

CONTA DE PARTICIPAÇÃO, CONSÓRCIO E PARCERIA — FORMAS ASSOCIATIVAS NÃO PERSONALIZADAS

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Introdução

Como um desses produtos culturais periodicamente surgidos e imediatamente adotados como um “modismo” na nossa civilização, nesse último lustro do século XX a “parceria” tem se mostrado um conceito de recorrência freqüente, e, no caso próprio da ordem jurídica, o avanço das tendências desestatizantes e descentralizadoras muito tem se valido do recurso a esse que seria um modelo adequado de conjugação de esforços e capitais.

Acontece que, para o estudioso ou interessado nas realidades do Direito, e atento à necessidade do rigor analítico e dogmático que se impõe no seu estudo, essa corrida um tanto atropelada à idéia da contratação por parceria não pode impedir certa reflexão sobre sua real tipologia como forma contratual, suas identidades e dissimilaridades com configurações análogas.

a) *Sociedade comerciais e civis* — *Taxatividade da Lei*

Estamos, é evidente, cuidando aqui de modos associativos de pessoas e capitais; estamos portanto na esfera genérica das sociedades humanas, civis comerciais.

E, durante tanto tempo, somente se pensava, entre nós, em termos de associação, de conjugação de esforços e recursos para empreendimentos comuns, no campo

estrito das sociedades comerciais e civis, aquelas propriamente catalogadas no código comercial de 1850 e na lei civil básica.

No ancião código de 1850 as sociedades comerciais são especificadas nos seus arts. 287 e ss. De maneira diversa agiu Clóvis Beviláqua no Código Civil (arts. 1.363 e ss.) capitulando as sociedades civis como espécie contratual e permitindo a elas qualquer das formas já ditadas no estatuto do comércio.

Isso não impediu, é claro, que a boa doutrina brasileira refletisse a evolução do pensamento jurídico europeu para se enxergar a sociedade como algo além e para cima de um simples negócio jurídico bilateral ou mesmo multilateral, uma realidade envolvida por um aspecto institucional, que diz com sua essencialidade celular à própria vida social e econômica, ascendendo assim do constrito interesse das partes.

De toda maneira, nesse campo delimitado das sociedades, quando comerciais elas, a ordem brasileira assumiu a qualificação de sua tipologia como exaustiva, estando na lei básica a especificação de todas as formas de sociedade admitidas. Na esfera civil contemplou-se como admissíveis todas as formas comerciais — sem o objetivo preponderante da mercancia e do lucro — à exceção das companhias (restritas por lei, veja-se, art. 2º, § 1º, da Lei n. 6.404, às sociedades comerciais) e mais ainda (art. 16, I) as associações civis, sem

se contar com as Fundações, modalidade de conjugação de forças toda especial, dependente e intrinsecamente ligada a uma afetação patrimonial criadora.

Na esfera comercial lá estavam no código de 1850 todos os modos societários admitidos, sendo ao depois tratadas por leis especiais justamente aquelas formas que acabaram prevalecendo hoje quase que de modo total na prática brasileira: as sociedades anônimas e as sociedades por quotas.

b) A sociedade em conta de participação

E assim que, qualquer meio associativo objetivando lucro, ou mesmo preferenciando o objetivo aos resultados, e que se mostrasse ou pretendesse ser informe, estranho àquelas modalidades legais, somente teria cabimento, se se lançasse uso da sociedade em conta de participação, pois esta, apesar de igualmente contemplada nas "espécies" societárias do código comercial, tinha um caráter evidentemente diferenciado.

Tão diferenciado, aliás, que em doutrina muito se debateu sobre sua natureza jurídica, e enfim, sobre se seria ela ou não uma sociedade.

João Eunápio Borges (*Curso de Direito Comercial*, Forense, v. 2, p. 102) afirma que "a participação é um simples contrato entre as partes ... embrião de sociedade, sociedade frustra ou larvada, tentativa ou arremedo de sociedade, será ela o que se quiser, menos uma verdadeira sociedade".

Na sua valiosa monografia *A Sociedade em Conta de Participação* (Ed. Saraiva, 1990, pp. 38 e ss.) Mauro Brandão Lopes a qualifica como sociedade, e traça a distinção dela de outros negócios contratuais como o mútuo, a gestão de negócios, a edição, e justamente a parceria.

Aliás, quanto a esta última, afirma o monografista "À parceria falta o elemento da *affectio societatis*, embora Lafayette sus-

tente, com razão a meu ver, a sua natureza mista de locação e sociedade. Apesar, assim, dos inúmeros elementos comuns, que têm a parceria e a sociedade, impõe-se a conclusão de que são contratos distintos".

Aí vemos já timidamente tratada em doutrina a parceria, como o faz igualmente Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil*, vol. 2, "Direito das obrigações", Ed. Saraiva, SP, 1965, pp. 336 e ss.) que, reportando-se à parceria rural como um dos tipos contratuais, define a parceria em gênero como contrato bilateral e consensual, ou seja, contemplando obrigações de lado a lado e não demandando forma especial.

Contudo, voltando nós um pouco atrás, percebemos que, nesse âmbito de pretensões associativas menos formais, não indutoras de uma verdadeira sociedade, com personalidade jurídica distinta, a primeira cogitação, historicamente, terá sido a da modalidade da *conta de participação*.

Seja ela ou não sociedade, como até hoje ainda se debate, de toda forma tem-se como certo que não dispõe de personalidade jurídica própria, distinta de seus membros, mais claramente, distinta da *persona* de seu sócio aparente.

Como ocorre tanta vez, a preocupação fiscal, de seu lado, arrosta todo o adequado esquema conceitual do instituto (de certo com assento no art. 109 do CTN, que permite a imputação de efeitos tributários desconformes a sua natureza a institutos de direito privado), equiparando a conta de participação a pessoa jurídica, ou seja, personalizando-a, para efeitos da legislação do imposto de renda (DL 2.303 de 21.11.86).

Nesse contexto, essa era — e é — uma forma de associação permissiva de vários empreendimentos conjuntos, com grande flexibilidade, pois que um contrato (art. 326 do Cód. Comercial) vai reger as relações internas (econômicas, sociais) entre os partícipes, enquanto perante a lei, perante terceiros, somente o sócio ostensivo responde.

Rubens Requião (*Curso de Direito Comercial*, 1ª vol., 22ª ed., 1995, p. 300) observou há pouco tempo atrás:

“Hoje, dadas as condições econômicas reinantes, as sociedades em conta de participação estão revivendo.

“Capitalistas emprestam seus capitais a comerciantes, para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro a final. É comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais”.

c) O consórcio

A evolução da economia, a celeridade demandada dos processos de produção acabaram ditando o surgimento do consórcio como um outro meio associativo não personalizado.

Egberto Lacerda Teixeira afirma (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, vol. II, Ed. José Bushatsky, p. 793) que: “o instituto do consórcio responde a um imperativo da vida negocial contemporânea”.

Sua capitulação mais sistemática surgiu realmente na Lei n. 6.404 (arts. 279 e 280), mas seus próprios autores (Alfredo Lamy e Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Ed. Renovar, 1994, p. 251) reconhecem: “O projeto, nos artigos 279 e 280, regula o consórcio, como modalidade de sociedade não personalizada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento. Sem pretensão de inovar, apenas convalida em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento.”

A verdade é que as comunidades mais avançadas comercialmente criaram o instituto, e entre nós, como tantas vezes acontece (operando aí “a lei sociológica da repercussão retardada das idéias estrangeiras no Brasil”, conforme diz Fábio Konder Comparato), antes que o legislador siste-

matizasse de algum modo, em normas precisas, essa experiência, a prática mercantil já o vinha adotando, a um ponto em que o Decreto n. 5.7651/66 já previa o arquivamento no Registro do Comércio de atos consorciais, concedendo-lhes pois publicidade, e a eficácia que dessa decorre, e ainda o Decreto n. 73.140, de 1973, admitia o ato consorcial em licitações públicas, prevendo solidariedade dos componentes.

Egberto Lacerda Teixeira (ob. cit., p. 796) nega ao consórcio, enquanto associação não personificada, que é, na expressão legal, a qualidade de sujeito de direitos, e pois de praticar atos jurídicos, assumir direitos e obrigações por si mesmo.

E se sustenta na concepção clássica em direito (Aurélio Candian, *Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, p. 51) de que somente as pessoas podem ser partes de relações jurídicas, para negar então a essa “sociedade despersonalizada”, que é o consórcio, a condição de sujeito de direitos.

Sem embargo, a Receita Federal (IN n. 105/84), provavelmente com suporte naquele mesmo princípio do CTN acima mencionado, demanda inscrição própria às entidades consorciais, desprezando a ausência de personalidade no intuito evidente de assegurar a maior exação no cumprimento das obrigações fiscais decorrentes.

Com o advento assim desse trato próprio da Lei n. 6.404, o instituto do consórcio passou a ser muito utilizado — se antes já o era, como vimos — sobretudo na área de grandes projetos e empreendimentos.

Essa representava, então, uma forma novidadeira de agregar 2 (duas) ou mais empresas em um determinado projeto de empreendimento, sem que dali surgissem as amarras de uma nova personalidade jurídica, independente daquelas.

Cabe sempre o questionamento de Fábio Konder Comparato (*Ensaio e Pareceres de Direito Comercial*, Forense, Rio, 1978, 1ª ed., p. 233) sobre a inadequação de uma lei específica às sociedades por

ações para “regular o fenômeno em sua inteireza”.

Realmente, analisando a expressão da Lei n. 6.404 que abre as portas à consorciação para “companhias e quaisquer outras sociedades”, o professor Comparato concede, com restrições, que parece ter o legislador exigido a presença, sempre, ao menos de uma sociedade anônima no consórcio, quando tal limite se revela injustificado materialmente, pelo evidente uso que o arcabouço consorcial pode ensejar às pequenas e médias empresas.

Também Fran Martins (*Comentário à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, Forense, Rio, 1985, p. 487) afirma seu inconformismo: “Fazendo com que dos consórcios obrigatoriamente participe uma sociedade anônima, a lei restringiu bastante a formação dessas entidades ... de qualquer modo, a lei, a nosso ver erroneamente, só permite a formação de consórcios com a participação de sociedades anônimas e outras quaisquer sociedades ...”.

Quanto a nós, estamos em que, passada esta hesitação inicial, provocada pelo fato de que o consórcio veio tratado no bojo da lei de regência das sociedades por ações, deve-se abraçar o entendimento de que as sociedades por cotas igualmente podem participar de consórcios, até mesmo em obséquio à remissão que o Decreto 3.708 (art. 18) faz à lei das companhias no trato suplementar daquele tipo de sociedade.

Talvez nesta orientação encontramos o opinamento recente de José Edvaldo Tavares Borba (*Direito Societário*, Freitas Bastos, 2ª ed., 1995, p. 444) que afirma: “Os membros do consórcio serão quaisquer sociedades...”

d) *Distinções entre a conta de participação e o consórcio*

Observa-se que quase ninguém tem se atido a ponderar sobre as distinções efetivas e práticas entre a velha sociedade em

conta de participação e o relativamente recente consórcio.

Pois que ambos são sociedades, ainda que parte da doutrina, como João Eurápio Borges (*Curso de Direito Comercial Brasileiro* v. 2, pp. 47 a 51) negue tal qualidade à primeira; ambos, apesar de sociedades, são despersonalizados, ou seja, não possuem personalidade jurídica própria; ambos se regem por um contrato base, que define a sintaxe das relações entre os associados.

Na verdade, a conta de participação, para sua validade, não demanda nenhum ato registral, pois que opera ela, e se responsabiliza, na pessoa do sócio aparente ou ostensivo, ao passo em que o consórcio, para se constituir de verdade, e valer perante terceiros, exige averbação na Junta Comercial (art. 279 da Lei n. 6.404).

A sociedade em conta de participação se cria e se esgota, digamos assim, no próprio contrato, documento particular entre o sócio ostensivo e o(s) sócio(s) oculto(s). E por isso mesmo que ocultos são seus sócios, não teria cabimento demandar-se publicidade registral.

Mauro Brandão Lopes, no corpo daquele seu trabalho acima aludido, chama a atenção para que, nas contas de participação, cuide-se bem de sua caracterização, pois que de outro modo podem ser tidas como sociedades irregulares (art. 305 do Cód. Comercial, eis que negócios comuns existiram), com o preço alto da responsabilidade ilimitada de seus sócios.

A lição é oportuna, e vale, a nosso ver, igualmente para os ajustes consorciais. Nesses, vimos, com o adequado registro na Junta Comercial ficam afastadas dúvidas, e seu caráter consorcial se revela inafastável.

Na conta de participação, onde, a bem da discricção da interveniência dos sócios ocultos, a lei admite não haja registro algum, a matéria há que ficar claramente definida no contrato, instrumento perfeitamente válido entre as partes, e onde estarão previstos modos deliberativos, rateio de despesas e

receitas, divisão de encargos e responsabilidades concernentes à empresa comum.

e) A parceria

Ao se falar com freqüência, nesses últimos anos do século, em parceria, como modo ideal de juntar esforços, fala-se de certo em gênero, mesmo que envolvendo a idéia jurídica associativa.

Veja-se a tal propósito Arnaldo Wald, no recente *O Direito de Parceria e a nova Lei de Concessões* (Ed. RT, 1996, p. 27): “a formulação atual do direito do desenvolvimento está vinculada a uma idéia que é, ao mesmo tempo, antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a idéia de parceria. Parceria entre nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre empresas concorrentes, parceria entre morador do mesmo bairro, parceria entre o produtor e o consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes da empresa, e finalmente parceria entre empregados e empregadores ...”

Arnaldo Wald, aliás, também encontra as raízes primeiras da parceria, como negócio jurídico, em nosso direito, nos artigos do código civil que tratam da parceria rural (ob. e p. cit.), como assim o fez em outubro de 1994 o professor Caio Tácito em parecer que solicitamos à ocasião para a idealização de módulo associativo no campo da geração de energia elétrica.

E, no curso da sua valiosa monografia, o Dr. Wald reconhece a carência de ordenamento não só legal, positivo, mas teórico mesmo, quanto a esse importante conceito aglutinador moderno:

“Chegou a hora de construir uma nova dogmática jurídica que possa corresponder ao direito do desenvolvimento e ao espírito da parceria, sem sacrificar a segurança jurídica e sem descambar para o perigo de decisões subjetivas que caracterizam o direito alternativo” (ob. cit., p. 33).

Talvez intuindo certos subsídios importantes na configuração doutrinária do instituto, o autor se socorre de princípios da *joint venture* (que é uma expressão consorcial de fonte anglo-saxônia) cujas qualidades, segundo Wald, “se aplicam perfeitamente à parceria no seu sentido amplo, tal como ali se deve ter a *subersiva fides* que caracteriza as relações entre os sócios na *partnership* do direito inglês”.

Pode-se tentar observar, na parca jurisprudência brasileira aproximada, alguns indícios que permitam bosquejar sua particularidade contratual.

Veja-se, por exemplo, o acórdão do TJBA reportado no compêndio *Jurisprudência Brasileira* da Editora Juruá, n. 95/241: “o presente caso não é de arrendamento, mas de parceria, visto que neste o ajuste é feito mediante a partilha de frutos e naquele o preço é ajustado em quantia fixa em dinheiro”.

Por certo é essa divisão — de riscos de benefícios — no resultado, própria à associação por parceria, que a tem talvez recomendado nessa quadra moderna das relações econômicas.

Outras características, igualmente extraídas da precária experiência do parcelamento rural, soam talvez um tanto desconfortáveis, pouco práticas, para uso nessa aglutinação de esforços hoje pretendida: “contrato de parceria agrícola não confere direito real ao parceiro agricultor” (RT 623/52).

No que se vê aí desprovido o instrumento de qualidades de eficácia que confirmam segurança maior aos parceiros quanto à implementação das contraprestações a si devidas pelos demais.

O que percebemos, portanto, com muita nitidez, é a procura da sedimentação da parceira como um negócio jurídico apropriado a essa moderna necessidade de convergência de interesses em empreendimentos comuns.

Enquanto tal não acontece com mais clareza, e por certo no curso desse cami-

nho, é sempre bom chamar a atenção para a coexistência dessas outras formas de associação que demandam a não criação de outra pessoa jurídica.

É por isso que, se o que se pretende é agregar esforços em um empreendimento conjunto, admitindo-se como que uma maior institucionalização desse coletivo, aí o consórcio se mostra a forma mais adequada, pois, sociedade despersonalizada que é, seu instrumento constitutivo tem exigências e efeitos registraes — de conhecimento público, portanto — sobre ser ele sujeito à inscrição na Receita Federal (IN n. 105/84).

Se acaso um ou mais participantes do projeto comum prefere se manter formalmente excluído da própria empresa, regranando seus direitos e obrigações em um trato particular, válido e exequível entre as partes, é claro, mas não registrável, não revelado a terceiros, a alternativa é a conta de participação.

E enfim outras condicionantes podem sugerir e indicar aquela associação atípica, que parece se subsumir sob o termo de *parceria, um simples contrato, longe de qualquer conotação institucional, onde 2 (duas) ou mais empresas convergem em esforços e definem direitos e obrigações mútuas para qualquer determinado fim.*

Dissemos acima “longe de qualquer conotação institucional”, pela evidente preocupação, que vemos deva estar permeando os que propugnam essa modalidade associativa, de que não se configure tal junção de esforços como uma sociedade irregular, com o perigo que esta encerra da ilimitação de responsabilidade de seus membros.

É de se notar que autores como José Edvaldo Tavares Borba (ob. cit., p. 88) entendem:

“As parcerias empresariais, de que hoje muito se fala, e que se destinariam a reduzir custos e a integrar resultados entre empresas produtoras e empresas fornecedoras de peças ou componentes ou ainda de serviços, representam efetivas contas de participação.

“A não adoção, em parcerias empresariais, do processo da conta de participação, levaria essas associações para o âmbito das sociedades irregulares, com a conseqüente ilimitação da responsabilidade dos parceiros”.

O interesse maior de observações como estas permanece na consciência do quanto são aproximados esses módulos associativos, e portanto, o quanto de pontos de semelhança se encontra na conta de participação, no consórcio e na parceria.

É necessário, contudo, usar de precisão, de muito cuidado, de “sintonia fina” no acerto da forma aglutinadora a ser eleita como apropriada para o determinado empreendimento.

Em Direito, afinal, tal como em qualquer ciência — exata, humana, social — o rigor conceitual é pressuposto inafastável.

O uso indiscriminado do termo, assim como a propagação um tanto atabalhoada da idéia de parceria, tudo isso pode levar a erros sérios comprometedores dos direitos das partes envolvidas nessa agregação de esforços ditada pelos tempos que correm.

Agosto de 1996