

Doutrina

ASSOCIAÇÕES E SOCIEDADES

RACHEL SZTAJN

A unificação do direito privado de corrente da aprovação Lei n. 10.406/2002, em vigor desde 11 de janeiro, impõe, ao estudioso do Direito, algumas reflexões no que concerne ao fenômeno associativo e às formas ou tipos socialmente desenhados.

As associações entre pessoas existiram desde a antiguidade mais remota; partindo da necessidade de defesa dos grupos sociais e a impossibilidade de uma pessoa, individualmente, operá-la, até motivos outros, a formação de grupos de pessoas, mais ou menos estruturados é comum. Certo que associações para realizar fim comum têm no contrato de sociedade o fenômeno mais estudado, com ênfase, particularmente, nas formas ou tipos empregados na organização das sociedades mercantis cujas origens remontam aos séculos XII e XIII da e.C. o fato pode ser explicado pela visibilidade desses grupos e pelo interesse econômico que os informa.

Demais disso, consolidadas essas organizações na prática negocial a uniformidade tipológica, característica dos institutos mercantis, é regra, sobretudo nos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica. Parece razoável aceitar que instituições sociais, desenhadas para atender interesses específicos podem constituir a base de normas de direito positivo; mais ainda, parece que, nesse terreno, eventuais diferenças introduzidas pelos ordenamentos são de menor importância. Exemplifica-se com a aquisição, ou não, de personalidade

jurídica por certos tipos de sociedades como a em nome coletivo e a comandita simples em que, mesmo naqueles sistemas como o brasileiro, em que são personificadas, não se altera o regime de responsabilidade dos sócios.

Mas, se as sociedades mercantis são mais estudadas o fenômeno associativo não se limita a elas ainda que, do ponto de vista quantitativo, possam ser em número mais elevado quando comparadas com outras formas de associação. O fenômeno associativo reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração; quando o esforço individual não basta para o escopo visado as pessoas se reúnem para atingi-lo formando-se grupos familiares, clãs, tribos, organizações para defesa mútua, grupos de socorro, enfim, motivos não faltam para que se pense em reunir pessoas para buscar fim de interesse comum.

Alguns grupos são efêmeros, episódicos, outros estáveis, mas duradouros. Tudo depende do interesse ou da necessidade presente e da força que tenha para induzir à reunião de pessoas para alcançar o objetivo ou finalidade idêntica entre elas dividas. Organizações de pessoas são atos de autonomia privada e, por isso, interessam ao Direito.

A recente multiplicação de organizações sociais que servem como instrumento que, a par de reunir pessoas com interesse comum e que podem funcionar como instrumentos de pressão na defesa desses interesses específicos, torna a análise do fe-

nômeno relevante. Se a razão da constituição dessas organizações é, do ponto de vista da sociologia, encarada como forma de mediar as relações entre pessoas, entre indivíduo e Estado, o ordenamento jurídico deve dar-lhes disciplina adequada. Afinal se tais organizações visam a reunir pessoas com interesses que podem ser de categorias ou profissões, religiosos, políticos, busca de tutela de direitos coletivos como os de consumidores, de idosos, de crianças e adolescentes, de portadores de deficiências físicas, artísticos, culturais, científicos, pios, beneficentes, seria inadequado dar-lhes tratamento igual ao que se prevê para as organizações de fins econômicos.

A comunidade intermédia entre Estado e pessoas, que tradicionalmente se conhece, é a família, grupo de pessoas ligadas entre si por especiais vínculos de sangue e parentesco; outras organizações que desempenham função similar são as comunidades religiosas, esportivas, científicas, sindicais, políticas, solidárias, cada uma delas organizada para atingir finalidade em que os interesses individuais não são a perseguição e subsequente partilha de resultados econômicos mas em que a eficácia do resultado é maior quando, ao invés de atos isolados, as ações são empreendidas pelo grupo que, com centro de decisão, representa muitas pessoas. Demais disso, essa pluralidade facilita a divisão de tarefas de sorte que as ações podem ser programadas de forma continuada. Ações de voluntariado, por exemplo, são mais eficazes quando realizadas por organizações do que individualmente.

O direito de associação, a liberdade para reunir-se em grupos tem, no Direito brasileiro, suporte na Constituição da República, que relaciona entre os direitos individuais tanto a liberdade de reunião em locais públicos, mediante prévia autorização da autoridade competente (art. 5º, inc. XVI), quanto a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, inc. XVII), bem assim a criação de associações (art. 5º, inc. XVIII).

Nessa disciplina incluem-se tanto as associações quanto as sociedades, aquelas sem finalidade econômica que é típica destas.

Nessa linha o Código Civil (Lei n. 10.406/2002), quando distingue e disciplina separadamente sociedades e associações, aquelas no art. 981 e estas no art. 53 e ss., tem no preceito constitucional ponto de partida da análise jurídica. No plano do Direito tanto sociedades quanto associações são centros de imputação com identidade própria, distinta da de seus membros. O legislador brasileiro não seguiu, nesse caso o Direito italiano que, ao lado das pessoas jurídicas com substrato pluripessoal reconhece as organizações não personificadas (não entram aqui, adverte-se, nem a sociedade em conta de participação nem a sociedade em comum, mas as *associazione non riconosciute e comitati*).

No que concerne às sociedades, sua relevância jurídica é inquestionável, comerciais, ou não, servem ao propósito de aglutinar recursos e/ou esforços para fim comum. Não se estranha, pois, sejam sujeitos de direito, matéria de política legislativa que é resultado de motivos práticos. Centros de imputação de direitos, deveres e obrigações, facilitam a reunião de pessoas que contribuam recursos para a realização dos fins do grupo sem que seus bens individuais fiquem sujeitos à constrição de credores oriundos de obrigações assumidas no exercício de atividade. Essa construção existe, de forma mitigada, nos tipos de sociedades não personificados, em que aparece como benefício de ordem, quando na execução dos ativos.

Resultantes de atos de autonomia privada, como se disse anteriormente, as associações para o desenvolvimento de atividades econômicas terão natureza jurídica diferente daquelas voltadas para ações em que esse caráter falte? Muitas atividades de natureza social, humanitária, solidária, cultural, artística, precisam de recursos econômico-financeiros para atingirem suas finalidades. Por que distinguir sociedades de associações? É realmente importante pro-

mover a criação de um centro de imputação ou seria admissível que os grupos sociais se organizassem reconhecidos como pessoas jurídicas?

Não se pode é ignorar os grupos sociais, pessoas jurídicas, ou não, de fins lucrativos ou outros porque fazem parte do cotidiano da vida social e são importantes instrumentos de defesa de interesses coletivos. Veja-se, por exemplo, o programa do Governo Federal denominado Fome Zero. A sociedade vem sendo convocada para colaborar com recursos financeiros e alimentos, mesmo que não se tenha criado, ainda, organização específica para recebê-los e distribuí-los. Nada obstante a mobilização entre empresários foi iniciada. O que fazer com eventuais doações para tal programa faltando uma formalidade de criação/instituição?

O que é assente na doutrina e, agora, na legislação, é que sociedades e associações têm, na finalidade econômica daquelas, inexistente nestas, seu traço diferenciador, mesmo que pudesse haver, na vigência do Código Civil de 1916, discordâncias quanto a tal divisão. É que o fenômeno parece o mesmo. Tullio Ascarelli, ao tratar do contrato plurilateral, suporte de constituição de sociedades, via dois tipos de associações, as organizadas destinadas a satisfazer necessidades de seus membros como, por exemplo, as esportivas, culturais, recreativas, e as formadas para prestação de auxílio ou utilidades para terceiros.

Portanto, é de indagar qual o negócio jurídico de constituição das associações e se é diferente do contrato plurilateral, notadamente quando, em geral, as organizações sociais adotam modelos ou estruturas que se aproximam das previstas para as sociedades anônimas, afastando-se das comunhões e dos condomínios. Será que o mesmo negócio jurídico — contrato de sociedade — pode abrigar a constituição de associações ou haverá uma categoria de contratos associativos que sirva de suporte normativo para diferentes tipos organizacionais? É possível pensar-se em tipologia das

associações ou elas não de ser organizadas segundo uma mesma estrutura e nesse caso o que significa dizer modelo corporativo?

Se o de que se trata é um negócio associativo, a natureza jurídica da constituição das associações, uma vez que qualquer associação é fruto de exercício da autonomia privada, há que partir do quadro geral dos negócios associativos a partir do qual verifica-se a existência de diferença específica que as distinga de outros da mesma espécie.

Negócios associativos são resultado de contratos de que resultam centros de imputação autônomos ou pessoas jurídicas, ou não como se dá, no Direito italiano, com as associações não reconhecidas como pessoas jurídicas. Será esse o suporte normativo das associações tal como previstas no art. 53 do Código Civil brasileiro?

Por óbvio que, se não resultarem de contratos, as associações deverão ser excluídas desse quadro geral e, nessa hipótese, qual o negócio jurídico em que seriam classificadas? A inexistência de fins econômicos significa o quê exatamente? Não será, por certo, a desnecessidade de recursos financeiros até porque no art. 54, IV, do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) exige-se que o estatuto preveja ou defina fontes para manutenção das atividades, isto é, regras para custeio da manutenção das ações empreendidas e que permeia a discussão sobre atividade.

Partindo da noção de contrato plurilateral, tal como definida no *Codice Civile*, inexistente no Código Civil brasileiro de 2002, pretende-se analisar a classificação das associações nesse tipo de negócio jurídico.

1. negócios plurilaterais: eventuais dúvidas quanto a serem, as sociedades, contratos foram, de há muito, espancadas pelo texto magistral de Ascarelli sobre o contrato plurilateral. É pacífica, na doutrina, a concepção de que contratos não precisam, necessariamente, ser celebrados entre duas partes que têm interesses opostos, que podem servir para organizar grupos e que, nem

o *ato complexo*¹ nem o *coletivo*² nem o *colegial*,³ para compreender qual o negócio jurídico que está na base da constituição de sociedades. Mais importante é o crescente abandono da idéia de que sem contraposição de interesses não se deve tomar contratos como suporte jurídico para outros negócios.

Contratos servem para promover a circulação da riqueza e se, no mais das vezes, isso se dá pela composição de interesses distintos, resultam da vinculação das partes deveres de cooperação, deveres esses de que a boa-fé na execução das obrigações contraídas, é uma expressão.

Quando as pessoas têm objetivos que, isoladamente, não conseguem atingir, a solução é buscar a cooperação de outras que visem a mesma finalidade, com o que são criados entre elas direitos, deveres e obrigações recíprocos, vínculos esses voltados para a cooperação destinada à consecução do fim comum. Ascarelli explicara que esse escopo comum não afasta a existência de interesses contrapostos que se referem a interesses individuais existentes ao lado dos comuns. No caso das sociedades, dizia, essa divergência está no exercício da administração, do poder de comando, na forma pela

qual esse poder é exercido, e que estão presentes, características quase inerentes aos negócios de sociedade.

Daí, portanto, poder-se conceber a sociedade como uma espécie de contrato, o plurilateral. Também é importante ressaltar que a este específico negócio jurídico, por suas peculiaridades, não se lhe aplicam as regras deduzidas para a categoria dos contratos bilaterais, que os italianos denominam contratos de *scambio*. A troca econômica nos contratos plurilaterais é mais do que um simples *tit for tat*.

Enquanto nos contratos bilaterais as partes são sempre duas, e só duas, mesmo que cada uma delas possa ser plúrima, nos contratos plurilaterais, duas é o número mínimo de partes; a diferença específica entre essas estruturas negociais e os contratos bilaterais é que, enquanto nestes o número de partes é fixo, determinado e inalterável, naqueles, por serem de estrutura aberta, existe a possibilidade de acolherem número indeterminado delas, partes; além dessa indeterminação numérica de partes o modelo admite que esse número varie ao longo do tempo, seja alterado para mais ou para menos, mantido o mínimo de dois. (não se pensa, ainda, em sociedades unipessoais).

A indeterminação do número de partes que o modelo faculta, não obsta a que sejam fixadas regras que definam tanto o número de participantes do negócio quanto a eventual cessão de posições contratuais o que é típico da estrutura aberta. Não importa, para estruturar o contrato, saber se o número de partes é fixo, determinado, ou não, em que limites pode variar porque sobressai sempre a possibilidade de participação de mais de duas partes no negócio desde sua formação ou ao longo do tempo de duração do contrato.

Como todos os contratantes são titulares de direitos e obrigações, em face de sua pluralidade e, sobretudo, da variabilidade, quer os direitos quer as obrigações são assumidos por cada um perante todos os demais. Ascarelli recorre, para explicar

1. Diz-se *ato complexo* é aquele de que participam diferentes sujeitos cujas declarações são de idêntico conteúdo visando ao interesse de apenas uma delas, (caso do curador e curatelado) ou de terceiro, que resulta de órgão plúrimo de pessoa jurídica, que é a única a experimentar seus efeitos.

2. *Ato coletivo* é aquele em que vários sujeitos declaram suas vontades com idêntico conteúdo para persecução de interesse comum, resultando daí que todos os declarantes sofrem os efeitos derivados dessas declarações.

3. *Ato colegial* é aquele proveniente de declarações de pessoas que integram uma organização de forma que o ato resulta de declaração coletiva caracterizada pela regra da maioria. São típicos atos colegiais as manifestações em assembléias em que cada membro presente declara seu voto prevalecendo as manifestações majoritárias. Há quem veja nos atos colegiais a expressão de um grupo personificado e que se projeta para fora enquanto os atos coletivos terão projeção interna no que se assemelha a um contrato (F. Carresi, *Il Contratto*, Milão, Giuffrè Editore, 1987, pp. 84 e ss.).

o fato, à imagem de um círculo em que as partes estariam sobre a curva, e se olhariam uma a todas as outras.

Tornar-se parte desse tipo de contrato, aderir a ele, diz Ascarelli que há duas alternativas: uma é a adesão simultânea, quando estão todas presentes, outra é a adesão sucessiva, em que as manifestações podem estar desfasadas no tempo; as adesões, aduz, são individuais e comunicadas aos promotores, ou fundadores da sociedade, pois era esse contrato que o jurista examinava.

Seja pela variabilidade do número de partes, seja por serem contratos de execução continuada, é próprio dos contratos de sociedade a possibilidade de serem alterados por deliberação da maioria dos membros, maioria essa que, nas sociedades mercantis ou empresárias, será computada em relação à participação no capital social; em outras sociedades a maioria é calculada em relação ao número de partes do contrato ou, ainda, dependerá do critério previsto para a contagem de votos (há sociedades com voto plural, outras em que certos membros não têm direito a voz, ou têm direito a voz em certas matérias).

Enfim, contrato de execução continuada o de sociedade é um tipo de contrato incompleto e, por isso, a regra da maioria é necessária para que, periodicamente, se faça o completamento do negócio segundo as circunstâncias presentes no momento. Há, em certa medida, uma delegação dos sócios para que a maioria aprove alterações que, entendendo-se, representarão o interesse geral.

Ainda em face de ser contrato de comunhão de escopo, Ascarelli notara que o adimplemento das prestações de cada parte contratante, nas sociedades, não esgota sua função uma vez que tal adimplemento é premissa para a consecução dos objetivos comuns, a comunhão de escopos que anima as partes a participarem da sociedade e que aparece na atividade que será desenvolvida em comum. Por isso o contrato serve, também, para disciplinar o uso dos bens que os sócios lhe conferem.

O escopo comum dos sócios se reflete na atividade exercida pela sociedade. Atividade é bem definida como a sucessão de atos, materiais ou instrumentais, negócios jurídicos, ou não, que são unificados pelo fim visado pelo agente. Como se se tratasse de uma universalidade de ações praticadas por uma pessoa ou ordenada por alguém contando com a colaboração de outras.

Quanto aos direitos dos sócios, eles são idênticos quanto à qualidade, podendo variar em quantidade, como se dá nas sociedades mercantis em que os votos são computados segundo a participação das partes no capital social. Sociedades como as cooperativas, entretanto, excepcionam essa regra, contando-se os votos por cabeça.

Por final, o contrato de sociedade é um contrato de organização, aqui entendida a palavra no sentido de determinação de um centro de imputação, da estruturação do comando, de desenho de responsabilidades e deveres de administradores. As características acima enumeradas estão previstas, no Código Civil, nos arts. 981 e ss. Não se diz que o contrato de sociedade é plurilateral, mas essa noção decorre da disciplina prevista no ordenamento pelo que pode-se recorrer à doutrina desenvolvida na Itália para compreender o fenômeno.

Entretanto, no que tange às associações, não há – salvo nenhuma indicação quanto ao negócio constitutivo e, salvo regras quanto a menções ou disposições estatutárias e matérias administrativas; faltam elementos para determinar-se qual o substrato do negócio constitutivo.

A antiga intercambiabilidade entre as expressões sociedades e associação civil (art. 16 do CC de 1916) desaparece porque agora, pós-unificação do direito privado, distingue-se, de forma inequívoca, sociedades de associações, projetando-se para cada um dos fenômenos disciplina própria, que abandona o modelo anterior. Até a distinção entre sociedades civis e comerciais é esquecida dispondo-se quanto a socieda-

des empresárias e não empresárias, sociedades personificadas ou não.

Opta o legislador por inserir as sociedades na disciplina dos contratos (Título II do Livro II — arts. 981 e ss.), enquanto que as associações, parece, devem ter outra natureza jurídica pois que vêm definidas como fruto da união de pessoas que se organizam para fins não-econômicos (art. 53). Ora, tratando-se de união de pessoas que se organizam por que não ver aí um contrato plurilateral?

Resultando de manifestação da autonomia privada, aplicar-se-ão às associações avaliações quanto à sua função social? Na esteira do que se dá em outros países, prevê-se para as associações organização similar à das companhias, com diferentes órgãos de divisão de competências claras, seguindo modelo hierárquico. Assemelham-se à concepção institucional das companhias com caráter perene ou quase permanente.

Essa opção pode ser consequência do fato de que a elaboração das regras aplicáveis às companhias, pela estrutura que facilita a variabilidade do número de membros, organização mais elaborada, personificação perfeita com clara limitação de responsabilidades dos membros frente à sociedade, não a seus credores, tendem a ser reproduzidas em outros negócios similares aos quais falte a busca de lucro para posterior divisão entre os participantes. Assim, reproduzirem as associações, em alguma medida, as regras de organização das companhias é compreensível. Mesmo porque as normas predispostas para as companhias estão assentadas em longa prática social, podendo ser facilmente assimiladas por outros negócios de reunião de pessoas para fins comuns. Como as normas predispostas para as associações são reduzidas se comparadas às previstas para as sociedades, pode-se mesmo pensar em recorrer a elas, supletivamente e no que não conflitem com o “tipo” se houver necessidade.

Washington de Barros Monteiro⁴ diz que sociedades e associações são espécies do gênero corporação e que correspondem às *universitas personarum* do direito romano e que se distinguem, entre si, pelo fito de lucro daquelas que não existe nestas, sem, entretanto, explicar melhor a razão da distinção.

Orlando Gomes começa a discutir o que denomina de *fenômeno associativo*.⁵ Que para a realização de fins comuns que interessam a vários indivíduos, eles unem seus esforços e haveres, ou seja, *associam-se* sendo que, na associação, o fim colimado é ideal enquanto na sociedade é o proveito comum dos sócios e que, apenas nas sociedades, se estabelecem direitos e obrigações recíprocos entre sócios. Prossegue afirmando que a lei só se ocupa da natureza patrimonial da entidade quando cuida da destinação de seus bens em caso de extinção. Propõe que se parta do interesse dos membros na perseguição do lucro para divisão entre eles, ou não, para chegar à distinção entre as duas espécies de negócios. E, nesse ponto, lembra as cooperativas que fornecem utilidades aos membros sem visarem lucro próprio e que são sociedades, enquanto que seriam associações os grupos em que os associados não visem vantagens econômicas para si mesmos.

Caio Mário da Silva Pereira,⁶ por seu turno, diz que sociedades ou associações civis se distinguem das comerciais pela finalidade, e que em “doutrina pura há distinção entre sociedade e associação”. Entende que o termo associação serve para denominar o grupo constituído por número avantajado de indivíduos, tendo em vista fins morais, pios, em suma, objetivos não

4. *Curso de Direito Civil*, 1º v., Parte Geral. 5ª ed., revista e aumentada, São Paulo, Saraiva, 1966, p. 118.

5. *Introdução ao Direito Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, pp. 185 e ss.

6. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 19ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 214 e ss.

econômicos, enquanto as sociedades agrupariam número reduzido de pessoas e visariam a finalidade econômica. Nota, ademais, que o Código Civil deixou de se ater a essa distinção, e que as expressões são, no Código de 1916, sinônimas.

Essa explicação corrobora afirmação de Clóvis Beviláqua, de que a distinção resultara de elaboração puramente doutrinária, sem ligação quer com a norma quer com a prática social e, em seguida, o fato de considerar que o número expresso de pessoas seria mais comum nas associações do que nas sociedades. Possivelmente baseava o argumento na ausência de um mercado de valores mobiliários que favorecesse a dispersão acionária nas anônimas.

No mesmo sentido de ignorar qualquer eventual falta de sinonímia entre as palavras sociedade e associação, o legislador comercial de 1850 as empregava indiferenciadamente, ora se referindo a sócio ora a associado quando dispunha sobre direitos, deveres e responsabilidades dos participantes de algum dos tipos de sociedades disciplinados no Código Comercial. O uso de uma ou outra palavra não tem o condão de alterar a disciplina típica de cada forma societária e de cada classe ou espécie de sócio.

Para Alfredo Assis Gonçalves Neto⁷ a legislação civil brasileira não fizera distinção entre sociedade e associação, que aparece agora no novo Código. Que qualquer “sociedade” sem fins lucrativos não pode ser assim qualificada mas é uma associação. Que o fato de ser associação não se afasta o pressuposto de pluralidade de membros, sócios ou associados, no mínimo na constituição, o que não se requer para as sociedades dado o reconhecimento daquelas unipessoais.

Os argumentos do jurista paranaense não se sustentam em qualquer dos dois casos. De um lado porque as cooperativas,

organizações sem escopo de lucro, são sociedades em face de terem fim ou função econômica, função essa que se manifesta no benefício econômico auferido pelos cooperados, quer com a redução de custos na aquisição de bens, quer no maior preço recebido na venda dos bens ou serviços ofertados pela cooperativa. O caráter econômico das cooperativas decorre dos benefícios patrimoniais que produz e que são atribuídos diretamente aos membros; esses benefícios equivalem a ganhos e podem ser comparáveis a lucros distribuídos por outras organizações. Assim, fim lucrativo não serve para distinguir sociedades de associações.

Na verdade, essa questão ainda não está assentada na doutrina estrangeira, uma vez que, sem precisar o que sejam fins econômicos, em oposição a fins não econômicos, que nada tem a ver com busca de lucro para posterior partilha, está-se em beco sem saída. Há consenso quanto a ser essa, a não perseguição de lucros para partilha entre os membros, condição necessária e suficiente para extremar sociedades de associações. Essa foi a opção de política legislativa adotada na legislação brasileira, que incorpora doutrina que, de há muito, pregava dever-se efetuar a segmentação de sociedades e associações sobre tal característica, nada obstante faltasse apoio para a pretensão no direito positivo vigente.

Quanto às sociedades unipessoais, salvo a subsidiária integral, prevista na Lei n. 6.404/1976, não existe disciplina legal que as admita. Basta ler o texto do art. 981 do Código Civil que é expresso quanto à necessidade de pluralidade de pessoas para a constituição de qualquer sociedade, empresária, ou não. Demais disso é óbvio que a norma do art. 251 da Lei do Anonimato, por ser esta especial, não se estende a outras formas societárias e só permite a unipessoalidade quando uma sociedade brasileira organizar outra, que adotará necessariamente a forma anônima.

As sociedades comerciais seguiam modelos tipológicos que determinavam a

7. *Lições de Direito Societário*, Juarez de Oliveira, 2002, pp. 11 e ss.

organização e responsabilidades pessoais dos membros pelas obrigações sociais, específicas para cada um dos diferentes tipos legais; sociedade civil, na vigência do Código de 1916, eram rígidas, primariamente pelo disposto nos arts. 1.363 e ss. daquele Código, salvo se adotassem uma das formas mercantis, quando ficariam sujeitas àquela disciplina, ainda que civil fosse seu objeto (das normas especiais do tipo).

Nas sociedades comerciais de origem mais remota, ainda quando personificadas, a responsabilidade dos sócios, todos ou alguns, em face de obrigações da sociedade, obrigações decorrentes da atividade exercida em comum, é solidária, conquanto subsidiária, o que é emblemático da necessidade de haver regras que tutelassem o crédito, regras deduzidas pelos comerciantes para facilitar sua atividade negocial e que se mantiveram ao longo dos séculos.⁸

Ao lado dessas, sociedades típicas, o Professor paranaense reconhece que outras organizações como os grupos de sociedades, os consórcios de empresas, os *shopping centers* e contratos de concessão mercantil formam comunidades de interesses que se assemelharão às associações e não a contratos de sociedades porque, segundo sua visão, a partilha de lucros não está presente nesses negócios.

Entendo que as organizações formadas por contratos de concessão mercantil, distribuição, consórcios, e grupos de sociedades, de fato ou de direito, na vigência do art. 1.363 do Código Civil de 1916, cuja redação é “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”, são formas societárias ou sociedades atípicas. Entretanto, essa re-

dação não é mantida pelo novo ordenamento, o que implica concluir que aquelas formas organizacionais não podem mais ser assemelhadas a sociedades, quando muito pode-se vislumbrar nelas negócios associativos ou relacionais.

Contratos de concessão mercantil não apresentam essa característica, assim como não a têm as franquias nem os consórcios societários ou de empresas uma vez que, nestes, cada unidade personificada atua em nome próprio e os efeitos da atividade recaem sobre o exercente da atividade. Poder-se-á, em contraposição ao jurista do Paraná argumentar que, sem cooperação entre consorciados os benefícios individuais não serão produzidos e, portanto, tem-se, aí também, um esquema semelhante ao de partilha de resultados. Aliás, partindo da concepção coaseana de empresa, fica evidente que a formação de centros autônomos de imputação tem que ver com a relação entre organizar a produção internamente ou ajustá-la mediante outros esquemas negociais, decisão essa que leva em conta a redução de *custos de transação*.

Quer dizer, o negócio jurídico sociedade, que resultava de combinação de recursos (patrimoniais) ou esforços (pessoais) que as pessoas punham em conjunto para atingir finalidades comuns precisa, agora, de ser acompanhado de alguma forma de partilha dos resultados. Nas cooperativas, como se afirmou, essa partilha pode ser detectada na medida em que os resultados (redução de preço na aquisição de bens ou maior preço na venda de produtos), no primeiro momento imputados à pessoa jurídica, são, ato contínuo, atribuídos aos cooperados que deles se aproveitam.⁹ Essa uti-

8. Reconhecia-se o patrimônio separado, formado pelas contribuições dos sócios para o exercício da atividade e que respondia, prioritariamente, pelas obrigações dela decorrentes. Assim, personificação e patrimônio separado são técnicas ou instrumentos jurídicos que disciplinam a responsabilidade dos sócios no que se refere ao exercício da atividade daquelas que lhes são próprias em outros campos.

9. Lembra-se ensinamento de Tullio Ascarelli (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, retomado, posteriormente, em *Studi in Tema di Contratti*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, pp. 97 e ss.) sobre o contrato plurilateral, no qual, em visão panorâmica quanto às discussões sobre a base contratual, ou não, das sociedades, demonstra que as teorias que tentam abandonar o contrato levam a soluções inviáveis.

lidade econômica equívale à partilha de resultados típica das sociedades.

Algumas associações apresentam resultados similares a esse resultado. Clubes esportivos, por exemplo, que põem à disposição de seus associados equipamentos, treinadores e professores, infra-estrutura, piscinas, sauna, utilidades a que não têm acesso terceiros, embora cobrando mensalidades, distribuem benefícios. Serão efetivamente associações sem fins econômicos ou serão sociedades sem finalidade lucrativa?

Ponto de partida é o reconhecimento da função econômica do contrato plurilateral nos termos propostos por Ascarelli.¹⁰ Estruturalmente, nos dois negócios — sociedades e associações — o que se verifica é que admitem duas ou mais partes. As associações, definidas como a união de pessoas que se organizam para fim comum não econômico e a sociedade o contrato entre duas ou mais pessoas que se organizam para fim econômico e partilha dos resultados. As duas estruturas são aptas a receber mais de duas pessoas (melhor fora dizer partes), permitem a variabilidade do número de membros (associados ou sócios), portanto, são ambos negócios de estrutura aberta.

veis; que a base das sociedades e associações é o contrato plurilateral; que essa espécie de contrato não se confunde com os largamente utilizados contratos de troca (a palavra é empregada em sentido não técnico para denotar a contraposição de interesses — em italiano se diz *contratti di scambio*).

10. Ob. cit. Para Ascarelli é preciso partir do aspecto estrutural e não do econômico ou funcional em que sociedade e associação são, efetivamente, contratos de organização. Por isso ataca a concepção de que o negócio fundacional das sociedades pudessem ser o ato complexo porque neste as declarações de vontade são paralelas enquanto que no contrato plurilateral existem interesses contrapostos que são ajustados em razão do fim comum. Diz Ascarelli que o contrato plurilateral explica que todos os membros gozem de direitos do mesmo tipo, cuja diferença pode ser quantitativa, não qualitativa; que do exame das obrigações, tanto se pode encontrar sócios que contribuem bens ou recursos, serviços ou, aqueles que se obrigam a contribuir periódica e continuamente (mensalidades, ou pagamentos com outra periodicidade).

Nos dois casos existem contribuições dos membros para a consecução do fim colimado, variando o que podem pleitear. Nas sociedades visa-se ao lucro que será, posteriormente, partilhado entre sócios. Nas associações, dado que os fins são não econômicos, mais correto seria fins não lucrativos, os benefícios dos membros, ou de terceiros, podem ser de outra natureza.

E, afinal, muitas associações, tal como inúmeras fundações, exercem atividades econômicas, razão pela qual Ascarelli¹¹ entende que, ainda quando as associações tenham como finalidade obras esportivas, culturais ou outras, se as exercem em benefício dos próprios associados, ao facilitar-lhes a prática de certas atividades ou houver criação de utilidades que satisfaçam necessidades, ainda que não visem ao lucro, os resultados apurados não sejam repartidos entre os membros, a utilidade produzida é deles e, eventuais resultados econômicos, aplicados na manutenção da finalidade comum, também revertem, ainda que indiretamente, em favor dos membros.

Mutualidades também levam a esse resultado de equivalência de partilha de resultados, tal como nas cooperativas. Se, do ponto de vista da função econômica, sociedades e associações podem gerar vantagens para seus membros, o que teria levado o legislador a distingui-las uma da outra?

Os argumentos anteriores não se mantêm, e surgem dúvidas quando o grupo (a associação) tem por escopo a realização de atividades assistenciais em benefício de terceiros não membros. Quanto a, mesmo nessa hipótese, ser necessária alguma forma ou espécie de organização é inquestionável. Também é preciso que se defina a imputação dos atos/atividades uma vez que a associação terá projeção externa, as relações jurídicas serão celebradas com terceiros, fornecedores de bens e/ou serviços, e os utentes ou destinatários da atividade ou fim comum. Agora, porém, a utilidade produ-

11. Ob. cit., p. 122.

zida tem destinatário que nada contribui, que a recebe graciosamente.

Por exemplo, associações de defesa do meio ambiente, de animais, de idosos ou crianças, de defesa de direitos de minorias, enfim, são organizações que visam mediar alguns aspectos da vida de pessoas na comunidade. São comunidades ou organizações surgidas para mediar as relações entre indivíduos e o Estado.

Assim, talvez, seja de considerar que o fundamento para a distinção entre sociedade e associação seja a necessidade, ou pretensa necessidade, de distinguir entre negócios que têm mesma base organizacional mas uma característica diferente, tomando como caracterizador de um deles o fato de o benefício econômico ser partilhado entre os seus membros, como explica Humberto Theodoro Júnior, ou dar-lhes utilidades que podem ter valoração econômica mas não são divisíveis financeiramente após sua apuração e que a utilidade produzida reverte em benefício de estranhos. Resumidamente, tomar-se a perseguição, ou não, do lucro para divisão parece pouco significativo para que se chegue à bipartição entre sociedades e associações feita pelo legislador de 2002. Afinal é pacífico que as cooperativas são sociedades!

Outra hipótese é a de ter-se, sem maior atenção aos fundamentos lógicos dos negócios, trazido para o país a concepção do art. 21 do *BGB* que delimita, de forma negativa, associações e sociedades, o que não ocorria no Direito brasileiro anterior. Assim, quanto à atual opção de política legislativa, distinguindo sociedades de associações, pode-se considerar que resulta da tradição da doutrina pura, para empregar a expressão de Caio Mário da Silva Pereira, ou é fruto da reprodução de norma do ordenamento italiano de 1942, ou vem embébia do espírito do *BGB* nesse aspecto.

A distinção feita pelo legislador italiano de 1942 parece-me visar a compatibilização da noção de contrato, expressa no art. 1.321 que o define como o acordo en-

tre duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica de conteúdo patrimonial. Ora, como esse conteúdo patrimonial pode faltar a algumas associações, a disposição do art. 11 não menciona a palavra sociedade que indica a existência de uma relação jurídica de conteúdo patrimonial. Curial, portanto, que se o negócio sociedade, além de ter finalidade econômica, está preso ao esquema de organização do trabalho, não de trabalho voluntário mas de atividade profissional, mereça disciplina específica e distinta daquela predisposta para negócios jurídicos não qualificáveis como contratos.

Daí que parece impraticável, naquele sistema de direito, considerar as associações – que não devem ter fim econômico (busca de lucro para distribuição aos membros) – como contrato. Mais, o art. 11 do *Codice Civile* ao dispor sobre associações, fundações e outras instituições privadas que adquirem personalidade jurídica deve ser complementado pelo art. 36 e ss., que tratam da organização e funcionamento de associações não reconhecidas como pessoas jurídicas. Da visão de Ascarelli poder-se-ia prosseguir para considerar que se em algumas associações reconhecidas (as do art. 11) pode-se entrever algum benefício econômico para os membros, no caso do art. 36 parece que não se trata de exercer atividade em busca de ganhos financeiros, mas sim de organizar grupos de pessoas que têm em comum outro tipo de interesse.

Demonstrando que novo ordenamento brasileiro não reproduz o italiano, veja-se que na matéria o legislador adota outra concepção. Começa por separar o fenômeno associativo em duas vertentes básicas, as sociedades, que têm, agora, finalidade econômica e as associações, sem tal escopo. A distinção resulta clara da redação do art. 44 do Código em contraposição ao art. 16 do anterior. Neste diz-se: “São pessoas jurídicas de direito privado: I — as associações; II — as sociedades; III — as fundações”, enquanto aquele previa no art. 16: “São pessoas jurídicas de direito privado: I

— as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II — as sociedades mercantis; III — os partidos políticos”.

Segue-se, como conseqüência a bipartição dos negócios associativos porque nas associações, resultado da união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (art. 53), o negócio seria, segundo o Direito italiano, não contratual. Mas, como falta ao nosso Direito o enquadramento dos contratos entre os negócios jurídicos de conteúdo patrimonial, não pode a doutrina, abeberando-se no Direito italiano, afirmar que não terem elas suporte contratual.

Por isso que o texto de Ascarelli sobre o contrato plurilateral permite enquadrar as associações, sempre que os membros recebam benefícios ou utilidades, entre as sociedades e quando não o recebem, ainda assim entre os contratos. Não tendo reproduzido o legislador brasileiro a regra do art. 1.321 do ordenamento italiano, pode-se considerar que o suporte jurídico de ambos os negócios é o mesmo. Até porque o Direito brasileiro, nos termos da regra do art. 44, parágrafo único, ao determinar sejam aplicadas às sociedades, supletiva ou subsidiariamente, as disposições predispostas para as associações, não considera serem os institutos — associações e sociedades — senão gêneros de uma mesma espécie de negócio, o associativo.

Afinal, as manifestações, declarações dos participantes, que se unem e organizam, quando nada no sentido de aderir às regras que desenham o funcionamento da associação tem características de negócio jurídico contrato. A simples adesão a qualquer estatuto depende de declaração, daí porque, ainda que se adote a concepção institucionalista das associações, o negócio que lhes dá origem, que resulta de declarações de vontade, é contrato.

A distinção, repita-se, entre sociedades e associações segundo estipulação legal, é a função econômica daquelas que não se exige nestas, por que não podem ter

mesma base negocial ainda quando uma seja denominada contrato e a outra ato fundacional? Uma vez que a política legislativa que separou sociedades de associações não tipificou o negócio jurídico que as abrigasse seria a norma do parágrafo único ao art. 53, quando dispõe não haver entre os associados direitos e obrigações recíprocos, como se não se criassem, entre eles, qualquer tipo de vínculos, suficiente para excluir o contrato? E que tipo de negócio de perseguição de fim comum é esse em que as partes não estão vinculadas entre si? A sensação perturbadora derivada dessa dicção é enorme, porque, se os membros do grupo não estão entre si vinculados o que mantém a união ou a coesão entre eles?

Ou será que não estarem reciprocamente vinculados pretende indicar que não podem exigir, uns dos outros, reciprocamente, algum tipo de comportamento? Novamente como se explica a reunião em vista dessa hipótese? E, se assim for, por que normas de despedida ou expulsão? Qual a distinção entre demissão e exclusão? Será aquela decisão do associado e esta de outros associados em face de um deles? E se assim é, como não haver direitos e obrigações recíprocos entre eles?

Afinal se ninguém pode exigir nada dos demais, que razões haveria para expulsar um associado? Maior a perplexidade diante da norma do art. 54, que requer que no estatuto (produzido por quem e aprovado como?) se especifiquem os requisitos para admissão, demissão e exclusão, direitos e deveres dos associados, sem o quê o estatuto será nulo.

Parece-me que a disciplina organizacional implica, sim, a existência de vínculos, direitos, deveres e obrigações dos membros da associação cuja observância pode ser exigida pelos demais. Afinal, as pessoas se associam para alcançar determinado fim comum que, possivelmente, não atingiriam isoladamente. Vinculam-se à perseguição, em comum, desse fim. Para isso é preciso que haja entre os membros confiança, mais

do que isso, cooperação, algum tipo de dependência e coordenação das ações empreendidas pela associação, sejam elas individuais ou coletivas.

O Código Civil não previu nenhum tipo de negócio ou *fattispecie* que abrigue essa manifestação social. Se a idéia é de que uma associação é um grupo de pessoas que se organizam para uma finalidade específica, não econômica, dar-lhe natureza de instituição passa pela elaboração de um conjunto de regras, normas positivadas ou não, aí incluídas sanções, que as pessoas reunidas aceitam e às quais se submetem, regras essas que criam vínculos desejados em face do interesse comum.

Ora, uma das acepções, não técnico-jurídica, por óbvio, da palavra sociedade é exatamente a de representar um grupo de pessoas reunidas e que se submetem a um conjunto de regras a fim de exercer atividade comum ou defender interesse comum. Nenhuma distinção de monta entre as duas organizações, as associações e as sociedades. Em ambos os casos, se a organização mantém relações com terceiros a separação patrimonial é de regra e por isso é que o contrato plurilateral, como substrato da definição da imputação serve de base para a personificação da sociedade ou associação de sorte a que as relações jurídicas possam ter como um dos pólos, e de forma unitária, a pessoa jurídica. E, quando isso não ocorre, isto é, a personificação do ente, a técnica do patrimônio separado vem solucionar um dos problemas.

A crescente organização de grupos intermédios, no que se denomina terceiro setor, para exercer a mediação entre o Estado e a sociedade, as organizações não-governamentais ou ONGs, parece-me importante preencher esse vácuo da legislação brasileira. Se o negócio de constituição for contrato aplicam-se na análise dos instrumentos que reproduzem as normas de funcionamento as regras de função social e boa-fé o que facilita a apreciação de cada caso.

Conclusão é que, mesmo que se considerasse a definição sobre ser o contrato negócio jurídico de conteúdo patrimonial, desaparecem razões para afirmar-se que sociedades e associações não sejam ambas espécies do gênero contratos associativos. São negócios resultantes de atos de autonomia privada; o conteúdo patrimonial existe nos dois porque há contribuições economicamente avaliáveis em ambos; em muitas associações há, ainda, benefício economicamente apreciável atribuído apenas aos membros. Mais ainda, a aplicação subsidiária das regras predispostas para as associações aos contratos de sociedade só tem lógica se o suporte negocial, no plano jurídico, for o mesmo. Entendo, pois, que embora se fale em estatuto no que concerne às associações, o ato de constituição é um contrato plurilateral enquanto que aquele, o estatuto, se refere ao esquema de organização do contrato, distinção clássica no sistema da *common law* entre os *by laws* e o contrato que dá origem às companhias.