedrático na Universidade de Bolonha — Ex Professor contra-atto da  
Faculdade de Direito de São Paulo.

PROBLEMAS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS  
E DIREITO COMPARADO

Com prefácio de  
PROF. DR. WALDEMAR FERREIRA

2.<sup>a</sup> EDIÇÃO

Inst. Bras. Dir. Com.  
T. ASCARELLI

EDIÇÃO SARAIVA  
SÃO PAULO  
1969

569

Inst. Bras. Dir. Com. Comp. e Bil. I

## O CONTRATO PLURILATERAL

SUMÁRIO: 1.º) O problema. 2.º) a) crítica da teoria do ato complexo; b) crítica da teoria do ato de fundação; c) crítica das teorias clássicas; d) reafirmação da teoria tradicional do contrato de sociedade. 3.º) O contrato plurilateral: a) possível participação de mais de duas partes; b) direitos e obrigações; c) de cada parte para com as demais; d) conclusão do contrato; e) dolo; f) finalidade comum; g) função instrumental; h) prazo; i) condomínio; j) direitos das partes; l) obrigações das partes; m) relação da obrigação de cada parte com as obrigações das demais; n) escopo — sociedade e associação; o) contratos externos e contratos internos; p) terminologia; q) direito do sócio em efetuar a entrada; r) contratos abortivos; s) vícios do contrato e vícios da adesão; t) execução da obrigação de cada parte; u) substituição no objeto da obrigação de uma parte; v) exemplo inadimpli contrarius; x) relação sinalagmática; z) relações internas e relações externas. 4.º) O contrato plurilateral como contrato de organização. 5.º) Os contratos externos: a) o problema da personalidade jurídica; b) personalidade e contrato externo; c) validade e regularidade do contrato; d) irregularidade e contrato interno; e) sociedade e sociedade em conta de participação; f) sociedade e contrato plurilateral externo; g) associação e contrato plurilateral externo. 6.º) Contratos plurilaterais normativos: a) eventual caráter normativo do contrato; b) várias hipóteses; c) contratos plurilaterais normativos internos e externos; sindicatos e consórcios; d) continuação; e) fim comum e fim social; f) contratos externos; g) adoção da forma da sociedade; h) conclusão.

### O PROBLEMA

1.º) Já visto, depois de distinguir os contratos *promissorii* dos *benefici* (isto é, na linguagem hodierna: os contratos a título oneroso e a título gratuito), observa-se que os a título oneroso *aut divinum partes aut communione adferunt*; estes últimos (*communivatorii*) *aut facta communione aut res, aut hinc res, inde facta ad utilitatem communem quae omnia tenent societatis nomine*. (De Jure Belli ac Pacis, lib. II, cap. XII, §§ III e IV.) Na realidade, pode dizer-se tradicional a sensação da diferença entre o contrato de sociedade e os contratos que poderíamos dizer, genericamente, de permuta, e, realmente, a doutrina sempre examinou alguns problemas (por ex., o da *excepção inadimpli contrarius*) em relação aos quais algumas regras gerais dos contratos pareciam de difícil aplicação ao contrato de sociedade<sup>1</sup>.

1. A preferência à diferença entre os contratos de permuta ou escambo, no sentido mais amplo desta expressão (troca, troca, troca, troca, etc.), e o con-

Os estudos 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, vindo nela, ao contrário, um ato complexo; por outro, a doutrina tradicional continuou a ver, na constituição de uma sociedade, um contrato. Em face da primeira dessas duas correntes, era difícil explicar a aplicação de da primeira dessas duas correntes 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 pluralateral*, levando em conta seus característicos formais. Essa categoria distingue-se, com efeito: a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de um lado, quer direitos, de outro<sup>2</sup>.

trato de sociedade é, pode-se dizer, tradicional na doutrina do direito civil. Esta já pôs em evidência, com referência à sociedade, como iremos recordando, alguns característicos do contrato pluralateral. (Cf. WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, págs. 455; SCHNEIDER, *Gering's Jahrbucher*, vol. 66, págs. 222; HOENIGER, *Gemische* *Verträge*, págs. 45.)

Sobre o contrato pluralateral, cf. ASCARELLI, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, págs. 256; *Foro della Lombardia*, 1932, págs. 439; "Note Preliminari sulle Inrese Industriali" in *Rivista Italiana delle Scienze Giuridiche*, 1933, 2.ª ed., Milão, 1937; *Appunti di Diritto Commerciale*, 3.ª ed., 1936, vol. II, págs. 20 (1.ª ed., 1931, págs. 17); AULETTA, *Il Contratto di Società Commerciale*, Milão, 1936, págs. 31 e segs.; GIMINI, *Estinzione e Nullità delle Società Commerciali*, Milão, 1937; GIMINI, *Corso di Diritto Industriale*, 2.ª ed., 1937, vol. I, págs. 113; OSTI, verbete *Contratto*, em *Nuovo Digesto Italiano*, n.º 10 (que indica a passagem de GREGO, citada no texto), e n.º 26; JOAQUIN RODRIGUEZ ROMERO, *La Empresa Mercantil*, México D. F., 1941, págs. 147; VALDEMAR FERRERA, *Instituciones de Derecho Comercial*, Rio, 1944, vol. I, págs. 246.

Falam de contrato pluralateral, também: SALANDRA, verbete *Società* (1938 em *Nuovo Digesto Italiano*, sem tornar-se claro, porém, se esse autor abandona a tese, diversa, por ele repetidamente defendida, antes, acerca da constituição da sociedade (cf. diversa doutrina em "Le società irregolari", Roma, edição do Foro Italiano, 1935, ns. 9 e 47, e sobre a mesma, AULETTA, ob. cit., págs. 28; e OSTI, ob. cit.); e ASQUINI, *Sommario delle Lezioni di Diritto Commerciale*, Roma, 1935-36 e *Revista di Diritto Commerciale*, 1938, na resenha do tratado de DE GREGÓRIO sobre as sociedades comerciais, ambos sem referências bibliográficas.

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

2. Levando-se, assim, em conta, o aspecto estrutural e não aquele econômico (ou funcional). Do ponto de vista econômico poderiam, estes contratos, ser enquadrados como contratos de organização (cf. ASQUINI, ob. loc. cit.); e, veríamos, com efeito, ser esta a função preenchida por estes contratos, bem como pelo mandato (sendo, por isso, preferível falar em contrato de organização apenas para indicar quer o mandato, quer os contratos pluralaterais).

(OSTI, ob. loc. cit., acha preferível classificar os contratos conforme os caracteres físicos econômicos deles e, desse ponto de vista, acha aceitável 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 fica, em princípio no âmbito geral do direito jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, é, ele, objeto de disciplina jurídica, e, portanto, o contrato assume um cunho "instrumental" quanto à disciplina das sucessivas relações jurídicas das partes. Dada a importância da 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<sup>3</sup>.

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

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

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

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

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

Em cada direito, com efeito, as várias regras jurídicas se conduzem logicamente, antes de mais nada, com a estrutura dos vários institutos, embora não se devendo esquecer os problemas decorrentes do eventual contraste entre a estrutura de um instituto e a função por ele preenchida no caso concreto.

Cf. Sobre o problema geral de classificações "formais" e "finalistas", LADARUCH, *Filosofia do Direito*, trad. port., São Paulo, 1940, págs. 170.

3. Cf. KOROUKOV, *Théorie Générale du Droit*, trad. franc., Paris, 1903.

4. Descuido, por isso, do exame desse tema no direito público. O contrato "social" da tradição contratualista democrática — o *pactum societatis* em contraposição ao *pactum subjectionis* — constitui, tecnicamente, um contrato "pluralateral" (entre todos os sujeitos da ordem jurídica) no sentido exposto 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.

## 1 A CRÍTICA DA TEORIA DO ATO COMPLEXO

2º) a) A distinção entre "ato complexo" e "contrato", no âmbito dos negócios que requerem, para a sua realização, o concurso da vontade de várias partes, costuma ser assentada, pela doutrina, na circunstância de que as partes, no contrato, são animadas por interesses contrapostos; o contrato constitui justamente o instrumento jurídico da solução dessa contraposição<sup>2</sup>. As várias normas sobre o contrato encontram fundamento nessa observação<sup>3</sup>.

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

Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inevitável que, na constituição da sociedade, as várias partes têm interesses antagônicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação das respectivas contribuições<sup>4</sup>; à determinação da respectiva ingerência na administração; à distribuição dos lucros e das perdas. Cada sócio visa tirar da própria contribuição o máximo lucro, pondo-se, destarte, em conflito com os demais. No contrato de sociedade o direito é tão consciente desse contraste que intervirá (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 sócios<sup>5</sup>.

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

4. É, por isso, que, no domínio dos contratos, se discute do relevo jurídico da "confiança" decorrente, para a parte contrária, da declaração de cada parte; da responsabilidade 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 resultará, precisamente, do consentimento dos demais sócios, de um lado (eventualmente em consequência de pericla, como é o ordinário, em muitas legislações, quanto às sociedades por ações) e do conferente, do outro. Cf., no direito brasileiro, art. 5.º, Decreto n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940.

8. Cf. WALDENAR FERREIRA, ob. cit., pág. 246.

Por conseguinte, oposição de interesses, na constituição da sociedade; coincidência, porém, no que concerne à realização daquela comum finalidade social, que redundará em proveito de todos os sócios, embora em medida diversa, o que, por sua vez, explica o contraste na constituição; embora em relação a objetivos individuais, diversos, visados por cada sócio; embora sem excluir, portanto, um real conflito de interesses, também durante a vida da sociedade<sup>6</sup>.

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

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

KRYWIZ 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 encurador e do incapaz na realização de um negócio jurídico.

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

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



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

Quanto ao terceiro, entre os casos acima mencionados, prende-se êle 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, nesses hipóteses<sup>11</sup>, problemas diversos dos peculiares às anteriores, e que diversa seja a função econômica correspondente ao instituto jurídico<sup>12</sup>.

10. Afinal, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos conforme a classificação de A. Dossart) concernem a formação da vontade de "uma só" parte; dizem respeito a um ato "unilateral". Os problemas respectivos encontram-se em sua origem na peculiar complexidade da formação da vontade, quando, aquela que é, juridicamente, "uma" parte, corresponde, realmente, mais pessoas. É nesta hipótese que o problema da formação da vontade tem um alcance, bem diferente, do que não tenha 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, pelo menos, o resultado da vontade de mais pessoas (considerando, 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 fato, por exemplo, o objeto da teoria do voto; daquela da maioria; daquela dos limites do poder da maioria; 2) qual a disciplina dos votos da deliberação, qual a dos votos do voto, qual a influência dos votos de voto sobre a validade da deliberação? 3) sendo que a "formação" da vontade fica, também, juridicamente, disciplinada independentemente da manifestação, é preciso, mesmo, perguntar: qual é a disciplina da manifestação da deliberação nos territórios? Qual a origem a respeito? Qual a disciplina nos casos de divergência entre o que é manifestado nos territórios e o que foi realmente deliberado? São estes os problemas que se apresentam, finalmente, 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 da intervenção da autoridade pública para que, da constituição da sociedade, decorra uma pessoa jurídica ou um patrimônio separado.

Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa jurídica, a não ser em virtude de um ato especial da autoridade pública quanto a cada sociedade em cada caso concreto, é natural distingui-se: a) o contrato; b) a aprovação ou autorização dele. A pessoa jurídica nasce somente do conjunto dos dois atos. Enquanto se denomina este conjunto "ato complexo" (cf., em sentido contrário, e injustamente, Dossart D., *Archivio Giuridico*, 1903, podesse, então, afirmar decorrer a constituição de uma sociedade (quanto pessoa jurídica) de um ato complexo.

Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista, Dossart A., *Sociétés Anonymes*, Alès, 1932, p. 45, tradução do italiano, Este autor classifica ato complexo (rigorosamente distinto — cf. Dossart D., *Archivio Giuridico*, 1903 — da aprovação e da autorização, ou, no contrário, há negócios autônomos que devem ser distintos daqueles que constituem o objeto respectivamente da aprovação e da autorização) aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontade de sujeitos diversos (ou órgãos diversos) quanto ao exercício de um único direito ou poder; ato coletivo aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontade de sujeitos diversos, no exercício de direitos ou poderes diversos, embora com participação de interesses; quer o ato complexo, quer o coletivo constituem, 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 (digamo-lo 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 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 científico 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 referir-se ao fato de que, da constituição da sociedade, surge uma nova pessoa jurídica. Chegava-se a ver, na constituição do novo sujeito jurídico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação<sup>13</sup>.

Essa doutrina, por sua vez, subordina, a meu ver, o valor da constituição da pessoa jurídica, o que resulta do fato de ser, ela, constrangida a demonstrar uma profunda falta 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 êsse valor.

Demonstrando 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, pelo, ocorrendo a declaração de uma parte contratada, concorrer na formação de um contrato. Ostri (verbalmente *Contratto*, n.º 9, em *Nuovo Dizionario Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato respeita apenas ao interesse de um entre os sujeitos (como na hipótese de vontade de vontade do menor e do curador); 2) o caso em que as manifestações de vontade de mais sujeitos respeitem, todas, ao interesse de um terceiro (como no caso de vários representantes de um único representante); 3) o caso em que, apesar de visar 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 contrato de interesses; há, portanto, na constituição do contrato de interesses; há, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, ao contrário, um ato complexo ou coletivo.

13. Palesa, às vezes, neste caso, em "ato de direito objetivo", em contraposição 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<sup>10</sup>.

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

10. Afinal, as regras das deliberações (ou dos atos coletivos e complexos) conforme a classificação de A. DOWATI concernem a formação da vontade de "uma só" parte; dizem respeito à formação de um ato "unilateral". Os problemas respectivos encontram a sua origem na peculiar complexidade da formação da vontade, quando, àquela que é, juridicamente, "uma" parte, correspondem, realmente, mais pessoas. É nesta hipótese que o problema da formação da vontade tem um alcance, bem diferente, do que não tenha quando, ao contrário, à parte (sujeito da declaração) corresponde, como normalmente acontece, "uma" pessoa. É claro que, quando aquela que é, juridicamente, a vontade de "uma" parte, constitui psicologicamente o resultado da vontade de mais pessoas (constituindo, por seu turno, a manifestação de vontade de cada pessoa, considerada em si, um negócio jurídico distinto) apresentam-se problemas peculiares: 1) qual é o alcance da vontade de cada pessoa na formação da vontade da parte? É isto, por exemplo, o objeto da teoria do voto; daquela da maioria; daquela dos limites do poder da maioria; 2) Qual a disciplina dos votos de veto da deliberação, qual a dos vetos do voto, qual a influência dos vetos de voto sobre a validade da deliberação? 3) sendo que a "formação" da vontade fica, assim, juridicamente, disciplinada independente da sua manifestação, é preciso, mesmo, perguntar: qual é a disciplina da manifestação da deliberação aos terceiros? Quais os órgãos a respeito? Qual a disciplina nos casos de divergência entre o que é manifestado 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 da intervenção da autoridade pública para que, da constituição da sociedade, decorra uma pessoa jurídica ou um patrimônio separado.

Quando, por exemplo, a sociedade não seja uma pessoa jurídica, a não ser em virtude de um ato especial da autoridade pública quanto a cada sociedade em cada caso concreto, é natural distinguir-se: a) o contrato; b) a aprovação ou autorização dele. A pessoa jurídica nasce somente do conjunto dos dois atos. Enquanto se denomina este conjunto "ato complexo" (cf., em sentido contrário, e justamente, DOWATI D., *Archivio Giuridico*, 1903, pode-se, então, afirmar decorrer a constituição de uma sociedade (entanto pessoa jurídica) de um ato complexo.

Sobre os conceitos de ato complexo e ato coletivo, cf., na doutrina mercantilista, DOWATI A., *Societates Anonimas*, México, 1933, págs. 45, tradução do italiano. Este autor classifica ato complexo (rigorosamente distinto — cf. DOWATI D., *Archivio Giuridico*, 1903 — da aprovação e da autorização, onde, ao contrário, há negócios autônomos que devem ser distintos daqueles que constituem o objeto respectivamente da aprovação e da autorização) aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontades de sujeitos diversos (ou órgãos diversos) quanto ao exercício de um único direito ou poder; ato coletivo aquele em que há uma pluralidade de declarações de vontades, de sujeitos diversos, no exercício de direitos ou poderes diversos, embora com paralelismo de interesses; quer o ato complexo, quer o coletivo conjunto, 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 (dignando 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 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 falando às vezes de ato complexo, faz referência ao fato de que, da constituição da sociedade, surge uma nova pessoa jurídica. Chega-se a ver, na constituição do novo sujeito jurídico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação<sup>13</sup>.

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

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

por sua vez, pode, ocorrendo a declaração de uma parte contrária, concorrer na formação de um contrato. Ostri (*Verträge Contratto*, n.º 9, em *Nuovo Diritto Italiano*) distingue: 1) o caso em que, apesar da participação de mais sujeitos, o ato reveste apenas o interesse de um entre os sujeitos (como na hipótese do concurso da parte apenas do menor e do curador); 2) o caso em que as manifestações de vontade de vontade do menor e do curador); 3) o caso em que, apesar de visar cada mais sujeitos respectivamente, todas, ao interesse de um terceiro (como no caso de mais representantes de um único representante); 4) o caso em que, apesar de visar cada sujeito um interesse individual, há, entretanto, a unificação dos vários interesses individuais num interesse comum (como no caso da alienação por parte dos comitentes da coisa comum. As considerações do texto asseveram na existência, na constituição) com contrato de interesse; há, portanto, na constituição do contrato de sociedade, uma pluralidade de "parte" (e não apenas sujeitos) com contrato de interesse; há, portanto, na constituição da sociedade, um contrato; não há, ao contrário, 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.

estas como pessoas jurídicas no direito francês, brasileiro, mexicano, no caso 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 aí uma distinção que permita contrapor rigorosamente — como pertencentes a duas categorias opostas — as regras pessoais às sociedades-pessoas jurídicas e as jurídicas às sociedades-não-pessoas jurídicas.<sup>14</sup>

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

Mas é o caso de observar ser, a constituição da pessoa jurídica (ou do patrimônio separado), uma consequência particular decorrente da ordem jurídica<sup>15</sup>. Esta consequência pode-se prender à observância de

14. A maior importância das consequências práticas suscitadas pelas adoções de *théorie* é a exclusão da anulabilidade por dolo da constituição de uma sociedade. *Théorie*, já observou Von Thun, que, se quisermos ser lógicos, a consequência do *théorie* nos poderia levar, ao contrário, a admitir a impugnabilidade por dolo em todos os casos de que se dá, em geral, nos contratos. Illogicamente, consente a doutrina de admitir a anulabilidade dos negócios unilaterais, por dolo, e a anulabilidade das normas legais vigentes quanto aos contratos, e isso justamente porque não há, em tais hipóteses, necessidade de tutelar, em relação ao declarante, a expectativa de uma parte contrária. Com efeito, em muitos sistemas, o dolo constitui motivo de anulabilidade dos "contratos", quando seja essencial e proveja da contraparte; se, ao contrário, provier de um terceiro, dará 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 de terceiro não pode, porém, ter lugar em matéria de negócios unilaterais. (Cf. também *Thunberg, Dolo*, págs. 248, que exclui a anulabilidade por dolo dos negócios unilaterais; *PLANTIER-ESPÉRAN, Obligations*, vol. I, págs. 272, que, ao contrário, a admite.)

A respeito da sociedade, a jurisprudência, nos países em que o dolo viola o contrato somente quando proveniente da contraparte, às vezes, estabelece que: a) o adoso do sócio pode ser impugnada apenas por dolo proveniente de todos os demais; b) a anulação de um adoso por dolo não importa em anulação nem em dissolução da sociedade. Essas regras, aceitas pela jurisprudência, são incompatíveis com a teoria da constituição como ato "unilateral" de fundação e, ao contrário, concorrem para demonstrar que a constituição da sociedade representa um contrato pluralitativo.

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

15. Isto evidencia-se muito claramente lembrando que, de início, a personalidade jurídica das sociedades anônimas decorria de um ato da autoridade pública quanto a cada caso concreto. Mesmo quando, como hoje, a 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, decorrer diretamente da conclusão do negócio, incluindo, no entanto, os terceiros quanto à constituição de um patrimônio separado<sup>16</sup>, não pressupõe, em absoluto, a intervenção da natureza do negócio inter partes. Não é por isso *Wogner* quem, neste caso, quer um contrato, assim como não é *Wogner* quem, neste caso, consensual das partes, ver efeitos do direito real<sup>17</sup>.

Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelas atos que praticam como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, incluindo o contrato, o patrimônio separado e da pessoa jurídica, incluindo o contrato, a coletividade que se representa toda nova no momento da criação, tudo isso, porém, não impede que, através dessa instituição, se realize, essencialmente, uma disciplina particular das relações dos sócios entre si e para com os terceiros. As obrigações que, em matéria de constituição, assume cada sócio para com os outros sócios, tornam-se obrigatórias para com a "sociedade", na qual o direito unifica a coletividade dos sócios, através da personalidade jurídica; os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios; os limites da responsabilidade dos sócios, são distinguíveis das regras gerais individuais, através das condições de um patrimônio separado; os interesses dos sócios "como sócios" e "como sócios daquela sociedade" são distinguíveis dos interesses individuais dos sócios, através da personalidade jurídica e do patrimônio separado<sup>18</sup>.

Verção da autoridade pública em da publicidade na constituição da sociedade; há quem, embora encerrado na constituição da sociedade um contrato, não, por exemplo, não encerra as sociedades irregulares, pessoas jurídicas; há quem (e tal é a tese dominante na doutrina norte-americana; cf. *Cook, Principles of Corporation Law*, Ann Arbor, 1941, págs. 282 e segs.) encerra, além do contrato entre os sócios, um contrato da sociedade e, até, um contrato dos sócios, com a autoridade pública.

16. *Joaquín González Roncaldez*, 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, na constituição do patrimônio separado em consequência da constituição da sociedade há, quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como que de um privilégio a favor daqueles que venham a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do sócio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do sócio. Cf., sobre este aspecto, *Günther*, 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 fixar, etc, subsistente, bem como o particular rigor desta disciplina quanto às sociedades anônimas; não contrasta, 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 ser o consentimento das partes bastante quanto à transferência da propriedade.

18. Observou *Jhering* constituir a personificação um procedimento de técnica jurídica, análogo ao "parentesis" na linguagem algebrica.



Tudo-se, aliás, observar que a concepção acima criticada não consegue justificar os direitos da sociedade com os sócios (por ex., quanto às entradas), ou aqueles dos sócios com a sociedade.<sup>19</sup>

#### CRÍTICA DAS TEORIAS SOCIÉTICAS

c) Igualmente improcedente, parece-me, uma recente doutrina que, com a intenção de conciliar as diversas tendências, vê na constituição da sociedade ou um negócio jurídico, que seria, no mesmo tempo, contrato enquanto se encontram as relações entre sócios — e ato unilateral (de todos os sócios) enquanto se encontram as relações para com os terceiros; ou dois atos simultâneos (um contrato e um ato unilateral).

Essa teoria<sup>20</sup> parte da exata percepção de que, na constituição da sociedade, existe algo de múltiplo 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 lado do "contrato" da sociedade, uma declaração dos sócios aos terceiros, que, ao contrário, é na realidade, o próprio contrato da sociedade.

10. Isto acontece até quanto às sociedades anônimas por ações, que são, em geral, as levadas em conta pelas teorias do ato complexo e do ato de fundação. A doutrina alemã, com efeito, frisa a diferença entre a sociedade anônima e a sociedade por quotas de um lado e as demais sociedades de outro lado, à vista do fato de constituírem, apenas as primeiras, pessoas jurídicas, o que não se verifica, entretanto, nos demais direitos.

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

Como notado no texto, as teses contrárias encontram a sua crítica justamente quando se trata de desenvolvimento, 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 incluíam, necessariamente, no ato social constitutivo.

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

20. Esta é a doutrina de SALAMINA, já citado, e de SORIANO, *Trattato della Società Commerciale*, n.º 101, acompanhados por TRANSCONT, *Dofo*, pág. 488. Tal doutrina (cf., quanto à sua crítica, AULETTA e OSTI, ob. cit.), deu origem à inferior construção do primeiro desses autores, sobre o consórcio industrial como sendo sociedade do ponto de vista externo e não o sendo do ponto de vista interno, o à do segundo, sobre a mútua como contrato misto.

#### REAFIRMAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DO CONTRATO DE SOCIEDADE

d) Podemos, pois, voltar à doutrina tradicional, afirmando ser, a constituição da sociedade, um contrato<sup>21</sup>.

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

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

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

O exame dessas peculiaridades, que passaremos a enumerar, parece-me demonstrar que, embora elas não sejam incompatíveis com os princípios fundamentais do contrato, há, no entanto, uma distinção entre a sociedade e os contratos de permuta; esta distinção permite identificar, entre os contratos, a subespécie dos "contratos"<sup>22</sup> plurilaterais; nesta

21. Cf., uma ampla bibliografia, nos citados volumes de AULETTA, pág. 10, e TRANCONT, pág. 125, ambos igualmente examinando e criticando as teorias anti-contratualistas; a doutrina brasileira, cf. WALDEMAR FERRAZ, ob. cit., pág. 210.

22. Esta afirmação, mesmo prescindindo do que resultará das páginas seguintes, é suficiente para distinguir a hipótese aqui considerada. (Cf. OSTI, ob. loc. cit.)

a) da hipótese do ato complexo;

b) daquela da deliberação;

c) daquela (elaborada por MESSIZIO, com particular referência à delegação) do "negócio plurilateral". (A respeito dessa categoria cf. OSTI, ob. cit., n.º 13.) Note-se que a diferença é independente do fato de achar que, também em algumas hipóteses mencionadas por MESSIZIO (por ex., na constituição de fato por parte de terceiro. Na delegação, no contrário, uma obrigação aceita numa pluralidade de negócios e não "um" negócio plurilateral), possa haver um negócio único ou não, mais precisamente, um contrato (cujos sujeitos seriam o constituinte, a mulher e o marido; deixo, é óbvio, de examinar o acerto desta construção) que, à vista da participação de três partes, poder-se-ia denominar de plurilateral; quanto aos "acordos" (cf. OSTI, ob. cit., n.º 10), voltaremos mais adiante ao assunto.

As regras que vamos expor, presumo, corroborarão a distinção entre as várias hipóteses. Elas, com efeito, são, em princípio, inaplicáveis às hipóteses do ato complexo, da deliberação, ou do negócio plurilateral (no sentido de MESSIZIO). E, afinal, justamente a diferença da disciplina pética, o que, simultaneamente, demonstra e justifica a distinção entre os variados conceitos jurídicos.

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



categoria (contrato plurilateral) é possível, por seu turno, identificar várias subcategorias: a do contrato de sociedade é aquela de maior importância, mas não a única.<sup>21</sup>

## O CONTRATO PLURILATERAL

### POSSÍVEL PARTICIPAÇÃO DE MAIS DE DUAS PARTES

20) a) O primeiro característico que devemos ressaltar é aquele da possível participação de mais de duas "partes"<sup>22</sup>, assumindo todas (e portanto mais de duas) quer direitos, quer obrigações. Este caráterístico é não 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 destituído de relevância, pois a doutrina dos contratos<sup>23</sup> tem, ao contrário, constantemente em vista a hipótese de duas e somente duas partes. Chegou-se mesmo a afirmar<sup>24</sup> ser a participação de mais de duas partes, incompatível com a natureza do contrato. O contrato de sociedade constitui o desmentido de uma tal afirmação.

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

Ita quem (por ex., TRAVANCO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, Rio, 1944, vol. II, págs. 179) encare também a fusão (no que respeite à constituição da nova sociedade) como ato completo; mais exato parece-me, também neste caso, encarear um contrato plurilateral pois há, inequivocamente, partes (as várias sociedades) — e, possivelmente, mais de duas — com interesses contrastantes. Este contrato tem, afinal, natureza análoga à do contrato de constituição da sociedade, sendo, ao contrário, inexistente a assimilação à venda; caracterizava-se, porém, pelo fato de ser concluído 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 passividades das sociedades que se extinguem, diversamente do que aconteceria caso mais sociedades constituíssem, por seu turno, uma nova sociedade.

Cf. ERNST, *La Fusion delle Società Commerciali*, Roma, 1936; DE CARRONTO, *ob. cit.*, ns. 406 e segs.

22) Não é preciso lembrar poder "uma" parte ser composta de "várias" sujeitos. Os condônulos que vendem a coisa comum constituem "uma" parte, embora composta de "várias" pessoas. Justamente, na hipótese de que a "uma" parte correspondam "várias" pessoas, surge o problema da formação da vontade dessa "parte".

Reforçamos, no texto, a uma pluralidade de "partes" e não à eventualidade de que a "uma" parte correspondem "várias" pessoas. Não há, pois, contrato plurilateral na concepção (embora haja, também nesta hipótese, contrato), uma vez que os credores, embora sem constituir uma pessoa jurídica, se representam reciprocamente em "uma" parte (que se contrapõe à outra parte, constituída pelo devedor); é por isso que, com determinadas cautelas e controles, se torna possível uma deliberação por maioria dos credores.

23) Nada a generalização das regras peculiares aos contratos de permuta.

24) For MASSASSO, em sua preleção sobre o "negócio plurilateral". MASSASSO está, logicamente, entre os que vêem no contrato de sociedade um ato complexo.

é óbvio que, mesmo quanto aos contratos plurilaterais, em um determinado caso concreto, pode haver a participação de apenas duas partes. Isso, porém, em nada diminui o característico acima enunciado: as partes, com efeito, dos contratos plurilaterais podem participar mais de duas partes, essa possibilidade está excluída nos demais contratos.

Por outro lado, os vários característicos dos contratos plurilaterais que iremos enumerando se verificam também quando o contrato, no caso concreto, resulta apenas de duas partes.<sup>25</sup>

Numa venda, numa locação, num mandato, podem, sim, haver vários vendedores, locadores, mandantes, compradores, ou mandatários, mas há sempre duas e somente duas partes: todos os vendedores e todos os compradores se apresentam, na venda, unificados em dois grupos e somente em dois grupos.<sup>26</sup>

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

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 condônulos 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.<sup>27</sup>

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

28) Quanto à diferença entre "pessoa" e "parte" acompanho a aguda análise de MASSASSO, *ob. cit.*

29) Com o termo "bilateral" (em contraposição a "unilateral"), aplicado aos "contratos", faz-se referência justamente à circunstância de que do contrato decorrem obrigações recíprocas quanto a todas as (duas) partes. O termo "plurilateral" pode ser aplicado ao contrato em apóreo nesse sentido (e é por isso que o contrato de sociedade só se qualificando de bilateral), além de indicar (o que corresponde, ao contrário, ao significado do termo "bilateral" em relação ao negócio jurídico) a (possível) participação de mais de duas partes em sua formação.

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

No entanto, em tese, esta situação não é logicamente impossível (cf. a respeito especialmente HONIGSMANN, *ob. loc. cit.*) e demonstra a peculiaridade 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 outras<sup>30</sup>; adquire direitos, não para com "uma" outra, mas para com "todas" as outras<sup>31</sup>.

Se quisessemos ser indulgentes para com o uso recente de imagens geométricas na ilustração de fenômenos jurídicos<sup>32</sup>, poderíamos dizer que, no contrato de sociedade e nos contratos plurilaterais em geral, as partes se acham como dispostas em círculo; nos demais contratos, ao contrário, cada uma das (duas) partes se acha num dos extremos de uma linha<sup>33</sup>.

## 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 de qual participem somente duas partes.

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

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

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

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

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

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

32. Um exemplo deste uso pode ser encontrado no volume de KOKOROFF, *Jurid. Relations*, 2.<sup>a</sup> ed., Indianapolis, 1927.

33. Por sua vez, a delegação, ou o negócio plurilateral estudado por MESSING, 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 deste estudo, prescindindo da disciplina mais precisa dessa constituição nos vários direitos.

No direito brasileiro das sociedades por ações, a constituição que chamamos "sucessiva" verifica-se tanto no caso da subscrição pública (arts. 40 e segs.), Dec. n.<sup>o</sup>

Em substância, admite-se poderem, as adesões individuais dos sócios, serem comunicadas aos fundadores que tomam a iniciativa da constituição da sociedade<sup>35</sup>. 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 afigurou a doutrina: esta encanou as subscrições como contratos preliminares ou como contratos em favor de terceiros.

Na realidade, na constituição "sucessiva" há tão-somente um processo para disciplinar a conclusão de contrato social entre ausentes. Cada manifestação de vontade é comunicada aos fundadores (ou àquele fundador que seja para tal fim indicado pelos demais)<sup>36</sup>, 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.<sup>o</sup>, do mesmo decreto.

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

36. O papel dos fundadores foi bastante discutido em doutrina e é, sem dúvida, bastante complexo. Cf., por último, AULETTA, pág. 199, quanto ao exame crítico das várias teorias, e uma vasta bibliografia.

Tomando a iniciativa da constituição, os fundadores são os destinatários das adesões sociais com o poder de aceitar (com eficácia vinculativa quanto a todos os sócios) as várias adesões.

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

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

A diferença entre as duas funções, não obstante a tendência de uma autorizada doutrina para negar tal diversidade, evidencia-se pelo fato de que a atividade desenvolvida pelos fundadores é, na primeira hipótese, o pressuposto da constituição da sociedade, no passo que, na segunda, só obriga a sociedade desde que esta aceite os contratos concluídos pelos fundadores.

Por seu turno, o prospecto pode, talvez, ser encarado como um convite ao público para que *plique de populo* apresente a proposta de participar na sociedade; não constitui ao contrário, diretamente, uma proposta de contrato *in incertam personam*; a *proposta* de cada subscritor é, por seu turno, aceita pelo fundador qual representante dos demais subscritores.

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

A vista, entretanto, da complexidade peculiar da constituição de um contrato plurilateral, mister se faz seja, a conclusão do contrato, verificada e declarada pelos próprios contratantes; a assembleia de constituição formada pelos subscritores tem justamente a tarefa de constatar ter sido o capital regular e integradamente subscrito, declarando, consequentemente, constituída a sociedade; a sua função é, por isso, antes de mais nada, *declaratória*. (Sobre a teoria do negócio declaratório cf. a minha *Teoria Geral dos Tipos de Crédito*, págs. 103 e segs.)

prática de comunicá-la, individualmente, a todos os subscritores<sup>37</sup>. O contrato conclui-se mediante as subscrições, que não constituem, por isso, contratos preliminares, ou contratos em favor de terceiros, mas representam, diretamente, a oferta de cada subscritor de aderir ao contrato de sociedade, por intermédio dos fundadores<sup>38</sup>. 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.

Eis porque tem, a assembleia constituinte, por um lado, a tarefa de verificar a realização das condições às quais está subordinada a constituição da sociedade<sup>40</sup> e, por outro, a de proceder aos primeiros atos de gestão (nomeação dos diretores e dos fiscais)<sup>41</sup>.

37. Cf. SORIANO, ob. cit., n.º 315; ASCARELLI, *Appunti*, vol. II (*Società*), 3.ª ed., pág. 272; AULETTA, ob. cit., pág. 198; DE GIACOMO, *Società*, Turim, 1938, pág. 281; GURINI, ob. cit., pág. 123; THAJANO DE MIRANDA VALVERDE, ob. cit., vol. I, pág. 198. Esta tese encontra, aliás, mais uma prova no princípio de ser, o vício da vontade dos fundadores, irrelevante quanto à validade da sociedade. Cf. HERAMP, pág. 892; GURINI, ob. cit., pág. 129. Este princípio pressupõe, justamente, qual premissa, a tese do texto.

38. Cf. THAJANO 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 contratuísta) observa serem os subscritores obrigados apenas nos confrontos da sociedade. Mas donde nasce esta obrigação? Apenas da declaração unilateral do subscritor visando a constituição da sociedade? De um contrato entre subscritor e fundador a favor da sociedade, que o aceita desde que esta constitua?

Restando esta segunda explicação (com frequência adotada pelos que negam a teoria contratuísta), THAJANO DE MIRANDA VALVERDE parece, implicitamente, adotar a primeira.

Na minha opinião, a obrigação do subscritor nos confrontos da sociedade é, afinal, a expressão técnica da obrigação de cada subscritor para com todos os demais. Quer nas sociedades 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 a sociedade que, em princípio, pode agir contra o sócio inadimplente. O que diferencia, sob este aspecto, a sociedade de pessoas da sociedade anônima, é o fato de ser em princípio cada sócio (ou cada sócio ilimitadamente responsável, na comandita) administrador e de poder, por isso, cada sócio agir em nome da sociedade, mas trata-se sempre da ação da sociedade. Com efeito, podem, também nas sociedades de pessoas, os estatutos conferir 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).

## DOLIO

c) A pluralidade das partes explica porque o dolo "proveniente da parte contrária", para viciar a manifestação contratual de vontade<sup>42</sup> deve provir de "todas as outras partes"<sup>43</sup> ou de quem as representa; porque, para efeito da anulação da *actio nulla fraudis* na ação revocatória quanto à entrada de um sócio, será necessária a prova dessa *actio nulla* em todos os demais ou em quem os representa<sup>44</sup>.

## FINALIDADE COMUM

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

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

Nos demais contratos, o "fim ou escopo" do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função 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 MENEZES (M. I.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, Curitiba, 1908, pág. 680.

43. VIVANTE, *Trattato*, 5.ª ed., vol. II, pág. 423. Cf. também AULETTA, pág. 112.

44. Percebe-se, desse modo, a importância do fato de considerar os fundadores como representantes (na constituição da sociedade e quanto ao recebimento da declaração de cada subscritor) dos demais subscritores para com cada qual. Estas afirmações induzem a achar relevante, de conformidade com a doutrina de LYON CAEN e RENAVAT, 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 III); 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. AULETTA, ob. cit., pág. 39.



sociedade para a compra e venda de bens), é juridicamente relevante. Constitui o elemento "consent", "unificador" das várias adesões, e compete para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes.<sup>46</sup> Ele se prende, justamente, àquela atividade ulterior<sup>47</sup>, a que o contrato plurilateral é destinado.

Em cada caso concreto será preciso, portanto, examinar a possibilidade e licitude do escopo do contrato, independentemente da licitude ou ilicitude da adesão de cada parte ao contrato<sup>48</sup>.

### FUNÇÃO INSTRUMENTAL

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

Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, no contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a finalidade para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação no desenvolvimento de uma atividade ulterior<sup>49</sup>.

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

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

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

48. Note-se ser, também, mister distinguir entre a licitude de um ato realizado pela sociedade e a licitude do objeto social.

Um fenômeno análogo (cf. WEILLER, *ibidem* cit.) pode verificar-se no mandato, justamente porque, também o mandato é, juridicamente, coordenado à realização de negócios ulteriores.

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

50. Cf. WEILLER, *Foro Italiano*, 1923, I, 1.007, que examinou este característico e notou, justamente, ser, essa função, própria também do mandato. Cabe a WEILLER, ob. cit., o mérito de ter evidenciado a distinção entre duas categorias de contratos, conforme tenham ou não tenham, estes, um caráter instrumental, quanto ao cumprimento de ulteriores atos jurídicos.

Os contratos plurilaterais pertencem, como o mandato, aos contratos que têm um caráter instrumental (e deste característico decorrem as analogias evidenciadas por WEILLER); diversificam do mandato, no entanto, justamente pela pluralidade; é, de outro lado, diversa a disciplina da função instrumental nos dois casos. É, portanto, oportuna a terminologia de "contratos de organização", se utilizada para indicar apenas os contratos plurilaterais, podendo ela ser, ao contrário, aprovada para indicar todos os contratos com funções instrumentais e, portanto, também o mandato.

É à vista da prevalente importância da pluralidade e das consequências que daí decorrem, que é possível e oportuno encerrar os contratos plurilaterais qual

Eis porque, em tais contratos, devemos preocuper-nos com o objetivo ou 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. Ensina-se, por isso, que as diversas faculdades de dono não constituem direitos subjetivos autônomos, mas a esfera em que, o dono, à vista do seu direito de propriedade, pode agir livremente.

Os contratos plurilaterais visam, ao contrário, justamente disciplinar a utilização dos bens a que se referem<sup>51</sup>. Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do lícito jurídico, passam, ao contrário, a ser objeto de disciplina jurídica por natureza, dada a necessidade de delimitar de um lado os direitos de cada parte no contrato e, de outro lado, os direitos individuais de cada parte e os coletivos de todas<sup>52</sup>.

Portanto, nos contratos plurilaterais é mister distinguir entre o que respeita à formação do contrato e o que respeita ao preenchimento da função instrumental dele: os requisitos exigidos a este último respeito não visam apenas o momento da conclusão do contrato, mas,

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

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

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

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

Assim, no direito intertemporal, apresentase 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 1903 e de 1913. Estas discussões assentam justamente nas dificuldades que decorrem do caráter instrumental do contrato plurilateral.

No direito internacional privado apresentou-se, quanto aos limites da responsabilidade dos sócios de uma sociedade, o problema de dever-se aplicar a lei do país em que a sociedade se constituiu ou aquela do país em que a sociedade assumiu compromissos (quanto aos compromissos ali assumidos). Cf., a respeito, HOUTTIN, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1923, pág. 229 (sustentando a segunda solução no passo que a jurisprudência inglesa — 1 King's Bench 304, 1905, — *Ridson 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<sup>53</sup>.

### PRAZO

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 obrigações<sup>54</sup>, mas ao momento até ao qual deve perdurar a organização no seu conjunto<sup>55</sup>.

Os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto, estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos<sup>56</sup>.

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

É por isso que, tal como acontece, em geral, nos contratos de execução continuada, se apresenta o problema da adequação da disciplina contratual a uma situação económica 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 carácter continuado; pode decorrer quer da constituição do contrato, quer, às vezes, de um facto posterior.

Pode-se, parece-me, cogitar de um prazo de prescrição quanto aos vícios de formação do contrato; não se pode cogitar de prescrição quanto à falta dos requisitos necessários para que o contrato preencha a sua função instrumental; estes poderão sempre ser invocados até que não sejam 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 objecto, quer a constituição, quer a vida da sociedade.

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 a distinção entre ele e o eventual prazo quanto à obrigação do sócio.

55. É, pois, natural a hostilidade para com a possibilidade de um contrato por tempo "indeterminado", sobretudo nas sociedades de capitais. Tal possibilidade é, no entanto, admitida no Código Civil brasileiro (art. 1.399) e no Comercial (art. 302, n.º 6), estabelecendo-se, então, a dissolução do contrato, com consequência de renúncia de um dos sócios (art. 1.404, Cód. Civil; art. 335, n.º V, Cód. Comercial).

Parce-me dever-se admitir esta consequência mesmo nas sociedades por ações. A doutrina brasileira, acompanhando CARVALHO DE MENDONÇA, só negá-lo, observando poder, de qualquer forma, o acionista, vender a acção. Desquite-se, porém, ser a possibilidade legal de vender a acção bem diversa da possibilidade prática de vendê-la a um preço equitativo. A possibilidade, portanto, de vender a acção não alcança aquela tutela do acionista, que, ao contrário, é necessária à vista do facto de não ter, a sociedade, um prazo determinado.

56. Conduna-se, com efeito, com os princípios gerais dos contratos de execução continuada a distinção mencionada no fim da letra g. Cf. OST, ob. cit., n.º 25.

### CONDOMÍNIO

i) Justamente o carácter instrumental acima indicando explica porque, em virtude de tais contratos<sup>57</sup>, se possa constituir<sup>58</sup> um condomínio. Pode-se acrescentar, ademais, que só através desses contratos é possível constituir um condomínio sobre bens, até então pertencentes, individualmente, a várias<sup>59</sup> partes.

O fundo "commun" assim constituído faculta justamente a realização da finalidade comum<sup>60</sup>.

### DIREITOS DAS PARTES

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

Isso explica 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 contrário<sup>61</sup>, o direito de cada parte é "típicamente" distinto daquele da parte contrária: o vendedor tem di-

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

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

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

60. Daí as contínuas discussões jurisprudenciais sobre a hipótese do estabelecimento comercial que cai em comunhão dos herdeiros, por força de sucesso. A tendência em admitir, neste caso, a existência de uma sociedade de facto entre os herdeiros, decorre, justamente, da circunstância de que a existência de um condomínio para uma atividade ulterior com terceiros, leva, imediatamente, à ideia de sociedade.

Realmente, a disciplina do condomínio conduna-se com a utilização directa, pelos próprios condôminos, dos bens objecto 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 facto diverso) e não com uma organização dinâmica (decorrente de um contrato que disciplina justamente o aproveitamento dos bens em operações para com terceiros).

Por isso, veremos, as normas do condomínio podem, às vezes, ser bastantes quanto à disciplina do fundo comum nas hipóteses que classificaremos como de "associações"; não naquelas que classificaremos de "sociedades". Esta observação corrobora a oportunidade do critério distintivo, entre associações e sociedades, que mais adiante versaremos.

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

### OBRIGAÇÕES DAS PARTES

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

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

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

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

Se examinarmos o objeto das obrigações de cada parte, nos contratos plurilaterais, constatarmos 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.<sup>63</sup>

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, OSTI, ob. loc. cit.

62. WIELAND, pág. 453.

63. A hipótese é, pois, diversa daquela dos contratos mistos, apesar da frequente tendência em confundir estas duas hipóteses. Cf. ASCARELLI, *Negozio Indiretto*, cit., e agora, DI GENNAIO, *Contratti Misti*, Padua, 1934, pág. 28, e OSTI, ob. loc. cit., n.º 30. Na doutrina brasileira, cf. HONÓRIO MONTENHO, na *Revista da Faculdade de Direito*, de São Paulo, vol. XXXIII, pág. 557.

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

Aparentando, a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, poder-se-ão aplicar as normas que visam as alienações, embora eventualmente distintas, 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)<sup>64</sup> que disciplinam essa responsabilidade somente em relação a alguns contratos e não de modo geral (como, ao contrário, o direito brasileiro)<sup>65</sup>.

### RELAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE CADA PARTE COM AS OBRIGAÇÕES DAS DEMAIS

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

Nos plurilaterais, ao contrário, as prestações de cada parte não se apresentam, consideradas isoladamente, numa relação de equivalência; essa relação existe, porém, entre as obrigações e os direitos de cada parte e as de todas as demais, ou seja, levando em conta obrigações e direitos de cada parte, perante todas as demais<sup>66</sup>.

### ESCOPO — SOCIEDADE E ASSOCIAÇÃO

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

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

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

bem em uma sociedade fica sempre nitidamente distinta da venda: com efeito, o alienante passa então a participar do patrimônio comum, não recebendo, ao contrário, nenhum preço. O fato de constituir a conferência de um bem em sociedade, uma alienação, assenta já nos característicos típicos da sociedade; não na concorrência de elementos do contrato de venda.

64. Discente-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 do sócio não está num preço "certo", mas numa participação cujo valor não pode ser exatamente avaliado, de maneira a afirmar a existência ou a inexistência da lesão: o argumento entretanto não é de todo procedente, como mostrou DI GENNAIO.

As normas sobre 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.

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

66. AVILETTA, ob. loc. cit.; WIELAND, pág. 464.

Nesta hipótese, o direito dos participantes é o de gozar destes serviços; não consistirá numa soma de dinheiro, 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<sup>68</sup>.

A segunda situação é típica das mútuas ou cooperativas<sup>69</sup>. Os que, por exemplo, se reúnem numa mútua de consumo, ou numa mútua de crédito, têm direito de gozar dos serviços da mútua; sua vantagem consiste em poder adquirir o que precisam, nos armazéns de mútuas de consumo; em poder obter crédito da mútua de crédito<sup>70</sup>, e assim por diante<sup>71</sup>.

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

67. Independentemente da importância devida para a participação na associação, 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 RODRIGUES, *ob. loc. cit.* Esta observação corrobora o que, mais adiante, será observado acerca da superavaliação feita por CARLUCCI da distinção entre contratos de sociedade e contrato de disciplina da concorrência. Na realidade, de um lado, da conclusão da sociedade decorre uma limitação da concorrência, de outro lado, a limitação reciproca da concorrência constitui, por seu turno, sob um certo aspecto, um liame.

69. Quanto às "cooperativas" deve-se, no entanto, lembrar que, na caracterização jurídica delas nas várias legislações, concorrem com frequência, simultaneamente dois conceitos: o da mutualidade e o da variabilidade do capital (sem modificação do estatuto). Realmente, a variabilidade do capital continua-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 5.593, de 19 de outubro de 1943 e o Dec. n.º 6.274, de 14 de fevereiro de 1944.

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

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

Nas sociedades, ao contrário, o direito do sócio (aos lucros) é, na sua disciplina, independente da diversidade do objeto social, justamente porque o objetivo social só pode ser realizado através de operações para com terceiros. Cf. ASCARELLI e, agora, OSTI, *obs. locs. cit.*

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

associação à mútua, um direito cujo objeto corresponde àquele de um contrato de seguro<sup>72</sup>.

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

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

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

Na realidade, esta orientação não é, de todo, exata. A associação, com efeito, sempre visa o interesse dos próprios associados; os seus fundos devem ser destinados ao interesse deles; quem se filia à associação quer obter um certo serviço em condições mais vantajosas do que obteria de outra forma no mercado<sup>76</sup> ou, caso pague o preço de mercado, quer obter, em virtude da própria participação na mútua, no fim do exercício social, um pagamento (inevitavelmente, às vezes, chamado de dividendo) que corresponde, afinal, ao reembolso da diferença

72. Também nessas hipóteses, é inexacto falar de contratos mistos (como, entretanto, faz SORRANO). Já a própria estrutura do contrato de associação que implica, com efeito, na possível correspondência do conteúdo do direito do associado ao que resultaria de um contrato de permuta. Cf. ASCARELLI, *ob. cit.*, e, agora OSTI, *ob. loc. cit.*, ns. 26 e 30.

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

74. Acompanhando AURETTA, *ob. cit.*, pág. 34, considero decorrer 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 WAIDEMAR FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 249.

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

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

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



entre o prego do serviço no mercado e o menor prego<sup>77</sup> ao qual ele pode ser efetuado por meio da mútua<sup>78</sup>.

Exato é, porém<sup>79</sup>, de visar, nessa hipótese, a organização, pôr diretamente à disposição dos associados os próprios serviços; não realizar um lucro mediante operações com terceiros<sup>80</sup>.

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. 27 do Dec. n.º 5.893, de 19 de outubro de 1943, modificando, a este respeito, o art. 28 do Dec. n.º 5.893, de 23 de setembro de 1943); ora sustentando-se não poder ser tributado o lucro realizado pela cooperativa, embora sendo tributável a sua distribuição aos associados (esta é, no direito brasileiro, a solução decorrente do art. 28 do citado 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, efeito preenchimento deste requisito no caso concreto. Cf. VANNONI, *Natura e Interpretazione delle Leggi Tributarie*, Padova, 1932, págs. 261; BLACK, *The Incidence of Income-Tax*, McMillan, 1939, págs. 291, e segs.

78. Sendo, por isso, proporcional, com frequência, à medida em que cada participante recorrer aos serviços da associação (cf. no direito brasileiro, art. 2.º, f. Dec. n.º 22.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 49, Dec. n.º 5.893, de 19 de outubro de 1943; e o Dec. n.º 6.274, de 14 de fevereiro de 1944), no 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 mútuas de seguro, em contraposição às empresas de seguro e aos contratos de seguro por estas estipulados com seus clientes, o mesmo resultado econômico, genericamente entendido, pode, concretamente, realizar-se, em muitos casos, quer com um contrato associativo, quer com um contrato de permuta.

A evolução histórica indica a substituição, quanto aos serviços de caráter coletivo indispensáveis a qualquer membro da coletividade e usufruídos por todos da mesma forma, do mecanismo do contrato de escambo pelo mecanismo associativo, da propriedade privada pela propriedade coletiva, até alcançar a gestão coletiva de serviços, originariamente administrados através de contratos de troca. Assim, o serviço das estradas, originariamente assente na propriedade privada e realizado por meio de contratos de escambo (no passado, com efeito, cada passageiro pela estrada custava uma peregrina) e hoje assente na propriedade pública e gozando 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. arts. 60 e 61, Dec. n.º 5.893 de 19 de outubro de 1943.)

Conclui-se com os característicos do texto o princípio de ser, a possibilidade de participação na mútua, limitada às pessoas de determinada profissão ou classe (cf. art. 6.º, § 8.º, Dec. n.º 2.239, de 19 de dezembro de 1932; art. 55, Dec. n.º 5.893, de 19 de outubro de 1943), aproximando-se, às vezes, sob alguns aspectos, a mútua a uma associação de categoria; a disciplina peculiar da cessão das quotas de uma cooperativa, em contraste com aquela vigente nas sociedades, em que, ao contrário, pode-se chegar (nas sociedades anônimas e quanto às ações de uma comandita por ações) à livre alienabilidade da participação de cada sócio; o limite máximo da

Diversos são, pois, os direitos de quem participa<sup>81</sup> de uma associação<sup>82</sup> e aqueles de quem participa de uma sociedade.

Na sociedade, justamente à vista do fato de visar ela a consecução de um lucro a distribuir entre os 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 participam da mesma associação; diverso, no entanto, nas diversas associações, de conformidade com o fim, diverso, de cada qual<sup>83</sup>.

\_\_\_\_\_

quota de cada associado; a disciplina do *quorum* e das maiorias nas assembleias, e assim por diante.

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

82. Essa diversidade se depreende, com peculiar nitidez, quando o serviço afiora o necessário para participar da associação, sem nenhum pagamento ulterior. Note-se que a diferença notada no texto reflete-se, também, na diversa posição, respectivamente, dos sócios e dos associados, para com o patrimônio comum.

jurídico) representam o instrumento para o exercício de uma atividade cujos resultados (lucros) são depois divididos entre os sócios: o direito preocupa-se, pois, preventivamente, com a divisão desse lucro entre os sócios.

Ao contrário, os bens que constituem o patrimônio da associação podem ser destinados diretamente ao uso dos associados; é justamente a disciplina desse uso das coisas comuns que constitui o objeto de minuciosa disciplina satisfatória na do condomínio. (Isto acontece, por exemplo, na hipótese em que mais lavradores adibem comprar, em comum, maquinismos agrícolas que ficam na co-propriedade deles, podendo ser alternativamente ou, enquanto possível, simultaneamente, por eles utilizados.)

Por outro lado, o fato de ser a disciplina geral do contrato pluralateral, legislativamente ditada por ocasião daquela da sociedade, e a incerteza dos critérios distintivos entre a sociedade e a associação (que carece de uma disciplina legal em muitas legislações), explicam porque os Códigos regulam o "uso" das coisas comuns quer por ocasião da disciplina da sociedade (por ex., art. 1.358, II, Cód. Civil brasileiro; art. 1.723, Cód. italiano), quer na 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 em quotas "ideais". No que respeita ao uso de uma coisa comum, os direitos dos vários condôminos não podem, ao contrário, ser exercidos "simultaneamente" a não ser entre limites restritos; podem-no, com frequência, apenas "alternativamente". Para um exame detalhado desse problema, cf. as notas de BONFANTE em WINDSCHEID (sobre o condomínio).

BONFANTE procurou demonstrar corresponder as várias teorias formuladas em matéria de comunhão, algumas (por ex., a tradicional da divisão por quotas ideais) às regras ditas acerca da *propriedade* das coisas comuns, e, ao contrário, outras acerca do uso de coisas comuns.

83. Portanto, a diversidade do fim de cada associação coaduna-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 que as partes entrem, como "grupo", em relações com terceiros. Assim quando várias pessoas põem em comum uma soma de dinheiro a ser empregada em atos de comércio, a fim de dividirem o lucro que disso possa derivar; assim quando várias pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno, para aí construir um ginásio onde se pratiquem exercícios físicos.

Há casos, 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 contrato<sup>84</sup>; as "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 ou decidem vender, cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições predefinidas<sup>85</sup>. Nessa hipótese, há, no contrato, uma pluralidade de partes e há um fim comum. A consecução deste, porém, não requer, há, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstância de observar, cada parte, embora contratando individualmente com os terceiros, as cláusulas fixadas no contrato plurilateral<sup>86</sup>.

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, no contrário, não há a constituição de uma nova empresa<sup>87</sup>.

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

84. Note-se que, nesta hipótese, cada parte age individualmente; não há nenhuma ação coletiva, seja mediante um mandatário, seja mediante um gerente comum. A possibilidade prática desta hipótese não é limitada a contratos que tenham em vista apenas um 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 incerteza 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, compreendendo também as hipóteses em que a organização visa, diretamente, os interesses dos próprios associados e não a consecução de um lucro a distribuir.

Dos dois exemplos citados acima, de contratos internos, não é difícil notar que o primeiro se aproxima da sociedade<sup>88</sup>, pois que, também naquele caso, o direito das partes consiste em participar dos lucros.

## TERMINOLOGIA

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

Pois que, todavia, uma terminologia é necessária, permito-me observar que usei e usarei da expressão "contratos plurilaterais" para indicar a categoria geral que vários esboçando; "sociedade", para a primeira, "associação" para a segunda<sup>89</sup> 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, ao diferenciar o contrato de sociedade dos contratos de permuta. Essa norma se parece-me própria da sociedade externa, e não dos contratos plurilaterais em geral. O sócio, segundo esta norma, tem não só a obrigação, mas também o direito, de efetuar a própria entrada, justamente porque tem interesse em alcançar a finalidade comum, que redundará em uma vantagem esperada por ele<sup>90</sup>.

## CONTRATOS ABERTOS

r) Os contratos plurilaterais apresentam-se como contratos "abertos" às vezes, o contrato importa numa permanente oferta de adesão a novas partes (que satisfaçam determinadas condições) e numa permanente possibilidade de desistência de quantos dele 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, corretamente, 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, também com referência às associações e até a organizações com fim altruístico. O que interessa não é a terminologia, e sim a identificação das regras peculiares aos vários casos.

90. Mencionada nas obras citadas de AULETTA, RODRÍGUEZ e WIELAND.

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

examinamos precedentemente<sup>92</sup>; é nesta hipótese que, a rigor, se pode falar em contratos "viciados".

Todavia, mesmo quando a entrada de um novo sujeito ou a desistência de um outro seja possível só modificando o contrato social<sup>93</sup>, estamos diante de uma hipótese inaceitável nos demais contratos, sempre rigorosamente limitados apenas a duas partes<sup>94</sup>.

Concluindo, acrescentamos — o fato recente a diferença — que os novos sujeitos entram a fazer parte do contrato originário; de fato, nos limites da responsabilidade que lhes é própria, eles respondem também pelas dívidas contradas anteriormente à sua participação na sociedade<sup>95</sup>.

Por outro lado, a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo<sup>96</sup>.

92. PERMAN, com efeito, assenta nesse elemento o critério distintivo entre sociedade e associação.

No direito brasileiro o Decreto n.º 5.508, de 10 de outubro de 1943, art. 2.º, estabelece ser requisito legal da cooperativa a não limitação do número dos associados e a variabilidade do capital; o Decreto n.º 22.219, de 10 de dezembro de 1932, mencionava explicitamente qual característica da cooperativa a "multiplicidade"; o Decreto n.º 5.503 exige alguma finalidade da cooperativa, "fins econômico-sociais expressos em ato de ação deliberada".

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, estes, unificados por meio da "sociedade" (quanto a 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, analogamente ao que acontece na constituição da sociedade.

(Diverso é, naturalmente, o processo quando o aumento de capital se efetua independentemente de um aumento do patrimônio da sociedade, como, realmente, na hipótese da capitalização de reservas. Nesta hipótese não há participação de novos sócios ou alteração na participação de cada sócio; há apenas uma alteração interna na disciplina jurídica dos vários fundos sociais, passando a estarem sujeitos à disciplina do capital social, fundos que, anteriormente, embora pertencendo à sociedade, estavam sujeitos a uma disciplina diversa.)

Isso não quer significar adesão à teoria (de início sustentada na França e hoje mesmo ali repulsa) que encerra o aumento de capital como nova constituição patrimonial. 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 por isso engendrar o caso no quadro geral das modificações do estatuto.

95. Cf. ALVETRA, *ob. loc. cit.*

96. É a esse requisito que se pergunta se essa regra vale também no caso em que a sociedade figura, assim, reduzida a "uma" sócio.

Nesse poder, esse último problema, levantamos apenas quanto às sociedades e não quanto às associações (conforme o critério distintivo adotado neste estudo).

## VÍCIOS DO CONTRATO E VÍCIOS DA ADERÇÃO

a) O aspecto de que se desprende, com maior nitidez, a possibilidade dos contratos plurilaterais é aquele dos vícios de constituição. Na teoria geral dos contratos, o vício de uma das manifestações de vontade que concorrem para formar o contrato, traduz-se necessariamente num vício de todo o contrato. Se esta máxima por erro e desconhecimento do vendedor, estará viciado por erro o contrato de venda.

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

O mesmo não se verifica nos contratos plurilaterais.

À vista da pluralidade das partes é com efeito possível e oportuno distinguir o que respeita à adesão de cada parte (quanto à forma e à validade dela) e o que respeita ao contrato no seu conjunto<sup>97</sup>.

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 consecução<sup>98</sup> do seu objetivo<sup>99</sup>.

O próprio característico destas últimas, com efeito, assenta na continua subsistência de uma pluralidade de membros, ao 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 legitimamente oportuno admitir, também quanto ao exercício do comércio individual, a separação dos patrimônios. (Cf. TRAYANO DE MIRANDA VALVERDE, *Revista Forense*, vol. CXVI, pág. 517.)

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

97. Cf. ASCARELLI, "Vogel's Inductor", 1930, Studi Firenze; ALVETRA, *ob. loc. cit.*; GRIMINI *ob. cit.*, págs. 132 e segs. (Quer ALVETRA, quer GRIMINI examinam analiticamente todos os possíveis vícios de uma sociedade); TRAYCCHI, *Delo*, pág. 488. Lembra-se, também, em via de analogia o que foi observado na letra 1 acerca da concordância das regras peculiares ao contrato pluralateral e daquelas decorrentes do objeto, diverso, de cada adeão, quanto à disciplina jurídica desta.

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

Nessa hipótese, a nulidade, a anulação ou, como veremos, a resolução do vínculo de uma das partes, influi sobre todo o contrato; tal influência, entretanto, é "material", constituindo 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 exceção de uma), cf. GRIMINI, *ob. cit.*, pág. 134.

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

A regra 100 achá-se expressa, correntemente, no direito francês<sup>101</sup>; é adotada na doutrina italiana<sup>102</sup>; é expressa como pacífica no direito brasileiro, em virtude do art. 153 do Código Civil<sup>103</sup>, e, no direito alemão, em virtude do § 139 daquele Código<sup>104</sup>.

É evidente que essa regra assenta justamente na pluralidade dos conteúdos<sup>105</sup>; tal pluralidade torna possível a permanência do contrato, não obstante a anulação ou a nulidade de uma das adesões, desde que continue possível a consecução do objetivo contratual<sup>106</sup>.

100. Note-se que essa regra não se limita aos casos em que se constituem um patrimônio suppondo o uma pessoa jurídica. (Cf. KOPPELBERG, ob. cit., pág. 70.) Ao passo que a regra italiana no texto é caracterizada dos contratos plurilaterais, ali, versa é a disciplina que vigorou quanto aos atos complexos e quanto aos negócios plurilaterais (no sentido em que tal última expressão é usada por MACHARENO; cf. TRAVASSO, ob. cit., pág. 485).

101. HENRARD, *Traité des Sociétés*, págs. 113 e segs., 300 e segs., 102. Cf. ASCARELLI, *Appunti*, 3.ª ed., vol. II, pág. 97; e, especialmente, AULETTA, pág. 251; GIMONNI, *Padronione e Nullità delle Società*, Milão, 1937, n.º 61; ou art. 250 a 285, do livro das obrigações do Código Civil italiano de 1941.

102. TRAVASSO DE MIRANDA VALENTE, *Sociedade por Ações*, Rio de Janeiro, 1942, II, pág. 197. Lamentavelmente, o art. 153 não concerne à hipótese de nulidade ou anulação de uma das adesões num contrato plurilateral, mas à de nulidade ou anulação de um ato e, portanto, visa um problema geral da teoria dos atos jurídicos e não o problema particular da teoria do contrato plurilateral verando no texto. No âmbito dos contratos plurilaterais o problema visado pelo art. 153 é aquele dissociado quando se pergunta se a nulidade de uma cláusula dos estatutos importa também a nulidade de todo o estatuto. Cf. AULETTA, ob. cit., pág. 254; TODOLINI, tal como a nulidade de uma cláusula não vicia, de per si, o contrato, na sua totalidade, mas — é o que sustentam todos quantos fazem referência ao art. 153 — a nulidade de uma adesão não invalida, de per si, o contrato na sua totalidade, em se tratando de contratos plurilaterais. Cf. também GIMONNI, ob. cit., págs. 131 e segs., tanto de nulidade de uma adesão por incapacidade da parte evidenciada, entre tanto, muito nitidamente, a diferença entre o problema do texto e o da nulidade de uma entre as cláusulas de um contrato.

103. Von TRIM, *Allgemeiner des B. G. B.*, II, I, § 156; FLEXITZ, em DEBERSCHLAG, *Handbuch*, ed. de 1932, nota 14, § 105. O § 139 do Código alemão corresponde ao art. 153 do Código brasileiro.

104. Presunção, aliás, a participação, no caso concreto, de mais de duas partes e a permanência de pelo menos duas (ou, nas sociedades por ações, conforme alguma legislação, sete) adesões válidas. Cf. KOPPELBERG, *Lehrbuch des Buerger. Rechts*, I, pág. 343; AULETTA, ob. cit.

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

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

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

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

Pode-se acrescentar poderão, os vícios que respeitam às singulas adesões, ser quer vícios de nulidade, quer vícios de anulabilidade, ao passo que os vícios que dizem respeito ao contrato no seu conjunto importam em causas de invalidade deste, sem que haja a possibilidade de distinguir as duas diversas subespécies (nulidade e anulabilidade) conforme os critérios do direito comum<sup>107</sup>; quando do vício de uma das adesões decorre um vício do contrato, este constitui, por seu turno, uma causa de dissolução deste.

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

É, por isso, que o problema da tutela de terceiros, quanto aos vícios do contrato e àqueles das adesões das várias partes, adquire, nessa hipótese, uma importância bem diversa da que possui nos contratos em geral. É, pois, natural a tendência da jurisprudência em derogar,

constituída, subscrita, caso algumas subscritções sejam nulas ou anuladas, ficando, então, correspondentemente reduzido o capital. Cf. AULETTA, ob. cit., pág. 253 (porém, contrato quanto à primeira entre as duas regras acima enunciadas).

107. Cf. AULETTA, ob. cit., pág. 253, e DE GIRONDO, ob. cit., pág. 20, quanto à discussão geral do problema se esse vício respecta à adesão individual ou ao contrato em seu conjunto. No direito brasileiro, cf. (em sentidos diversos) Código Civil, art. 1.372; Código Comercial, art. 258, e, a respeito, WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, Rio, 1944, vol. I, pág. 250.

108. Cf. TRAVASSO DE MIRANDA VALENTE, ob. loc. cit. Cumpre notar tratar-se de uma orientação especialmente frizada quanto às sociedades por ações, mas, no entanto, peculiar a todas as sociedades. Pode-se, talvez, afirmar que a teoria doutrinária e legislativa em matéria de vícios do contrato de sociedades demonstrava justamente ter-se progressivamente frizado a distinção entre os princípios que regem os vícios da sociedade e os princípios gerais do direito comum dos contratos, regendo os vícios da sociedade, apenas, justamente na pluralidade do contrato, de um lado; na função instrumental dele, de outro lado.

O conceito de anulabilidade, nos contratos, prende-se, afinal, ao fato de haver normas que respeitam à proteção do interesse individual de uma das partes num contrato em confronto com a parte contrária. Por isso, a distinção entre nulidade e anulabilidade pode-se apresentar, nos contratos plurilaterais, quanto à adesão de uma das partes em confronto com as demais, mas não quanto à validade do contrato no conjunto. Com efeito, quanto aos vícios do contrato no conjunto, deve-se recorrer a critérios diversos daqueles do direito comum. Cumpre, por exemplo, distinguir a validade de constituição e vícios do arquivamento e publicidade (cf., por ex., art. 155, e art. 55, § único, Dec. n.º 2.627) e, entre os primeiros, cumpre, parece-me, distinguir (cf. letra a e nota 53) entre aqueles que respeitam à própria formação do contrato e aqueles que respeitam aos requisitos necessários para a vida da organização; entre vícios de contrato e vícios de uma cláusula estatutária (estes últimos acerrtam, em princípio, a nulidade da cláusula, podendo, entretanto, ficar o contrato válido: art. 153, Cód. Civil brasileiro).



no interesse das reservas 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 no ou com aquela do sócio cuja adesão é nula ou anulada.

Entravam, em todos os países, a jurisprudentia visa impedir essa consequência, atendendo a princípios que, não obstante sua diversidade, possuem sempre justificar uma maior tutela dos terceiros credores etc.

### EXCEÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE CADA PARTE

f) A distinção entre a disciplina do "contrato" e a da adesão de cada parte é nítida, também, quanto à exceção 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 nulidade (por impossibilidade superveniente) ou na resolubilidade do contrato.

109. Ou seja, quando não podem invocar uma culpa in contrahendo.

Note-se levantaram-se, os problemas indicados no texto quanto à tutela dos terceiros, só nos contratos extensos; não naqueles apenas internos, o que decorre da própria natureza destes últimos.

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

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 eles sejam sancionados 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 1935 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, págs. 277 e segs.)

Quanto aos vícios da adesão individual, decorre uma tutela dos terceiros já do fato de não acerrar, o vício da adesão singular, um vício do inteiro contrato. Isto, no entanto, não tutela os terceiros quanto às consequências da retroatividade da anulação da adesão no que respecta à responsabilidade do sócio cuja adesão era válida: visto-se, porém, excitar, 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 incapacidade. Cf. AULETTA, ob. cit., págs. 211 e segs.

Quando aos vícios que respectam aos requisitos para vida da organização e aos das diferentes estatutárias, 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 alcançável.

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

### SUBSTITUIÇÃO NO OBJETO DA OBRIGAÇÃO DE UMA PARTE

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

Esta substituição não destrói a identidade do contrato em seu conjunto e não importa em sua novação etc.

### EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS

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

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

112. Cf. GOMLA, *Rischio e Pericolo nelle Obbligazioni*, pág. 418; OERTMANX, *Kommentar zum B. G. B.*, no § 705; Podnikovitz, 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 WINDSCHEID, § 406; WIELAND, pág. 409; 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.

## RELACÃO SINALAGMÁTICA

2) As considerações que vimos desenvolvendo explicam por que certa corrente doutrinária afirma a inexistência, no contrato plurilateral, de uma relação sinalagmática entre os compromissos das várias partes etc.

Nos contratos bilaterais, podemos identificar uma relação sinalagmática, enquanto a obrigação de uma das partes depende da existência de uma obrigação válida da parte contrária etc. ou enquanto a inexecução da obrigação de uma das partes autoriza a não execução da obrigação da parte contrária etc.

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

## RELAÇÕES INTERNAS E RELAÇÕES 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 concerne às relações "entre" quantos participem do contrato plurilateral, mas às relações, da organização etc., para com os terceiros ou para com os associados que recorrem aos seus serviços.

E por isso que, nesses contratos, poderemos distinguir o que se relaciona com a constituição do contrato e o que se relaciona, por assim dizer, com a sua ulterior utilização etc. Direitos e obrigações dos que participam do contrato podem ser considerados sob ambos esses aspectos etc.

115. WIELAND, *op. cit.*, pág. 464; GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, pág. 830; AULETTA, *op. cit.*, pág. 46.

116. *Costuma-se falar, a respeito, de sinallagma genético*. Cf. CARVALHO DE MENEZES (M. L.), *op. cit.*, pág. 765.

117. A propósito, costuma-se falar de sinallagma funcional. Note-se, porém, o problema da relação sinallagmática entre as atribuições decorrentes de um contrato bilateral, também no direito anglo-americano; cf. HOLMES, *Common Law*, Boston, 1934, pág. 383.

118. *Acordo as duas hipóteses mencionadas na letra c.*

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

119. Cf. o anterior item *in fine*.

120. O característico do sócio com responsabilidade "limitada" reside, justamente, na exatidão de ser, a sua obrigação, limitada no que concerne ao (ou, no caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, também, subsidiária-

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) etc.

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

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

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

Não é difícil observar que os vários tipos de sociedades e associações se distinguem, também, por uma diversa disciplina desses poderes; pela diversidade dos poderes reconhecidos a cada parte ou à maioria; pela maior ou menor complexidade da organização e pela distinção de vários órgãos quanto às várias funções, e assim por diante. Quanto maiores as obrigações do sócio, tanto maiores são os direitos dele. Por isso, ao sócio de responsabilidade 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 etc. — naturalmente em limites diversos nos vários casos — de uma deliberação por maioria etc. 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

nente, no que prometeram os demais sócios), ao passo que o sócio de responsabilidade "limitada" responde, embora subsidiariamente, pelas dívidas da sociedade, sendo por isso limitado o alcance da responsabilidade dele.

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

122. Obviamente excepcional, sem o consentimento unânime de todas as partes. De um modo geral, a modificação dos elementos "contratuais" escapa ao âmbito da maioria; esta pode, apenas, determinar a orientação da gestão social nos limites determinados pelo contrato e respeitando o que foi contratualmente determinado na constituição.

Observa quando se constitui uma pessoa jurídica e um patrimônio separado, respondendo os sócios ou associados limitadamente (o, portanto, não respondendo com o próprio patrimônio individual pelas dívidas da entidade), se admite a possibilidade de ser, o contrato social, em princípio, modificável, pela maioria, até independentemente do pacto especial a respeito. É o que se dá nas sociedades anônimas por ações.

123. Mesmo quando não subsista uma pessoa jurídica. Quanto ao conceito de deliberação, cf. POISSAT, *op. cit.*, pág. 152.

124. Cf. art. 1.304, Código Civil brasileiro.

nítida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses "comuns" e aqueles "particulares" de cada participante<sup>125</sup>. Os contratos plurilaterais se prezam, 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 penúta. Com efeito, não só em virtude do contrato, adquirir, cada parte, uma pluralidade de direitos<sup>126</sup>, mas esses direitos são de caráter profundamente diverso entre si, e submetidos a disciplinas diversas. É, portanto, possível, e, muitas vezes, oportuno, examinar distintamente a "posição" de quem participa de um contrato plurilateral<sup>127</sup> e os seus vários direitos<sup>128</sup>; a primeira constitui, realmente, o pressuposto comum de uma série de direitos (bem como de obrigações e poderes), cada qual submetido a uma disciplina própria; a aquisição, a transferência, a perda da "posição", podem, portanto, oportunamente, ser examinadas distintamente da aquisição, da transferência e da perda de cada um dos direitos dela decorrentes<sup>129</sup>.

Esse ponto de vista é, naturalmente, tanto mais útil quanto mais a diversidade de direitos e de obrigações de quem participa de um contrato plurilateral acentua a diferença entre a disciplina da posição e aquela de cada um dos vários direitos e deveres<sup>130</sup>.

## O CONTRATO PLURILATERAL COMO CONTRATO DE ORGANIZAÇÃO

4.º Os caracteres que vimos enumerando puseram implicitamente em evidência, constitui, o contrato plurilateral, considerando em sua função econômica, um contrato "de organização" podendo desse ponto de vista contrapor-se aos contratos de penúta.

125. Penso-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 acentuar a distinção mencionada no texto, e que, sem efeito, é mais nítida nas sociedades por ações do que nas outras sociedades. Por seu turno, o sócio de responsabilidade "limitada", precisamente por ser "limitadamente" responsável, deve gozar de um poder fundamental de administração o não pode estar sujeito ao império da maioria sendo 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 THUN, *Porte Générale de Code Fédéral des Obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, pag. 8, 127. Cf. ASCARELLI, "Appunti di diritto commerciale", Società, 3.ª ed., 1936, pag. 115, e agora, SALAMBA, *verbo Società*, em *Nuovo Digesto Italiano*, 1928.

128. Poderes, obrigações.

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

Nota-se ser a distinção do texto independente da existência ou inexistência de uma pessoa jurídica.

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

Também examinamos dois possíveis tipos de organização, correspondentes, respectivamente, à "sociedade" e à "associação"<sup>131</sup>.

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 seu turno, a subespécie praticamente mais importante, mas não a única, dos contratos plurilaterais.

## OS CONTRATOS EXTERNOS

5.º 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 obviamente possível dar um passo ulterior, isto é, ver nela uma pessoa jurídica; conhecer 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 francês e italiano, o critério adotado no texto (cf. ASCARELLI e AUTREYA, *ob. cit.*) encontra apoio legislativo, pois nos os Códigos (cf. art. 1.823 do Código francês e art. 1.697 do Código italiano de 1942) a sociedade é definida como o contrato pelo qual as partes põem alguma coisa em comum para dividir o lucro que daí poder derivar. É, portanto, evidente que o "fundo comum" deve ser empregado em operações com terceiros, para se obter um lucro a dividir entre os sócios. Cf. PLASTON, *REPORT-LEMANISSEUR, Traité de Droit Civil*, vol. XI, parte II, pag. 349.

Mais amplo, ao contrário, é o conceito das ordenações filipinas (4. 44) e, ainda mais, o do Código Civil alemão e do brasileiro, nos quais se fala elemento de fins comuns (cf. art. 1.363 do Cód. Civil brasileiro), de maneira que o conceito de contrato plurilateral acaba coincidindo com aquele de sociedade. Cf. quanto ao direito brasileiro, WALDEMAR PEREIRA, *ob. cit.*, pag. 249.

Basta é a razão pela qual, na doutrina alemã, como veremos, os condôminos 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 nosse direitos, quer em face de normas especiais da lei (por ex., Decreto brasileiro n.º 2.627, de 29 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 Códigos disciplinam, substancialmente, apenas a hipótese da "sociedade" no sentido mais restrito acima enunciado, desconsiderando, em substância, as normas próprias dos contratos plurilaterais que não constituam "sociedade" naquele sentido.

Lembre-se, no entanto, que quer na hipótese da associação, quer naquela da sociedade, conforme a orientação do texto, o fim perseguido pelas partes é um fim "egoístico". Com efeito, já vimos, até nas associações há, a rigor, um fim de lucro, embora o lucro não decorra do emprego do fundo comum em operações para com os terceiros.

Diverso é o caso das chamadas associações (cf. nota 75) que se propõem fins "altruísticos", embora até nestes casos as partes constituam, 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.



das participantes; as suas dívidas como dívidas da pessoa jurídica, e não como dívidas das que dela participam, se bem que estas, às vezes, possam ser subsidiariamente responsáveis<sup>132</sup>; e assim por diante.

O contrato plurilateral, com a organização assim criada, constitui, por assim dizer, o substrato<sup>133</sup> da pessoa jurídica; através desta, as várias relações jurídicas são, pois, concebidas e disciplinadas unitariamente. As relações de cada parte com "todas as outras" sucedem, portanto, as de cada parte com a pessoa jurídica; as relações de "todas as partes" para com os terceiros, as da pessoa jurídica para com os terceiros<sup>134</sup>.

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

## PERSONALIDADE E CONTRATO EXTERNO

b) A possibilidade da constituição de um patrimônio separado de uma pessoa jurídica é, no entanto, obviamente limitada às hipóteses em que, com o contrato, se constitui uma organização externa<sup>135</sup>; fora destas, com efeito, a constituição de um patrimônio separado ou de uma pessoa jurídica não tem sentido<sup>136</sup>.

Se, 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 terceiros<sup>137</sup>.

Por sua vez, para que se possa ter uma sociedade "comercial", é necessária a existência de uma sociedade "externa". A comercialidade da sociedade decorre, com efeito, da natureza da atividade da sociedade para com os terceiros<sup>138</sup>.

132. É o que acontece quanto aos sócios de responsabilidade limitada.

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

134. Cf. GUNZEL, *ob. cit.*, págs. 215 e segs.

135. Quanto à hipótese de sociedade interna versada no texto, hipótese diversa daquela, com frequência, examinada, recorrendo a esta denominação, cf. nota 138.

136. Não importa agora examinar se, além disso, é também necessária 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.

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

Tal conclusão é confirmada pela circunstância de que as sociedades comerciais são, nos vários direitos, nominativamente disciplinadas; não existem outros tipos de sociedade comercial fora dos nominativamente disciplinados<sup>139</sup>; 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 somente por via analógica que, em determinados casos, se poderá recorrer a algumas normas ditadas na disciplina das sociedades de comércio<sup>140</sup>.

## VALIDADE E REGULARIDADE DO CONTRATO

e) Desta observação não decorre serem, todas as organizações externas, dotadas de personalidade jurídica; nos vários direitos positivos, a personalidade é reconhecida, em casos mais ou menos numerosos e em virtude da observância de condições peculiares<sup>141</sup>.

No direito atual, em princípio, a observância de determinadas formas de publicidade, destinadas justamente a tornar conhecida a pessoa jurídica, constitui condição *conditio iuris* ou para a constituição do patrimônio separado da pessoa jurídica<sup>142</sup> ou para que não sejam aplicadas as sanções que visam justamente esta falta de publicidade<sup>143</sup>.

Em geral é o primeiro princípio aquele adotado quanto às associações<sup>144</sup>; diversa é, no contrário, com frequência, a disciplina quanto às sociedades, especialmente quando não se trate de sociedade anônima.

139. Problema diverso é o do âmbito dentro do qual, nos estatutos de uma sociedade comercial, podem ser introduzidas cláusulas arbitrárias. Cf. LA LUMBA, *Revista di Diritto Commerciale*, 1939.

140. Cf. AULETTA, *ob. cit.*, págs. 65.

141. Este princípio prevê-se quer quanto às sociedades, quer quanto às associações. A personalidade da sociedade e a constituição de um patrimônio separado é, naturalmente, quase por toda parte, a consequência da observância das particularidades normais legais ditadas, em geral, quanto à disciplina da sociedade e independentemente de um controle de mérito, em cada caso concreto; entretanto, *facta controllo* 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. 20, § 2º, Cód. Civil brasileiro (estabelecendo que as sociedades que, por falta de autorização ou de registro, se não reputam pessoas jurídicas, não poderão adotar a seus membros, nem a terceiros, embora estas possam responsabilizá-los pelos seus atos); art. 55, § único, Decreto n.º 2.657, de 26 de setembro de 1940 e art. 265, Livro do trabalho, Código Civil italiano de 1941 (estabelecendo que a sociedade anônima não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros diretores antes de cumpridas as formalidades de publicação).

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

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, condiz-se 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 um contrato de associação.

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

## 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 pluralateral, 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 as relações externas, mas também as relações internas entre os sócios. Nas relações externas, por vezes, 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 sociedade de acionar a sócios e a terceiros (cf. art. 20, § 2º, Código Civil brasileiro), ou até qualquer responsabilidade da sociedade (do patrimônio social) pelos atos realizados em seu nome (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; VADEMAR FERREIRA, ob. cit., págs. 221 e 255; DE GREGORIO, *Società*, 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 violado e sociedades "irregulares"; entre os vícios que respeitam ao próprio contrato de sociedade e os que respeitam à sua publicidade.

Os primeiros acarretam um vício no próprio contrato.

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

No anterior n.º 2, sob a letra e, examinamos os vícios do contrato e da adesão de cada participante, as várias categorias destes vícios, as suas consequências. Respeitavam, todas aquelas considerações, a teoria das sociedades cujo contrato fosse violado, independentemente do fato de ter sido o contrato arquivado ou de não tê-lo sido.

Neste número examinamos, no contrário, os vícios de arquivamento e publicidade e as suas consequências, independentemente do fato de ser o contrato, violado ou de não sê-lo.

E, óbvio, com efeito, poder uma sociedade, embora viável, ser arquivada (cf. quanto às sociedades por ações, no direito brasileiro, arts. 1.255 do Dec. n.º 2.627) ou

todos os lucros individualmente auferidos por cada qual na venda da sua mercadoria, de acordo com uma determinada percentagem<sup>147</sup> para cada um<sup>148</sup>.

poder, apesar de não ser o contrato violado, não ser arquivada. (Cf. no direito brasileiro, quanto às sociedades por ações, art. 55, § único, Dec. n.º 2.627.)

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

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

A distinção entre "nulidade" e "irregularidade" só lentamente foi elaborada pela jurisprudência e pela doutrina, sobretudo no direito francês, que, na lei de 1867, classificava como caso de "nulidade" a própria inobservância da publicidade.

Podese, talvez, afirmar que na evolução histórica foi sempre mais acentuada — à vista da necessidade de tutelar os terceiros — a importância do fato de ter, a sociedade, realmente operado, apesar dos seus vícios.

Reconhecem-se, assim, com frequência, a personalidade das sociedades irregulares; sucessivamente também a existência de fato das sociedades nulas, visando uma dissolução das nulidades do contrato social diversa daquela do direito comum dos contratos.

Esta última orientação foi particularmente frásada nas sociedades anônimas; o direito inglês admite até a eficácia sanetória do registro da sociedade quanto aos vícios da sua constituição; os demais direitos não admitem esta última consequência, embora, às vezes, negando poder, a anulação, ter eficácia retroativa e (cf. art. 155, Dec. n.º 2.627, de 26-9-1940, no direito brasileiro) sujeitando os vícios de constituição de uma sociedade arquivada, a certos 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 cumpridas todas as formalidades da constituição.

147. É a hipótese do *pool*, segundo a terminologia anglo-saxônica (*intercompany agreement*, segundo a alemã; *cointeressen*, segundo a italiana).

148. Cf. o meu comentário em *Polo II*, 1938, fasc. II, A. SNAKORA (com seu livro sobre as *Società Irregolari*), sobre o mérito de ter posado em evidência o princípio de que a personalidade jurídica da sociedade existe a sua manifestação a terceiros. Cf. também DE GREGORIO, *Società*, Turim, 1938, pág. 27.

Final-se, igualmente do sociedade interna, quando as obrigações sociais são assumidas pelo representante comum dos sócios, mas sem o uso da palavra social. (WATKIN, I, pág. 300.)

Na hipótese examinada no texto, o problema da responsabilidade do sócio por atos dos terceiros, no que respeita às dividas sociais, não pode apresentar-se, pois falta qualquer atividade desinteressada, que pelos sócios, que em nome próprio, que até apenas por conta dos sócios, poderiam os terceiros; portanto os terceiros, que

Não é preciso, no contrário, que o "sócio" se tenha manifestado, como tal, aos terceiros; o sócio, embora oculto, é responsável pelos atos sociais, desde que a sociedade, da qual ele faz parte, se tenha manifestado aos terceiros tal.

sócio age, nesta hipótese, individualmente, em seu próprio nome e por sua própria conta.

A distinção entre as diversas hipóteses parece-me descuidada por Mossa. (Rivista di Diritto Commerciale, 1940, I, 29.) Com efeito, Mossa julga ter, a tese do texto, sido formulada quanto à sociedade que entra em relações para com os terceiros mediante um gerente comum. Esta hipótese no contrário, não é aquela considerada no texto. (Quanto à distinção das duas hipóteses, cf., também, Auletta, ob. cit., pág. 63.) Quanto à hipótese do texto, no contrário, Mossa (ob. cit., pág. 33, notas) não expõe a sua opinião, apenas observando poder-se, esta hipótese, verificar tão-somente na sociedade ocasional, o que não acho, entretanto, acertado.

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

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

149. Código Comercial brasileiro, art. 305; Mossa, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, cit.; Soprano, *Trattato*, I, n.º 141. Ao contrário, Salandra opina, de um lado, ser a sociedade, embora apenas interna, disciplinada pelas normas sobre as sociedades irregulares e, de outro, não responder, o sócio oculto, para com os terceiros. É esta uma consequência da excessiva importância dada por Salandra, à teoria da tutela da aparência (da qual decorre na teoria de Salandra, a exclusão da responsabilidade do sócio oculto) e a distinção (embora justa em princípio) entre relações externas e relações internas (de que decorre na teoria de Salandra a disciplina da sociedade interna com as normas das sociedades irregulares. Lembremos 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, nesta hipótese, pode, parece-me, 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 arvora (ou se arvoem) em administrador ou sócio de uma sociedade inexistente ou da qual não

## SOCIEDADES E SOCIEDADES EM CONTRA DE PARTICIPAÇÃO

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

A lentidão com que, historicamente, se veio elaborando tal distinção constitui, aliás, uma confirmação da dificuldade do problema 151.

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 bilateral 152; de permuta ou escambo no amplo signi-

particípio (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 aquele que se arvorou em sócio ou administrador dela; os falsos sócios, porém, são responsáveis, para com os terceiros, pelas obrigações que assumiram; e o para com a sociedade, por perdas e danos. Cf. CARVALHO DE MENEZES, *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 dividas 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 responderá perante a sociedade, por perdas e danos (isto decorre do fato de estarem, nesta hipótese, os sócios, de acordo com o uso do nome do *falsus socius*). Cf. Código Comercial brasileiro, art. 306; WALDEMAR FERNANDA, ob. cit., pág. 270.

151. Às vezes, também a sociedade para um determinado negócio (a *Gelegenheitsgesellschaft* do direito germânico) é aproximada à sociedade em conta de participação. (Cf. no direito belga, art. 5.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 fala-se em "sociedade" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as sociedades); no italiano de "associação" em conta de participação (à vista da sua classificação legislativa entre as associações).

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



ficado deste termo, adotado nestas páginas<sup>153</sup>; *dominus* do negócio é, sempre e necessariamente, o associante que, somente ele, assume obrigações e adquire direitos para com os terceiros, ao passo que os associados são responsáveis somente perante o associante e têm direitos somente perante ele; não se cria uma nova organização, nem externa — essa é a diferença invocada com maior frequência<sup>154</sup> — nem interna<sup>155</sup>; até quando o associante admite mais pessoas a participar dos seus negócios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos.

Na sociedade, ao contrário<sup>156</sup>, 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 freqüentíssimos os contratos, em que concorrem, simultaneamente, os elementos do mútuo ou do contrato de trabalho e os da sociedade em conta de participação; por exemplo, contrato de mútuo ou de emprego com participação nos lucros.

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

154. Não estando, 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, *Revista di Diritto Commerciale*, 1932, II, pág. 606, 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 elaborada<sup>157</sup>. 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 aquele em que, de um lado, é, em geral, disciplinada mais liberalmente (a respeito da intervenção das autoridades administrativas) a possibilidade da constituição de um patrimônio separado e de uma pessoa jurídica, e, de outro<sup>158</sup>, é mais cuidada a tutela dos terceiros, em face dos perigos que, para eles, pode representar essa constituição.

Isso permite entender porque, muitas vezes, ao quererem constituir uma organização destinada a entrar em relações para com os terceiros, as partes constituem uma sociedade, embora para alcançar, indiretamente, aqueles fins que, no entanto, seriam próprios de uma associação<sup>159</sup>. Nestas hipóteses, as partes constituem uma sociedade, respeitam-lhe os elementos essenciais, mas, através de oportunas cláusulas estatutárias, adaptam-na aos fins particulares que, ulteriormente, têm em vista<sup>160</sup>.

É óbvio que, nestas hipóteses, as partes, embora, indiretamente, para fins ulteriores, constituem uma sociedade e ficam sujeitas às normas respectivas<sup>161</sup>.

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

158. É 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 prevalentemente 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 possua 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 ditas quanto aos contratos de sociedade; por outro lado, não se poderão aplicar as sanções ditas 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<sup>162</sup>. Quando faltar 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<sup>163</sup>.

## 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 obrigarem a uma determinada atitude positiva, quer, ao contrário, no de se obrigarem a uma atitude negativa.

Estas hipóteses correspondem à do contrato<sup>164</sup> normativo<sup>165</sup>, que se caracteriza, justamente, pela circunstância de estabelecer as cláusulas

162. Por exemplo, às 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 uma sociedade irregular. As normas do direito comum permitem, no entanto, tutelar os terceiros, sem afirmar que a manifestação externa importa, por si só, na existência de uma sociedade, e sem, portanto, admitir a aplicação 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. OSTI, ob. cit.

165. Cf. HUECK, *Ullrich's Jahrbuch*, vol. 73, pág. 40; SALANDE, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1928, I, pág. 408 e ASQUINI, *Studi Viteane*, vol. II, pág. 34.

com as quais deverão (ou não deverão) ser concluídos determinados contratos futuros<sup>166</sup>, desde que, e quando, cada parte decida concluí-los<sup>167</sup>.

As partes que concluem o contrato normativo podem disciplinar futuros contratos que pretendam concluir entre si<sup>168</sup>; podem, ao contrário, disciplinar futuros contratos que cada uma delas conclua com terceiros<sup>169</sup>, ou futuros negócios (mesmo unilaterais) que cada uma delas realizar.

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

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

Essa disciplina pode ser ditada a favor de uma das partes, mediante determinadas vantagens a favor da outra<sup>171</sup>; pode cada parte, no entanto, assumir para com a outra uma obrigação correspondente, de modo a regular a concorrência "recíproca". Nos contratos plurilaterais é obviamente possível apenas a segunda das hipóteses de disciplina da concorrência, aqui diferenciadas<sup>172</sup>.

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

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

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 conclamem 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.

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

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.

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

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

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 direttriz comum<sup>172</sup>; contratos em que disciplinam sua concorrência recíproca<sup>174</sup>.

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 direttriz, embora agindo cada qual individualmente<sup>175</sup>.

A terceira hipótese verifica-se nos *corner's*, cartéis e consórcios quando vários comerciantes ou especuladores convenionam comprar ou vender uma determinada mercadoria a um preço ou em quantidades predeterminadas; ou quando vários empreendedores convenionam não vender abaixo 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<sup>176</sup>; nas convenções internacionais entre os Bancos centrais de vários Estados que disciplinam a direttriz a seguir por cada Banco, no mercado, num intuito de estabilização monetária; nas convenções internacionais entre vários Estados que disciplinam a direttriz a seguir quanto à produção ou à exportação de um produto, produzindo em cada um deles.

póssam só se encontrar, com efeito, em contratos dos quais participem apenas duas partes e conectivi, em geral, pelo adjectivo de um contrato de permuta (por ex.: de venda, de trabalho, etc.).

173. Não essa expressão para abranger a hipótese da disciplina de futuros negócios multilaterais.

174. Cf. MALASOMA. Note-se poder, nesta hipótese, o contrato normativo ser plurilateral.

175. É nesta hipótese que o compromisso assumido pelas partes não concerne ao conteúdo dos seus futuros contratos, mas ao de futuros negócios multilaterais, facto é, dos factos que elas dão a sua assembleia social.

176. Prescinde, naturalmente, de examinar a licitude destes contratos que visam, às vezes, um fim monopolístico (colando, então, a aplicação das disposições respectivas) cf. art. 1.º do Dec. n.º 549, de 18 de novembro de 1938), e os graves problemas que, consequentemente, se apresentam na economia actual. (Cf. de recente a respeito WERNER, *Bank, Cartels, Collusion to a Price World*, Washington, 1944. Apesar de preocupar a sua estrutura jurídica.

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

## CONTRATOS PLURILATERAIS NORMATIVOS INTERNOS E EXTERNOS, 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<sup>177</sup>.

Assim, as partes, concluindo um sindicato de acionistas, podem proceder à nomeação de um mandatário comum que as represente coletivamente nas assembleias sociais, seguindo a direttriz fixada pela maioria do sindicato<sup>178</sup>.

Assim, os empreendedores, disciplinando a concorrência recíproca em relação a um determinado produto, podem centralizar num órgão único<sup>179</sup> a venda desse, de maneira que o órgão comum venda a mer-

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

178. Uma hipótese análoga verifica-se nas numerosíssimas associações de portadores de debêntures. Estas se propõem, justamente, oferecer aos próprios associados uma tutela dos seus interesses, perante a sociedade, mais eficaz da que poderia ser obtida individualmente pelo portador e a um custo menor daquele que suportaria cada portador agindo individualmente. É conhecida a tendência legislativa para organizar *ex-lege*, coletivamente, os obrigacionistas (cf. no Brasil, Dec. n.º 751, de 12 de outubro de 1938), e até (como na França, com o Decreto de 30 de outubro de 1935) para reconhecer a personalidade jurídica à associação assim criada.

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

179. Por exemplo, num mandatário comum. Esse mandatário pode ser uma sociedade comercial cujos sócios sejam, por sua vez, participantes do consórcio.

É nesta hipótese que, na doutrina alemã, se fala de *Doorgeschlecht*. Nesta hipótese, cláusulas penitenciais (por ex., a respeito da excludibilidade das ações) visam garantir a identidade entre os sócios da sociedade e os participantes do consórcio, assim como garantir que a influência de cada sócio na sociedade corresponda à sua influência no consórcio. A hipótese é muito frequente quanto aos consórcios que visam a venda ou a fabricação de determinados produtos fora dos mercados nacionais dos consórcios. (Verport associations; cf. EDWARD S. MASON, *Foreign Affairs*, vol. 22, pág. 604.)

180. Ou a compra.



caduária de cada participante<sup>181</sup>, respeitando as práticas de concorrência, ou a igualdade de condições, ou o limite quanto à quantidade de mercadoria a ser colocada no mercado<sup>182</sup>, que fôra ditado<sup>183</sup>.

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

Nestas hipóteses<sup>184</sup>, as partes não somente se obrigam entre si, mas conferem poderes ao mandatário comum<sup>185</sup>, por elas previamente escolhido para as suas relações com terceiros<sup>186</sup>.

## CONTINUAÇÃO

2) Parece-me inequívoco 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 realização de tais relações, num órgão comum.

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

181. Ou compre a matéria-prima.

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

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

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

183. Querendo no âmbito dos contratos, que disciplinam a reciproca concorrência entre empreendedores, indicar, com nomes distintos, os contratos internos e os externos poder-se-ia falar, no primeiro caso, de cartéis 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 podem 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.

185. 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.

186. Consoante decorre do texto, a subdistinção fundamental, entre os contratos de consórcio e 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.

A disciplina desses contratos, na prática contratual, na jurisprudência e na doutrina<sup>187</sup>, corresponde, de fato, aos princípios que vimos desenvolvendo quanto aos contratos plurilaterais.

Assim, em matéria de vícios ou de inexecução de uma das adesões; assim quanto à possibilidade de adesão de novas partes ou da saída de quantos dela participem<sup>188</sup>, quanto à possibilidade de deliberações por maioria<sup>189</sup> e aos limites do poder da maioria perante os elementos "contratualistas"<sup>190</sup> que escapam à sua competência<sup>191</sup>, 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, parece-me terem juridicamente um alcance mais limitado: este é o caso quanto à distinção entre os consórcios de "contingentamento" e os demais, adotada, como classificação fundamental, por FLECHTHREIX.

As vezes, também nos autores jurídicos encontram-se classificações meramente econômicas, que, por isso, não evidenciam a diversidade de disciplina jurídica.

187. Cf. José FERNANDA DE SOUZA na tese de concurso apresentada à Faculdade Nacional de Direito no Rio de Janeiro, 1941; KALIXIAN, *Kartellrecht*, 1934; FLECHTHREIX, *Die rechtliche Organisation der Kartelle*, 1923; GEIER, *Gesellschaftliche Organisationsformen*, etc., 1922; DÜNKER-HACHENBURG, *Kommentar zum H. G. B.*, edição de 1932, vol. II, parte I, (de autoria de GEIER), págs. 399 e segs.; FRANDL-ANDER, *Konzernrecht*, 1927; BAUER, *Die rechtliche Struktur des Trust*, 1927. (com referência também à Rússia); HAUSSKARN, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungen — zusammenfassungen*, 1926 e *Die wirtschaftliche Konzentration auf ihrer Schicksalsentwicklung*, Basel, 1940; MAZARUD, *Le Problème des Unions des Producteurs*, 1934; ASCARELLI, ob. loc. cit., 1933; FRANCESCHETTI, *Consorti*, 1938; SALANDRA, *Le Unioni di Imprese*, 1936; AUVERTA, verbete *Consorti*, em *Nuovo Digesto Italiano*; e as numerosas monografias editadas pela Sociedade das Nações de autoria de LAMMERS; DEGUIS e TCHERNESKY; OVALIS; ROUSIERS; CASSEL; WIEDERVELS; McGREGOR.

188. Nota-se corretamente que a participação ao consórcio, dada à natureza das obrigações assumidas, assenta na qualidade de titular de um estabelecimento que fabrique (ou venda) os produtos consorciados.

A participação no sindicato de acionistas pressupõe, igualmente, a qualidade de titular das ações.

Na disciplina dos chamados "códigos", do *National Industrial Recovery Act* (sec. III), nos Estados Unidos, a legitimidade desses acordos estava, justamente, subordinada: a) a não permitir a formação de monopólios ou práticas monopolísticas; b) ao fato de serem "abertos".

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.

190. Por exemplo, "quota" que cabe a cada participante de um consórcio, e que constitui, em substância, a "metade" das obrigações e dos direitos de quem participa nele. Esta "quota" indica, por ex., a proporção em que cada membro do consórcio pode participar, com a sua mercadoria, nas vendas, efetuadas pelo consórcio ou a proporção em que cada membro do consórcio pode fabricar os produtos consorciados. A "quota" tem pois importância prevalente nos consórcios de "contingentamento", seja nos externos, seja nos internos, respeitando, no primeiro caso, à mercadoria que pode ser produzida ou à que pode ser vendida por meio de consórcio (não podendo, ademais, a mercadoria ser vendida de outra forma); no segundo, à que pode ser produzida ou à que pode ser vendida diretamente pelo interessado.

191. As vezes, os contratos prevêem a possibilidade, para a maioria ou para a direção do consórcio, de tomar decisões que influam também sobre as obrigações

## FIM COMUM E FIM SOCIAL

c) 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" sendo em comum os próprios bens ou o próprio trabalho; na primeira das hipóteses, distinguindo-se *sub e* as partes cooperam, mas apenas regulando as relações das suas relações reciprocas futuras; na segunda, cooperam, mas apenas estabelecendo uma direção única de todos para com a sociedade; na terceira, apenas estabelecendo uma direção para com o mercado.<sup>192</sup>

Há um fim comum<sup>193</sup>, e é precisamente da consecução desse fim comum que as partes esperam obter vantagens. Não há, porém, sociedade<sup>194</sup>.

Tem-se uma prova dessas observações, notando como, nestas hipóteses<sup>195</sup>, não se vê a consecução de um "lucro" a ser distribuído entre os

e sobre os direitos dos participantes; por exemplo, acerca da possibilidade de elevar a quantidade "total" a fabricar (ou vender) por todos os consorciados em conjunto, ficando inalteradas as porcentagens com as quais cada consorciado concorre nessa quantidade, mas sendo alterada a quantidade que cada um pode (e, às vezes, deve) produzir. Em milha opção, em tais hipóteses, a maioria ou a direção do consórcio é investida do poder de agir qual "arbitrário". (Cf. neste sentido, ASCARELLI, loc. cit. e, agora, CARLUCCI, ob. cit.; contra, SALASPARA.) Na realidade, a pluralidade do contrato permite confiar à "maioria" (ou a quem tenha sido designado pela maioria) o poder de agir qual arbitrário em relação a cada singela parte (cf., em matéria de sociedade, o art. 1.718 do Cód. Civil italiano). Esse poder pode, porém, a meu ver, ser exercido somente nos limites do *arbitrium boni viri*.

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

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

193. Esse é o elemento que me parece ter sido subestimado por CARLUCCI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1939, I, pág. 13.

194. Tal distinção é vivamente frisada por CARLUCCI, ob. cit., quanto aos consórcios; foi, entretanto, há muito, afirmada pela doutrina e pela jurisprudência italiana (cf. Cassação de Turim, 31 de dezembro de 1885, *Foro It.*, Rep. 1.866, na *Società*, n.º 8; Cassação de Nápoles, 2 de julho de 1900, *Foro It.*, 1901, I, pág. 68; Cassação de Florença, 19 de março de 1914, *Monitore Trib.*, 1914, pág. 383; Apelação de Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro It.*, 1933, I, pág. 821; Apelação de Gênova, 22 de julho de 1933, *Foro It.*, 1934, I, pág. 184; Apelação de Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pág. 233; Apelação de Milão, 1933, I, pág. 1.607; ASCARELLI, ob. cit.; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, pág. 1.113) e francesa. (MAZEAUD, ob. cit., pág. 134.) As incertezas da doutrina alemã sobre a distinção entre o consórcio e a sociedade encontram explicação no conceito mais amplo de sociedade, próprio do Código Civil alemão. (Cf. WEILAND, I, pág. 456, para a exclusão da existência de uma sociedade e, no mesmo autor, as indicações da doutrina alemã, que se orienta, de preferência, em sentido contrário.)

195. E, análogamente, os sindicatos de acionistas.

que participam do contrato<sup>196</sup>; a vantagem de cada participante se reflete, diretamente, na sua economia individual<sup>197</sup>.

## CONTRATOS EXTERNOS

f) A distinção aqui assinalada é particularmente relevante, na prática, nas hipóteses em que do contrato decorre uma organização que deva agir para com os terceiros para a realização do fim colimado pelas partes<sup>198</sup>.

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

I — Por um lado, falta a personalidade jurídica, salvo disposição especial de lei<sup>199</sup>, porque é somente quanto à sociedade que é prevista, em geral, e independente do

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 eventuais sobras distribuídas nos associados constituem, na realidade, a devolução das importâncias, por eles adiantadas às despesas do consórcio, e que resultaram excessivas. (Cf. na jurisprudência italiana, Com. Cent. Imp. Dir., 11 de janeiro de 1933, *Foro It.*, 1930, I, 233; SAMBRINI-MANASSO, *L'imposta di Ricchezza Mobile e la Società Commerciale*, vol. I, pág. 617.)

197. É sob esse aspecto que os contratos aqui examinados se aproximam daqueles de associação e não daqueles de sociedade, como já resulta 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, de que respecta no conteúdo dos compromissos e dos direitos dos participantes, conforme o diverso fim de cada contrato no caso concreto.

Já pelo fato de tratar-se (ou, ao menos, dever-se tratar; cf. sec. III do *National Industrial Recovery Act* nos Estados Unidos) de contratos "abertos" e de serem, os seus participantes, empreendedores num determinado ramo, poder-se-ia pensar numa aproximação entre o consórcio (com concentração de venda, versado na letra f do texto), e alguns tipos de cooperativa.

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

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

Há, entretanto, na prática, casos em que um consórcio pode funcionar como cooperativa e casos em que uma cooperativa funciona, afinal, como consórcio.

Assim, nas cooperativas de agricultores para o beneficiamento ou a transformação dos seus produtos há, às vezes, não apenas o direito, mas também a obrigação de cada associado de entregar os seus produtos à cooperativa.

198. 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.

199. Que, por seu turno, deverá então disciplinar uma forma de publicidade do contrato.

exame de cada caso concreto, a personificação e a cons-tituição de um patrimônio separado. Os participantes responderão, portanto, todos, ilimitadamente<sup>200</sup>, pelas di-vidas que tenham coletivamente assumido para com os terceiros<sup>201</sup>.

II — Por outro lado, porém, não poderão ser invocadas as normas e sanções particulares ditadas para as sociedades irregulares, pois que, na hipótese em apêço, não existe sociedade<sup>202</sup>.

## ADOÇÃO DA FORMA DA SOCIEDADE

g) Essas considerações explicam 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 sociedade<sup>203</sup>, mas adaptando-a, mediante oportunas cláusulas estatutárias, ao fim ulterior visado<sup>204</sup>.

200. E ademais solidariamente, nos direitos que estabeleçam, 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, pág. 184).

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

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

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

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

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

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

Visto, 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.

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

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

Às vezes, as partes constituem, independentemente da conclusão do contrato de sociedade entre si, uma segunda sociedade como órgão coletivo<sup>205</sup>.

A sociedade não é, em tais hipóteses, simulada<sup>206</sup>; é realmente querida, mas para um fim ulterior.

Esta circunstância faz com que, nessas hipóteses, devam ser aplicadas duas ordens de normas<sup>207</sup>.

I — as da sociedade;

II — as<sup>208</sup> eventualmente ditadas quanto ao fim concretamente visado pelas partes, tendo, para este efeito, em vista o fim "econômico"<sup>209</sup> do negócio<sup>210</sup>, independentemente de sua estrutura jurídica.

205. Cass. italiana de 22 de fevereiro de 1929, em *Corte di Cassazione*, 1929, pág. 915; no direito alemão é explicitamente prevista a hipótese de compromissos ulteriores dos acionistas, além do que respeita à integração da ação.) Nesta hipótese, falta-se em sociedade com fim indireto (ASCARELLI, *ob. cit.*; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, pág. 113; AUERT, *Foro It.*, 1936, I, pág. 1.086) ou em sociedade de conveniência. (CARNEVALI, *ob. loc. cit.*) Igualmente no caso do sindicato de acionistas poder-se dar mais um passo constituindo, entre as partes, uma sociedade civil ou comercial, cujo patrimônio será constituído pelas ações anteriormente possuídas individualmente pelas partes, e passando estas a serem sócias da nova sociedade.

206. É essa, entre as hipóteses aqui recordadas, aquela na qual, quanto aos consórcios, a doutrina alemã fala de *Doppelgesellschaft*. As partes, em tais hipóteses, conferem à sociedade, órgão do consórcio, o mandato de vender a própria mercadoria.

207. Diversa é a opinião de SALANDRA (*Le Unioni di Imprese*, pág. 107), embora descurando de aplicar a disciplina da simulação. No sentido do texto, cf. ASCARELLI, *ob. cit.*; FERRI, *Foro It.*, 1934, I, pág. 1.113; AUERT, *Foro It.*, 1936, I, 1.086, falando em sociedade com fim indireto e CARNEVALI, *ob. loc. cit.*, falando em sociedade de cômodo. Sobre o problema geral do negócio indireto, cf. ASCARELLI, "Il Negócio indireto", em *Studi in Onore di Virante*, Roma, 1930.

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

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

210. 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 consórcio análogo aquele de quem concede a outra a exclusividade quanto à venda de um determinado produto: cf. ASCARELLI, *ob. cit.*, pág. 107; FERRI, *ob. cit.*; WEITNER, *ob. cit.*; e, na jurisprudência italiana, App. Milão, 28 de fevereiro de 1933, *Foro It.*, 1933, I, 825; App. Gênova, 22 de julho de 1935, *Foro It.*, 1935, I, 233; App. Milão, 13 de janeiro de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pág. 1.083. Contrário, SALANDRA, *ob. cit.*, pág. 97.

De outro lado várias cláusulas visam coadunar a participação e a influência 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).

210. Estas normas concernem, por ex., à luta contra os monopólios, independentemente do tipo de contrato por força do qual estes sejam realizados. Podem



b) As considerações anteriores confirmam não constituir, a sociedade (desde que se entenda este termo no seu próprio significado e não no sentido restrito de "sociedade de pessoas", como acontece, por exemplo, no caso das sociedades plurilaterais, como sociedades plurilaterais,

Nas páginas precedentes, gerais, e, por outro, indicar-lhe as várias categorias dos contratos particulares, procurando, por um lado, identificar essa categoria e as suas regras, e, por outro, indicar-lhe as várias categorias e as suas regras.

Muitas entre as regras recordadas nas páginas anteriores foram afirmadas pela doutrina e pela jurisprudência dos vários países <sup>211</sup>. Esta quer, *pendentemente* do recurso à teoria do contrato plural <sup>212</sup>. Esta quer, por isso, representar, antes de mais nada, um resultado alcançado independentemente 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.

**SÍNCRONO:** 1.º) A origem da sociedade anônima por ações. 2.º) Pressões históricas. 3.º) Características das sociedades anônimas. 4.º) Na Inglaterra. 5.º) Desenvolvimento sucessivo. 6.º) Fábulo contada. 7.º) A concepção do Código Napoleônico. 8.º) A evolução do século XIX. 9.º) Os princípios fundamentais da sociedade anônima. 10.º) O princípio da responsabilidade limitada e o conceito de capital social. A tutela do capital social e as normas a respeito. 11.º) Integridade da pessoa da sociedade a caracterização jurídica da sociedade. 12.º) Organização interna da sociedade e tutela do adquirente. 13.º) Proteção do acionista. 14.º) Votação recente da sociedade anônima e manifestação dela nos tribunais. 15.º) Proteção da sociedade anônima e problema relativo. 16.º) Extensão da sociedade anônima fora do âmbito do direito comercial. 17.º) Contrato e personalidade jurídica na sociedade anônima.

1.) Se remontarmos à história das sociedades anônimas<sup>1</sup>, depararemos com as companhias coloniais, a começar pela Companhia Holandesa das Índias Orientais, em 1602.

As sociedades *sublimas*, instrumento típico da economia moderna, acham-se, assim, ligadas, em sua origem, à colonização do Oriente e da *velha* *Nova* *Mundo*, de cuja descoberta, precisamente, consistiram os *hoteleiros* *da* *o* *início* *da* *história* *moderna*.

Nas empresas coloniais há se delineam os característicos fundamentais hoje peculiares da sociedade americana e que a distinguem entre as várias espécies de sociedades: proporcionalidade limitada das ações e direito do capital em ações, falta de possibilidade de serem, as partes, partes das várias sociedades, corporações em vários Estados e, finalmente, a presença do socio é, destarte, indifferente à caracterização jurídica da sociedade.

...an anderer Stelle, falls die wirtschaftliche Lage sich nicht so günstig wie oben angenommen herausstellt, werden die entsprechenden Abfertigungsleistungen, die im Falle der Abfertigungsfähigkeit zu leisten sind, zu einem anderen Zeitpunkt zu leisten sein. Die Leistungen, die im Falle der Abfertigungsfähigkeit zu leisten sind, werden zu einem anderen Zeitpunkt zu leisten sein. Die Leistungen, die im Falle der Abfertigungsfähigkeit zu leisten sind, werden zu einem anderen Zeitpunkt zu leisten sein.