

Atualidades

DO CONSÓRCIO ENTRE SOCIEDADES: Arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976

GUILHERME PUCHALSKI TEIXEIRA

Introdução. 1. O fenômeno concentrista: 1.1 A moderna tendência de aglomeração de capitais e conhecimento; 1.2 A necessidade de instrumentos legais voltados à concentração de capital e conhecimento. 2. Regime jurídico estrangeiro. 3. O consórcio entre sociedades no Brasil: 3.1 O consórcio antes do advento da Lei n. 6.404/1976; 3.2 Regime jurídico atual. Regulação pela Lei n. 6.404/1976; 3.3 Conceito; 3.4 Natureza jurídica; 3.5 Espécies de consórcios; 3.6 Elementos essenciais. 4. Consórcio e figuras afins no Direito brasileiro: 4.1 Consórcio e grupo de sociedades; 4.2 Consórcio e sociedade em conta de participação; 4.3 Consórcio e sociedade de propósito específico (SPE); 4.4 Consórcio voltado à contratação com o Poder Público. 5. "Conteúdo mínimo" do contrato consorcial: 5.1 Designação; 5.2 Objeto do consórcio; 5.3 Duração; 5.4 Endereço e foro; 5.5 Definição da responsabilidades entre as consorciadas; 5.6 Administração e representação do consórcio; 5.7 Receitas, despesas e partilha dos resultados; 5.8 Responsabilidade tributária; 5.9 Registro e publicidade. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

"O instituto do consórcio responde a um imperativo da vida negocial contemporânea" (Egberto Lacerda Teixeira,

Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, vol. II, José Bushatsky, p. 793).

Introdução

A realidade nos mostra que não são muitas as empresas capazes de, com seus próprios recursos técnicos e/ou financeiros, executar empreendimento de grande vulto e alta complexidade.

A necessidade de gastos vultosos em matéria de transporte de mercadoria, distribuição, publicidade, pesquisa tecnológica, impôs o agigantamento das empresas como condição da sua própria sobrevivência.

Deste contexto surge, *grosso modo*, o interesse constante da iniciativa privada na busca por instrumentos jurídicos que regulem a aglomeração de capital e conhecimento necessário para o desenvolvimento de empreendimentos de porte, obtendo,

Estado e iniciativa privada, a segurança jurídica desejada. Seguramente, pode-se afirmar que o *consórcio entre empresas* – objeto de análise neste breve arrazoado – assume esta finalidade.

É natural que o Estado possua o interesse de otimizar as relações jurídicas empresariais, uma vez que o desenvolvimento econômico gera riquezas e contribui para o alcance do *bem-estar social*. Daí porque afirmar que o aprimoramento dos instrumentos voltados ao desenvolvimento contínuo da atividade empresarial é questão fundamental de Estado e tema de alta relevância jurídica e social.

O *consórcio* é um instituto jurídico peculiar, ligado ao fenômeno da concentração das empresas. Enquanto a *fusão*, a

incorporação e a constituição de *grupos de sociedades* atendem situações em que há uma necessidade *permanente* de crescimento da escala da empresa, o consórcio ajusta-se a casos nos quais o efeito buscado é um crescimento ou operação *temporário* da empresa.

Resumidamente, é nesse cenário em que se insere a relevância e a atualidade do *consórcio entre empresas*, modalidade contratual em franca expansão, prevista atualmente nos arts. 278 e 279 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976). A correta utilização desta importante ferramenta é motivo de desenvolvimento econômico regional, nacional e supranacional.

1. O fenômeno concentrista

1.1 A moderna tendência de aglomeração de capitais e conhecimento

O *fenômeno concentrista* provém da transformação econômica, inicialmente verificada em países europeus, que busca aglutinar forças para o aumento da produção e da produtividade, sobretudo pela conjunção de capital e de novas técnicas (*knowhow*). Não se trata de tendência recente. Remonta à passagem da produção artesanal para a industrial, a partir do final do século XVIII.¹ Contudo, foi a partir da segunda metade do século XIX que esta tendência mais se acentuou.

De um modo geral, pode-se também afirmar que o fenômeno crescente de concentração de empresas encontra relação di-

reta com a evolução do capitalismo. Como bem destaca Fábio Konder Comparato, a “evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial”.²

Essa tendência provocou o surgimento e o crescimento exponencial das empresas que se convencionou chamar de *supranacionais* ou *multinacionais*.³

Na atualidade, percebe-se que o movimento concentrista não está mais essencialmente atrelado à dominação de mercado. O que se pretende, na imensa maioria dos casos, é o crescimento da *eficiência* da empresa, seja pela diminuição dos custos seja através da melhoria da qualidade.

Waldirio Bulgarelli⁴ anota que “as concentrações decorrem de uma formulação técnica, não mais no sentido de crescer apenas, mas obedecendo a um planejamento” e arremata “disto resulta que a ‘dimensão ótima’ afasta o mito da empresa necessariamente grande – não obstante seus ardorosos defensores – tanto que se admite como certa a sobrevivência de pequenas e médias empresas”.

Para melhor ilustrar esse cenário, convém transcrever as palavras de Maurício da Cunha Peixoto: “O fenômeno concentrista encontra-se presente nos diversos setores da economia moderna. O desenvolvimento

2. *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, 1970, v. 3, p. 4.

3. Waldirio Bulgarelli define tais empresas como: “O consórcio de várias corporações de diversas nacionalidades que exercitam atividades em outro ou outros países, unidas por interesses comuns e por sua submissão a uma direção (*management*) comum, pressupondo os seguintes elementos: a) uma sociedade mãe, que atua em determinado país como promotora e gestora de atividades que se desenvolvem em outro país, por meio de sucursais ou subsidiárias, filiais ou associadas; b) participação de todas numa espécie de fundo comum de recursos; e com a adesão a uma estratégia global” (Waldirio Bulgarelli, *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*, 3ª ed., 1997, p. 24).

4. Idem, *ibidem*.

1. Celso de Albuquerque Barreto (“Consórcio de empresas”, *Revista Forense*, v. 72, n. 253, pp. 133-138) elenca os motivos determinantes para o fenômeno da concentração empresarial: “– baixa do custo unitário com o aumento do volume de produção; – possibilidade de autofinanciamento; – supressão de intermediários; – estocagem de matérias-primas; – diminuição do percentual dos custos administrativos em relação ao faturamento global; – pesquisa de mercado e publicidade em escala nacional e internacional; – programar com antecedência suas atividades futuras”.

tecnológico diminuiu as distâncias e acirrou a concorrência empresarial, que hoje se situa não apenas na clássica conquista de mercados, mas também na busca de novos produtos e novas técnicas”.⁵

Atento à realidade econômica mundial, o governo brasileiro manifestou o seu apoio às concentrações. Exemplificativamente, interveio através de leis que estimulassem operações de concentração, tal como a fusão ou a incorporação.⁶

Em outro exemplo, deixou ampla a liberdade para ajustes contratuais⁷ – e aqui encaixa-se o *consórcio entre empresas* de que tratam os art. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976 – com a ressalva de que não tivessem por fim práticas combatidas pela legislação antitruste ou objeto ilícito de uma maneira geral.

1.2 A necessidade de instrumentos legais voltados à concentração de capital e conhecimento

O direito comercial possui como característica marcante o dinamismo de suas normas – regra a qual não foge o direito societário – seja pelo ritmo acelerado da evolução e da complexidade do processo econômico, seja pela capacidade criativa dos empresários.

As estruturas societárias previstas no ordenamento até pouco tempo atrás nem

5. “Consórcio de empresas”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. 1, n. 1, 1994, pp. 161-184.

6. V. Decreto-lei 1.182/1971; Decreto-lei 1.115/1971; Decreto-lei 1.186/1971; Lei 5.727/1971; Decreto-lei 1.248/1972.

7. Nesse sentido, vale ressaltar a redação do Decreto 57.651/1966, regulamentando a Lei 4.726/1965, que dispunha sobre o Registro do Comércio: “Art. 48. O Registro do Comércio compreende: (...) II – O arquivamento: (...) § 5º. Dos atos de constituição de *consórcio*, ou de *agrupamento de empresas*, suas alterações e dissoluções, de ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas, ou interessadas no objeto da atividade ou exploração econômica”.

sempre atendiam de modo suficiente os interesses ou os modelos pensados pelos empresários para a execução de um *empreendimento determinado*, especialmente se for de grande vulto e de extrema complexidade.

Essa circunstância gerou a busca por instrumentos legais adequados a viabilizar, com a segurança e a flexibilidade desejadas, a comunhão desses interesses convergentes entre diferentes sociedades, para a execução de negócios com objeto *determinado e temporário*, nos mais diversificados segmentos.

Razões de ordem econômica, estratégica ou tributária, muitas vezes, não recomendam a constituição de uma nova sociedade para a junção de interesses de diferentes sociedades, especialmente se o negócio visado tiver prazo de duração determinado (*transitoriedade*) – seja ele voltado para a pesquisa científica, para a prestação de serviços, à industrialização, etc.

O elemento *transitoriedade* assumiu relevância econômica e jurídica, porquanto as formas clássicas de concentração empresarial (fusão, incorporação, criação de subsidiárias e/ou aquisição de controle acionário) não se mostram adequadas a viabilizar empreendimentos com prazo mais ou menos determinados.

É que quando se busca a implementação de um *negócio certo e determinado*, ou seja *não permanente*, parece não haver razão para a constituição de uma nova pessoa jurídica, revestida de toda a sua burocracia e inúmeras formalidades. Gastos desnecessários seriam gerados com a constituição e posterior dissolução desta nova sociedade, assim que o negócio temporário estiver concluído. Aí reside a *utilidade* dos consórcios. Conforme exalta Pedro Paulo Cristóforo⁸ o “consórcio responde àqueles casos em que é útil ou mesmo imprescindível”.

8. Pedro Paulo Cristóforo, “Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles de-

dível um crescimento temporário dessa escala”.

É, também, muito comum que uma única empresa não consiga atender, satisfatoriamente às exigências de recurso, tecnologia e capacidade que determinando empreendimento exija. Nesses casos, requer-se uma *associação temporária* de esforços, com a delimitação das obrigações de cada associada, sem abrir mão da autonomia administrativa e jurídica individual de cada sociedade integrante do consórcio.

Ainda antes da promulgação da Lei das S/A, Arnoldo Wald⁹ explicita o efeito *multiplicador* dos consórcios: “(...) normalmente, o consórcio é constituído para realizar atividades para as quais os consorciados, um independentemente do outro, não estariam devidamente habilitados. Assim, o consórcio executa tarefas que ultrapassem a sua competência habitual. A razão pela qual cada um dos consorciados se une aos demais nem sempre é a mesma, podendo variar desde a necessidade de entrar num novo mercado até a vontade de aumentar a rentabilidade dos seus investimentos ou de realizar operações a termo que não lhe seriam possível contratar fora do consórcio. O consórcio é, pois, um multiplicador de atividades que assegura uma nova faixa de atuação para o consorciado”.

O consórcio deve durar apenas enquanto durar o empreendimento, e desfazer-se assim que terminado. A concentração, neste caso, será temporária e, por esse mesmo motivo, não irá suprimir a individualidade das sociedades participantes (consorciadas), unidas por uma administração centralizada, escolhida dentre uma das sociedades consorciadas.

Não resta dúvida, o reconhecimento jurídico do consórcio atendeu uma *necessidade* imposta pela vida negocial contemporânea. Sua estrutura dinâmica dispensa a

correntes”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 44/15-21.

9. *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 1972, pp. 174-175.

criação de uma sociedade e permite a conjugação de esforços sem maiores formalidades e ônus excessivos. Conforme já referido, sua utilidade advém de deficiências de ordem técnica e/ou financeira, usualmente ligada à execução de determinado negócio complexo. Maurício da Cunha Peixoto¹⁰ destaca a importância deste instrumento: “Seja na conquista de novos mercados, seja na viabilização de empreendimentos complexos, na diminuição de riscos, no intuito de aumento de rentabilidade, seja no investimento em pesquisa e informação tecnológica, a importância do consórcio ressaí indubitosa, (...)”.

Vários são os empreendimentos nos quais a alta disponibilidade de recursos técnicos e financeiros exigidos coloca-se como condição essencial para a execução do negócio. Nesses casos, a associação entre empresas, através de formatação de um consórcio, apresenta-se como a melhor alternativa possível.

2. Regime jurídico estrangeiro

2.1 Direito estrangeiro

Não há como negar a influência da doutrina e da legislação estrangeiras sobre o modelo nacional. Ainda que de forma breve, vale conferir o tratamento dispensado pelo Direito Comparado às formas de associação contratual entre empresas:

2.1.1 Direito italiano

O Código Civil italiano disciplinou o que chama de “contrato de consórcio para a coordenação da produção e das trocas”¹¹ (arts. 2.602 à 2.617).

10. Maurício da Cunha Peixoto, “Consórcio de empresas”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. I, n. 1, 1994, pp. 161-184.

11. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “Sociedades coligadas e consórcios”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 12/128-148, 1973.

Em sua redação original, o art. 2.062 do Código Civil de 1942 restringia o contrato de consórcios às empresas com atuação na mesma atividade ou com “atividades econômicas conexas”. Tal limitação recebeu diversas críticas da doutrina, por reduzir demasiadamente a utilidade do instrumento legal.

Em 1976 foi dada nova redação ao referido artigo, e o Direito italiano passou a admitir o consórcio entre sociedades com objetos sociais diversos. Permitiu-se, também, a constituição dos chamados *consórcios societários*, com a formação de uma nova sociedade, dotada de personalidade jurídica própria, distinta das consorciadas.¹² À exceção do *consórcio societário*, o consórcio não possui personalidade jurídica própria na Itália.

Constata-se distinção nítida entre os *consórcios com atividade externa* e os *consórcios sem atividade externa*, os primeiros necessariamente dotados de um *órgão representativo*, encarregado de representar e obrigar-se em nome do consórcio perante terceiros.

Além disto, ainda em relação aos *consórcios externos*, exige-se o arquivamento dos seus atos constitutivos no Registro do Comércio e a publicação de balanço.¹³

Em relação aos *consórcios sem atividade externa*, sua administração é confiada a alguma pessoa física, na condição de mandatária dos consorciados.¹⁴

Com a propósito de custear a organização e responder pelas dívidas comuns, será obrigatoriamente constituído um fundo consórcil (*fondo consortile*), patrimônio autônomo em relação ao das sociedades consorciadas, pertencente apenas ao consórcio.

12. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404*, vol. 4, 1998, pp. 364 e 365.

13. Mauro Rodrigues Penteado, *Consórcios de Empresas*, 1979, p. 23.

14. Maurício da Cunha Peixoto, “Consórcio de empresas”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. I, n. 1, 1994, pp. 161-184.

Quanto à responsabilidade pelas obrigações assumidas pelo consórcio, a redação primitiva do art. 2.615 previa a responsabilidade ilimitada e solidária dos consorciados. Contudo, a Lei n. 377/1976, estabeleceu que as obrigações perante terceiros estarão afetadas exclusivamente ao mencionado fundo (*fondo consortile*).¹⁵ É que, através do referido fundo, o consórcio passou a possuir *autonomia patrimonial*, existindo bens de propriedade do fundo, desvinculado do patrimônio individual de cada consorciada.¹⁶

2.1.2 Direito francês

O legislador francês criou um instrumento específico de cooperação entre empresas, denominado *Groupement d'Intérêt Économique* (GIE), regulamentado pela *Ordonnance* n. 67.821, de 23.9.1967 e Decretos 68-109 e 68-930, no intuito de aprimorar a concorrência no mercado europeu. Modesto Carvalhosa¹⁷ define o referido agrupamento da seguinte forma:

“Trata-se de um tipo de consórcio – instrumento de colaboração entre empresas preexistentes – com duração determinada e de estrutura mais simples que a de uma sociedade e mais complexa que a de uma associação. Pode ser constituído por duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, e adquirirá personalidade jurídica especial no momento em que tenha seus atos constitutivos arquivados no Registro do Comércio.

“Tem o GIE por finalidade o agenciamento de todos os meios aptos a facilitar ou a desenvolver a atividade econômica de

15. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, jan. 2001.

16. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “Sociedades coligadas e consórcios”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 12/128-148, 1973.

17. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404*, de 15 de dezembro de 1976, 4 vols., 1998, p. 363.

seus membros, e melhorar-lhes ou acrescentar-lhes os resultados dessa atividade.”

Seu objeto não estará ligado, obrigatoriamente, à obtenção e distribuição de lucro. O seu escopo principal será propiciar aos participantes um melhor desempenho no mercado. Acaso existentes, os lucros serão tributados diretamente no patrimônio de seus membros, segundo a proporção de cada um.

Quanto à responsabilidade dos participantes, o art. 4º da *Ordonnance* n. 67.821 determina que as sociedades agrupadas respondem direta e solidariamente pelas obrigações contraídas pelo GIE.

Ressalte-se a possibilidade de que pessoas físicas venham a integrar o agrupamento, que adquire personalidade jurídica com o arquivamento do contrato, público ou particular, no Registro do Comércio.¹⁸

O GIE será administrado e representado por, no mínimo, um *gerente*, com plena capacidade para obrigar-se perante terceiros em nome do grupo.

2.1.3 Direito português

O Decreto-lei n. 231, de 28.7.1981, disciplinou instituto de idêntico nome ao existente aqui no Brasil (consórcio), prevendo a celebração de um contrato entre empresas, flexível e maleável,¹⁹ fixando apenas e tão somente os princípios essenciais a serem respeitados pelos consortes.

Permitiu-se ampla autonomia à vontade dos contratantes, desde que respeitadas as seguintes premissas: seu contrato constitutivo deve ter forma escrita (art. 3º); podem ter como participantes pessoas físicas ou jurídicas (art. 1º) – ao inverso do

que ocorre no Brasil, onde apenas se admite a participação de pessoas jurídicas; podem ser *internos* ou *externos*, sendo que somente os últimos relacionam-se com terceiros (art. 6º e 7º); nesse último caso, é recomendada a criação de um Conselho de Orientação e Fiscalização e obrigatória a indicação de um representante-chefe do grupo.

Inversamente ao que ocorre no Direito italiano, é expressamente vedada a constituição de um *fundo consórcil* ou *fundo comum*, não havendo presunção de solidariedade entre as consorciadas, tal como ocorre no Direito brasileiro.

3. O consórcio entre sociedades no Brasil

3.1 O consórcio antes do advento da Lei n. 6.404/1976

Não obstante o meio empresarial já estivesse, há muito, adotando o contrato consorcial como instrumento hábil à execução de obras ou empreendimentos de caráter provisório, o consórcio só veio a merecer tratamento adequado no Direito brasileiro com a promulgação da Lei n. 6.404/1976, em 15 de dezembro 1976.

Contudo, mesmo antes do advento Lei n. 6.404/1976, o consórcio já vinha sendo, direta ou indiretamente, objeto de legislação esparsa. Ao que tudo indica, a primeira referência direta à palavra *consórcio* – em sentido semelhante ao referido na Lei n. 6.404/1976 – data de 1934, com a promulgação do chamado Código das Águas.²⁰

Ainda que de forma implícita, a segunda referência aos consórcios se deu no art. 72 de lei reguladora do abuso do poder econômico²¹ (Lei n. 4.137, de 10.9.1972).

20. “Art. 201. A fim de prover ao exercício, conservação e defesa de seus direitos, podem se reunir em consórcio todos os que têm interesse comum na derivação e uso da água.”

21. “Art. 72. A partir da vigência desta lei o departamento nacional de indústria e as juntas co-

18. Fábio Konder Comparato, “Novas formas jurídicas de concentração empresarial”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 5/133-142, 1972.

19. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, 4 vols., 1998, p. 366.

O texto fez alusão ao termo “agrupamento de empresas”, gênero do qual o consórcio é espécie, na medida em que representa um *agrupamento por coordenação* – ou seja, *sem subordinação* – como se verá em item próprio.

A Lei n. 4.728/1965 – direcionada ao mercado de capitais – regulamentou a *consórcio entre instituições financeiras* “para o fim especial de colocar títulos no mercado” (art. 15). Em realidade, este foi o antecedente legislativo que mais se aproximou ao consórcio hoje disciplinado pelos arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976.

Isso porque o “agrupamento de tais instituições” de que tratou a Lei n. 4.728/1965 – tal como ocorre em relação ao consórcio disciplinado pela Lei n. 6.404/1976 – não dava ensejo a uma nova pessoa jurídica e possuía nítida natureza *contratual*, com registro obrigatório no Registro do Comércio. Tal registro deverá prever e especificar “os limites e coobrigação de cada instituição participante, a designação da instituição líder do consórcio e a outorga, a esta, de poderes de representação das demais participações” (§ 2º). Ademais, à semelhança do consórcio previsto na Lei das Sociedades Anônimas, a responsabilidade de cada consorciada se limitava às obrigações e riscos assumidos no contrato (§ 3º).

Indiferente à falta de uma disciplina geral do instituto, de certa forma, preenchendo os espaços em branco do direito positivo, o Decreto n. 57.651/1966, regula-

merciais ou órgãos correspondentes no Estado não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou *agrupamento de empresas*, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste: a) a declaração precisa e detalhada do seu objeto; b) o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização; c) o nome por extenso e qualificado de cada um dos sócios acionistas; d) o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas; e) os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação; f) o prazo de duração da sociedade; g) o número, espécie e valor das ações.”

mentador da Lei n. 4.726/1965 – que dispunha sobre o Registro do Comércio – fez referência expressa aos atos próprios do consórcio:

“Art. 48. O Registro do Comércio compreende: (...);

“II – o arquivamento: (...).

“§ 5º. Dos atos de constituição de consórcio, ou de agrupamento de empresas, suas alterações e dissoluções, de ajustes, acordos ou convenções entre empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas, ou interessadas no objeto da atividade ou exploração econômica.”

Por derradeiro, dentre outras referências legislativas isoladas, vale citar o Decreto n. 73.140/1973 – já revogado – que tratava das licitações e contratos de engenharia no âmbito federal. Em razão da frequente complexidade técnica exigida para empreendimentos na área de engenharia, o Decreto previu (arts. 22 e 23) a possibilidade das sociedades reunirem-se em *consórcio*, a fim de ampliar o número de concorrentes e assim melhorar o processo seletivo.²²

Antecipando a característica peculiar dos consórcios voltados à contratação com o Poder Público, referido Decreto previa a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas “pelos atos praticados sob o consórcio em relação à licitação”. Tal particularidade dos consórcios formados para a contratação com o Poder Público se mantém até os dias atuais, seja sob a regência da Lei n. 8.987/1995, art. 19, § 2º (concessão de serviço público), seja sob a regência

22. Dentre outros aspectos, previa: a) a possibilidade de formação de consórcio entre pessoas físicas e/ou jurídicas; b) o registro do instrumento de constituição no Cartório de Registro de Títulos e Documentos; c) declaração expressa de responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio em relação à licitação; d) compromisso expresso de que o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros; e) a designação do representante do consórcio.

da Lei n. 8.666/1993, art. 33, V (lei geral de licitações).

Em suma, até o surgimento da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), os consórcios careciam de um tratamento jurídico uniforme, de normas que disciplinassem o instituto de forma genérica e abrangente, traçando os elementos essenciais para a sua caracterização.

3.2 Regime jurídico atual.

Regulação pela Lei n. 6.404/1976

A disciplina uniforme dos consórcios pela Lei das Sociedades Anônimas veio, em realidade, apenas consolidar um modelo associativo já amplamente utilizado pelo meio empresarial.

Uma vez mais, a atividade econômica e a criatividade dos empresários impuseram ao Direito a necessidade de regulação posterior, que “nada mais fez do que regular a prática cotidiana do mundo societário”.²³ Aliás, tal particularidade constou expressa na exposição de motivos da Lei n. 6.404/1976:

“Contemplando o quadro das várias formas associativas de sociedade, o projeto nos arts. 279 e 280, regula o consórcio, como modalidade de sociedade não personificada 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 investimentos”.

Mesmo que a Lei n. 6.404/1976 faça às vezes de “lei geral das sociedades”, uma ótima oportunidade de disciplinar os consórcios foi perdida quando da promulgação do chamado Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Isso porque, além de cuidar de todos os tipos societários, o Novo Cód-

go Civil também cuidou de sociedade em muito similar ao consórcio, a chamada *sociedade de propósito específico* (CC, art. 981, parágrafo único). No mais, sabe-se que tal matéria (consórcios) pertence ao âmbito de competência do Código Civil, visto que avocou para si a responsabilidade de disciplinar o *direito de empresa* de uma forma geral (Parte Especial, Livro II).

Já que pretendeu disciplinar a totalidade das espécies de sociedades – excluídas apenas as sociedades anônimas – porque o Novo Código Civil não tratou dos consórcios, conferindo uma sistematicidade de uma e coerente ao direito de empresa?

De uma forma ou de outra, considerando que o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) não possui hierarquia superior à legislação extravagante; considerando que o Novo Código não teceu normas específicas sobre os consórcios; assim como não derogou expressa ou tacitamente as normas previstas na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976): conclui-se que continuam em vigor os arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976, que tratam de disciplinar, como lei geral, o consórcios entre sociedades no Direito brasileiro, do seguinte modo:

“Capítulo XXII – Consórcio

“Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades sob o mesmo controle, ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

“§ 1º. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

“§ 2º. A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

23. Maurício da Cunha Peixoto, “Consórcio de empresas”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. I, n. 1, 1994, pp. 161-184.

“Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão:

“I – a designação do consórcio, se houver;

“II – o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

“III – a duração, endereço e foro;

“IV – a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

“V – normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

“VI – normas sobre a administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

“VII – forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com número de votos que cabe a cada consorciado;

“VIII – contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

“Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivadas no Registro de Comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

Vale dizer, o consórcio disciplinado pela Lei das S/A – que se diferencia do consórcio voltado para a contratação com a administração pública, em razão das particularidades das normas contidas nas Leis ns. 8.666/1993 e 8.987/1995 – revela o espírito privatístico da liberdade das formas, com um regramento mínimo, a permitir ampla flexibilidade na estruturação do contrato.

Como se percebe dos artigos acima transcritos, a lei fixa apenas o *conteúdo mínimo* do contrato, sem revelar desmedida ingerência sobre o instrumento, tampouco, sobre a vida operacional das consorciadas.

Contudo, a flexibilidade da regulação não poderá dar ensejo à desnaturação da

forma associativa prevista no tipo, que ocorreria com a exclusão de seus *elementos essenciais* ou desrespeito ao *conteúdo mínimo* exigido no contrato. Isto acarretaria o risco da caracterização de *sociedade irregular*, tratada pelo Novo Código Civil como *sociedade em comum* (arts. 986 e ss.), na qual os sócios respondem ilimitada e solidariamente (art. 990).

Sob outro enfoque, se do ponto de vista *infraconstitucional* a formação dos consórcios é estimulada através da disciplina enxuta e flexível dos arts. 278 e 279, do ponto de vista *constitucional* a sua regulação atende aos princípios fundamentais da *livre iniciativa*, da *livre concorrência* e do *desenvolvimento nacional*.

3.3 Conceito

Não convém confundir o *consórcio entre empresas* regulado pela Lei n. 6.404/1976 – de que trata o presente estudo – com a figura, bastante usual na atualidade, do consórcio para a aquisição de bens, que recebeu novo tratamento pela Lei n. 11.795/2008, regulamentado pelo Banco Central do Brasil através das Circulares ns. 3.432 e 3.433.

Segundo a Lei das Sociedades Anônimas, podemos conceituar o consórcio como sendo um agrupamento coordenado de empresas, reunidas por contrato complexo, para a execução de empreendimento determinado, através da conjugação de esforços técnicos e financeiros, repartindo as receitas e as despesas do negócio, segundo a proporção fixada em contrato. Fran Martins²⁴ define consórcio como sendo: “(...) o agrupamento de sociedades, feito através de um contrato, com a finalidade de executar determinado empreendimento, obrigando-se cada sociedade, em relação àquele com quem o consórcio vai contratar, de acordo com as condições pre-

24. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, 2ª ed., 2003, p. 278.

vistas no contrato e respondendo apenas pelas obrigações por ela assumidas”.

Na lição de Modesto Carvalhosa, o consórcio constitui “uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam”.

Exaltando a preservação da individualidade de cada consorciada, Egon Bockmann Moreira²⁵ define consórcio nestes moldes: “O consórcio é o modo de organização empresarial disciplinado pelos arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Trata-se de uma integração horizontal entre empresas, a estabelecer uma relação de coordenação de interesses autônomos, visando um fim específico e comum. Não envolve a constituição de uma pessoa jurídica distinta dos consorciados (o consórcio não tem personalidade jurídica). Destina-se a um objetivo certo e dirigido, na busca de benefícios individuais às pessoas que o constituem”.

Para Alberto Xavier: “Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais sociedades se obrigam, entre si, de forma coordenada, a executar determinado empreendimento, sem que desse contrato resulte a criação de um novo ente dotado de personalidade jurídica”.²⁶

Pode-se dizer que através do contrato consorcial, um determinado número de pessoas formaliza uma associação de interesses, estabelecendo obrigações específicas de forma coordenada, de modo a possibilitar atingir determinado objetivo empresarial comum. Não há subordinação entre as consorciadas, ou seja, não se forma uma

integração vertical, mas pura cooperação de esforços (integração horizontal).

3.4 Natureza jurídica

Em vista da divergência existente em doutrina, nosso entendimento é de que o consórcio regulado pela Lei n. 6.404/1976 não é uma *sociedade* – segundo definição do art. 981 do Código Civil. Isso porque as consorciadas não se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de *atividade econômica*. Há, isso sim, o comprometimento de sociedades para uma ação conjunta e coordenada, com vistas à execução de determinado investimento.²⁷

Trata-se, em realidade, de *contrato associativo*, no qual duas ou mais sociedades obrigam-se a executar empreendimento ou negócio determinado. Como bem refere Ary Azevedo Neto, “dele não nasce necessariamente nova organização produtiva, como ocorre no contrato de sociedade (...), é segmento comum das empresas das sociedades consorciadas”.²⁸

Segundo a exposição de motivos da Lei n. 6.404/1976, o consórcio é ente *não personificado*, ou seja, desprovido de personalidade jurídica. Por tratar-se de ente despersonalizado não representa a formação de uma pessoa jurídica nova. Aliás, tal característica vem expressa no § 1º do art. 278 da Lei n. 6.404/1976.

3.4.1 Teoria Unitária Patrimonial

Para parte da doutrina, dentre outros Pontes de Miranda²⁹ e Modesto Carva-

27. Ary Azevedo Franco Neto, “Consórcio”, in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coords.), *Direito das Companhias*, 2009, p. 2.077.

28. Idem, p. 2.078.

29. “Os elementos do fundo consórcio pode consistir em bens com que contribuíram os consorciados e em créditos contra eles. O consórcio pode dever a terceiros ou aos próprios consorciados” (*Tratado de Direito Privado*, t. LI, 1972, pp. 253 e ss.).

25. Egon Bockmann Moreira, “Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/1993)”, *Interesse Público* 26/64-78, 2004.

26. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

lhosa,³⁰ os consórcios, não obstante destituídos de personalidade jurídica própria (§ 1º, art. 278), teriam capacidade para obrigar-se em nome próprio perante terceiros, tal como ocorre com a massa falida, com o condomínio, dentre outros.

Aliado a esta capacidade, o consórcio poderá dispor de *autonomia patrimonial*, com a formação de um *patrimônio comum* (fundo consórtil), antes pertencente a cada consorte, e então afetado ao consórcio por vontade destes.

Como refere Alberto Xavier,³¹ no Direito italiano os consórcios são dotados de uma *quase personalidade* e de *certa autonomia*. Operam, como refere a doutrina italiana, através de uma *personalidade jurídica de segundo grau* ou de segunda categoria:³²

“Desta concepção resultariam, como consequências, a possibilidade de o consórcio contratar com terceiros em nome próprio, ter órgãos próprios, dispor de empregados próprios, auferir lucros imputáveis a essa unidade autônoma, e assim por diante”.

A chamada *Teoria Unitária Patrimonial* entende que o consórcio deve dispor de patrimônio autônomo, formado pela contribuição em bens de cada consorte e das receitas geradas a partir da atividade do grupo. O visão desta teoria pode ser bem sintetizada a partir das seguintes passagens, retiradas da obra de Modesto Carvalhosa:³³

“Tem outrossim, o consórcio, *autonomia patrimonial*, visto que os recursos atribuídos pelas consorciadas à administração do consórcio constituem patrimônio que,

funcionalmente, destaca-se do das consorciadas durante todo o período de duração do consórcio (art. 279). Assim, as consorciadas não tem ingerência sobre esse patrimônio afetado pelo consórcio durante a sua existência. Ademais, os credores de cada sociedade consorciada não tem direito sobre o patrimônio afetado por outros negócios que tenham celebrado fora do âmbito do consórcio, ou seja, que não sejam com ele relacionados diretamente.

“(…)”

“Outra característica do consórcio é a sua *autonomia administrativa*, cuja natureza não é orgânica mas tipicamente contratual. Há *mandato* para o consórcio exercer sua capacidade negocial ou judicial, junto a terceiros. Há *delegação*, quando internamente, a direção consorcial e sobretudo a líder deliberam sobre matéria de administração do consórcio.

“(…)”

“O consórcio constitui uma *sociedade de segundo grau*. Embora não tenha personalidade jurídica é, não obstante, titular de obrigações e de direitos, tendo capacidade processual, à semelhança das demais sociedades sem personalidade jurídica de que trata nosso Código Comercial (sociedade em conta da participação).

“(…)”

“O representante está investido dos poderes de contratar com terceiros, sem qualquer restrição, fazendo-o em nome do próprio consórcio. Poderão, ademais, os representantes do consórcio contratar mão de obra e estabelecer as relações institucionais daí decorrentes.”

30. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, 4 vols., 1998.

31. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

32. Idem, *ibidem*.

33. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4, 2ª ed., 2003, p. 341.

3.4.2. Teoria Contratual Pluralista

Em oposição a *Teoria Unitária Patrimonial*, estão aqueles que rechaçam a autonomia patrimonial do consórcio e a aptidão deste para obrigar-se diretamente perante terceiros, como ente autônomo, titular imediato de direitos e obrigações.

Dentre estes, destaca-se Alberto Xavier. Em artigo cujas conclusões subscrevemos integralmente – Alberto Xavier³⁴ tece uma crítica contundente à *Teoria Unitária*, nestes termos:

“Esta construção jurídica é manifestamente inspirada no Direito italiano, não encontrando qualquer suporte no Direito positivo brasileiro, pelo menos do consórcio pela Lei n. 6.404/1976.

“No Direito italiano, o art. 2.602 do Código Civil prevê obrigatoriamente nos consórcios com atividade externa a constituição de um fundo consórtil (*fundo consortile*) destinado a custear a organização comum e qualificado como patrimônio autônomo.”

Como vimos anteriormente, a Lei italiana n. 377 dispôs que, em relação às dívidas contraídas pelo consórcio, os terceiros só poderão voltar-se contra o patrimônio afetado ao *fondo consortile*. Aliás, diga-se de passagem, tal limitação de responsabilidade provocou enorme desinteresse na contratação destes consórcios.

De outro lado, como referido linhas atrás, no Direito português há vedação expressa quanto à constituição de *fundos comuns*, composto por bens destinados à *atividade comum* do consórcio. Prossegue Xavier³⁵ em sua crítica:

“O Direito brasileiro coloca-se numa posição neutra, não impondo, nem proibindo a constituição de um patrimônio comum dos consorciados, afeto ao empreendimento. A lei simplesmente não prevê sequer a existência de tal fundo, pelo que ele jamais pode ter o significado de uma limitação de responsabilidade perante terceiros.

“(…)”

“Não existindo atividade comum no consórcio, mas atividades exercidas indi-

vidualmente, não há qualquer razão para a existência necessária de bens comuns. Os bens com que cada um dos consorciados exercem a sua atividade são próprios e singulares, salvo se voluntariamente e em caráter excepcional forem colocados sob regime de propriedade comum.”

Deve-se reconhecer a previsão legal, expressa no art. 279 da Lei n. 6.404/1976, de que o contrato deverá prever que a “contribuição de cada consorciado para as despesas comuns” não implica a necessidade da criação de um *fundo comum*, quanto menos confere a este qualquer autonomia e tampouco atuará como limitador de responsabilidade a prejudicar o interesse de terceiros.

Direcionando a crítica à cogitada capacidade do consórcio ser sujeito direto de direitos e obrigações, conclui o Autor – a nosso ver, com inteiro acerto:³⁶ “A tese da autonomia jurídica do consórcio não tem qualquer fundamento no Direito brasileiro, que é expresso em formular duas regras, constantes do § 1º do art. 278 que com aquela autonomia são redondamente antagônicas: a inexistência de personalidade jurídica e a responsabilidade de cada um dos consorciados por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Entende-se, portanto, que o consórcio não pode assumir obrigações em nome próprio para com terceiros. Parte-se da ideia de que o consórcio age através de suas consorciadas, reunidas coordenadamente através do contrato. Na prática, o que geralmente ocorre é a nomeação de uma empresa líder, para obrigar-se perante terceiros em nome das consorciadas, sendo estas quem, individualmente e na medida das obrigações assumidas, obrigam-se perante terceiros.

Então, quem contrata com terceiros são os consorciados, individualmente, representados pela empresa líder, “precisa-

34. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

35. Idem, *ibidem*.

36. Idem, *ibidem*.

mente porque o contrato com o terceiro não é bilateral, mas necessariamente plurilateral, ele dá origem a uma pluralidade de obrigações entre cada um dos consorciados e o terceiro”,³⁷ de acordo com as *prestações específicas* assumidas por cada participante no contrato (Lei n. 6.404/1976, art. 279, IV).

Daí concluir que o negócio jurídico para com terceiros será sempre ou quase sempre plurilateral, no qual cada consorciada obriga-se em nome próprio, através de empresa líder (mandato). Veja-se que esta representação conjunta atua em benefício dos próprios terceiros, que podem centralizar suas exigências e reclamações em uma única consorciada, não obstante a individualização interna dos deveres coletivamente assumidos.

Desse modo, a palavra *consórcio* deve ser entendida como mera abreviação que designa a totalidade das empresas consorciadas, mas jamais como um sujeito distinto, titular de direitos e obrigações autônomas em relação à esfera individual de cada participante.

Na visão de Alberto Xavier – à que aderimos – isso explica “fenômenos que geram uma aparente personalidade jurídica” aos consórcios, tal como “designação do consórcio, foro do consórcio, administração do consórcio, contabilidade do consórcio a assim por diante”. Explica o referido Autor:

“A explicação, porém, é muito simples e baseia-se na distinção entre *titularidade* e *exercício de direitos*.”

“No consórcio a *titularidade* de direitos (e das obrigações) é *individual*, pois na inexistência da personalidade jurídica do consórcio, os efeitos dos atos imputam-se diretamente na esfera jurídica de cada consorciado, *uti singuli*.”

“A ‘denominação do consórcio’ é, pois, a designação coletiva de todos os

consorciados, que permite identificá-los de modo abreviado. O ‘endereço do consórcio’ é o local onde os terceiros podem cumprir as suas obrigações e exercer os seus direitos, decorrentes do consórcio, relativamente à totalidade dos consorciados. O ‘foro do consórcio’ é a jurisdição na qual pode ser exigidas ou cumpridas obrigação relativamente à totalidade dos consorciados. A ‘representação do consórcio’ é o mecanismo do mandato à totalidade dos consorciados manifestarem coletivamente a sua vontade perante terceiros. A ‘contabilização do consórcio’ é o registro das operações coletivamente realizadas por todos os consorciados.”³⁸

Vale também referir a doutrina de outros renomados doutrinadores, que partilham desse mesmo entendimento:

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro – “Pensamos que o consórcio não é então sujeito de direitos, não podendo, correlatamente, assumir obrigações enquanto tal. Simples fórmula associativa de diversas pessoas jurídicas, desprovido de personalidade e patrimônio e conotação marcadamente contratual, o consórcio age, no mundo jurídico, por intermédio das empresas que o constituem, notadamente, e na prática, através de uma empresa líder escolhida pelas demais. São os consorciados, portanto, que assumem obrigações e responsabilidades perante os terceiros, cabendo-lhes igualmente exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos”.³⁹

Fábio Konder Comparato – “(...) o consórcio é mero contrato, não dá ensejo a criação de um novo ente jurídico, e pode existir apenas no âmbito das estruturas internas das empresas consorciadas, ou manifestar-se também exteriormente perante terceiros. Neste último caso, há necessidade de se criar uma representação comum,

38. Idem, *ibidem*.

39. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, vol. 2, 1979, p. 797.

37. Idem, *ibidem*.

sendo que as responsabilidades assumidas gravam diretamente o patrimônio dos consorciados, solidariamente”.⁴⁰

Quanto à *representação* do consórcio, deve-se dizer que a nomeação de empresa líder não é da essencialidade do instituto, podendo as empresas participantes tratar conjuntamente perante terceiros. Todavia, entendemos que a indicação de um *representante comum* é medida que simplifica sobremaneira a atuação do *consórcio*.

Perceba-se que a ausência de personalidade jurídica não desautoriza que os administradores do consórcio detenham o poder de representação deste perante terceiros. Lembre-se que a *representação* é o instituto que possibilita que a prática de determinado ato jurídico não recaia sobre a esfera de quem o praticou, mas sobre quem está sendo representado.

Como explica Pedro Paulo Cristóforo: “Na hipótese de grupos não personificados, os efeitos dos atos jurídicos praticados por seus representantes, porque não podem recair sobre uma pessoa jurídica que não existe, incidem imediatamente sobre os patrimônios dos seus integrantes”.⁴¹

Pelo que se verá ao longo deste breve ensaio, a discussão trazida por estas duas teorias antagônicas assume relevância prática em relação à quase todas as questões referentes ao consórcio disciplinado pela Lei n. 6.404/1976. A adesão à *teoria contratual pluralista* servirá de premissa para a solução de todas as questões e controvérsias referidas nos itens restantes deste trabalho.

40. Fábio Konder Comparato, “Novas formas jurídicas de concentração empresarial”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 5/133-142, 1972.

41. Pedro Paulo Cristóforo, “Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 44/15-21, 1981.

3.5 *Espécies de consórcios*

3.5.1 Consórcios homogêneos e heterogêneos

Na medida em que o empreendimento a ser executado exija capacidades técnicas diferenciadas, é comum – e muitas vezes imprescindível – que o consórcio constitua-se por empresas de áreas de atuação diversas. Nesse caso, ter-se-á um consórcio classificado como *heterogêneo*.

Outras vezes, o consórcio reúne empresas com objetos similares, ligadas a uma mesma atividade econômica ou área de conhecimento, que se associam para a conjugação de capital, soma de experiências ou para o desenvolvimento de um projeto de pesquisa comum. Tais agrupamentos, desde que constituídos sob a disciplina dos arts. 278 e 279, serão classificados como *consórcios homogêneos*.

3.5.2 Consórcio operacional e consórcio instrumental

É interessante separar as hipóteses nas quais o empreendimento e seus resultados pertencem às sociedades que integram o consórcio (*consórcio operacional*), das hipóteses nas quais o empreendimento/objeto será de titularidade de terceiro, servindo o consórcio apenas como um *instrumento* de execução (*consórcio instrumental*). Seria o caso do contrato de empreitada, no qual o consórcio é constituído para a sua execução e o terceiro será o dono da obra. Como bem distingue Alberto Xavier:⁴²

“Na primeira hipótese o próprio contrato de consórcio é o contrato principal no que respeita a execução do empreendimento. Na segunda hipótese, ao invés, há que distinguir o contrato principal – celebrado entre os consorciados e o terceiro, relativo à execução do empreendimento – do con-

42. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

trato de consórcio, meramente instrumental em relação ao primeiro, tendo por objeto as obrigações dos consorciados no que respeita à coordenação das suas atividades.”

Nota-se, portanto, no caso dos *consórcios instrumentais*, a coexistência de dois vínculos obrigacionais: (i) as obrigações entre consorciados, previstas no contrato de consórcio levado a registro e (ii) o contrato com o terceiro, onde as sociedades reunidas em consórcio obrigam-se-ão conjuntamente para com o terceiro.

3.5.3 Consórcio interno e consórcio externo

Diz-se *externo* quando o consórcio assume obrigações perante terceiros. Em sentido oposto, será *interno* quando o contrato apenas disciplinar a coordenação das atividades entre as sociedades consorciadas, não se relacionando conjunta e diretamente perante terceiros. As obrigações perante terceiros, nesse caso, serão tratadas diretamente, *uti singuli*, por cada consorciada, sem a representação de uma das sociedades integrantes.

Exemplificativamente, nos *consórcios instrumentais externos* a principal fonte de obrigação em relação será o contrato firmado conjuntamente para com o terceiro. O contrato de consórcio regulará a coordenação das tarefas assumidas de cada consorciada internamente.

3.5.4 Consórcio entre empresas sob controle comum ou independentes

O *caput* do art. 279 refere que “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio”.

Deixa, portanto, aberta a possibilidade da constituição de consórcios entre empresas *independentes*, ou seja, sociedades não ligadas por vínculo de subordinação, como também possibilita a constituição de consórcio entre controladas e controladoras,

seja o controle exercido diretamente, através de uma *holding*, ou mediante a constituição do grupo de sociedades de que trata o art. 265 da Lei n. 6.404/1976. Fica permitida, também, a formação de consórcio entre *empresas coligadas*,⁴³ ou seja, unidas por vínculo de capital, sem relação de dependência hierárquica.

3.6 Elementos essenciais

A partir das normas legais que disciplinam o consórcio, extrai-se os seguintes elementos essenciais:

- objeto determinado e caráter de transitoriedade;
- ausência de personalidade jurídica;
- composição societária flexível;
- ausência de presunção de solidariedade entre as sociedades consorciadas;
- falência de consorciada não dissolve o grupo;
- possibilidade de participação de sociedade(s) estrangeira(s).

Passemos a análise individual de cada um desses elementos.

3.6.1 Objeto determinado e transitoriedade

Elemento essencial do consórcio é a sua *finalidade*, que deve estar necessariamente atrelada à *execução de determinado empreendimento* (Lei n. 6.404/1975, art. 278).

Inobstante não inexistir uma definição legal do que venha a ser *empreendimento*, Alberto Xavier⁴⁴ define o termo como sendo um objetivo econômico perseguido atra-

43. O art. 243, § 1º, da Lei 6.404/1976 considera coligadas duas sociedades “quando uma participa, com 10%, ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

44. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

vés da industrialização de bens e/ou da prestação de serviços.

A *temporiedade* do empreendimento no caso dos consórcios advém da expressão empregada pelo legislador brasileiro (Lei n. 6.404/1976). Esta mesma expressão, *determinado empreendimento*, também revela que o objeto deve limitar-se a uma única atividade (uninegocial).

Daí porque afirmar-se a impossibilidade da constituição de um consórcio voltado à execução de mais de um empreendimento e/ou com prazo indeterminado. Para tal finalidade, o legislador reserva a utilização da *Sociedade de Propósito Específico* (SPE) que, diante do silêncio legal (CC, art. 981, parágrafo único), poderá adotar o tipo jurídico de qualquer outra sociedade.

A respeito do elemento *temporiedade*, invoca-se a lição de Fran Martins,⁴⁵ para quem os consórcios são “aptos a funcionar apenas pelo período de tempo em que o empreendimento deve ser concluído” e arremeta “não permite a lei a que constitua um consórcio, por exemplo, que tenha por objeto a construção de estradas em geral; esse só poderia se constituir para a construção de uma determinada estrada (...)”.

Não obstante as reiteradas críticas a respeito dessa restrição legal, entendemos insuperável a limitação do consórcio a apenas um único empreendimento, com prazo certo e determinado, sob pena da caracterização de uma *sociedade de fato*, a menos que se altere a legislação ou que a jurisprudência reconheça a possibilidade deste distanciamento ao tipo legal.

Discordamos da conclusão de Attila de Souza Leão Andrade Jr., no sentido de que a disciplina dada pelos arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976 não impede a constituição de consórcio com prazo indeterminado.

45. Martins Fran, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 3, 1ª ed., arts. 206 a 300, 1978.

Mesmo que concordemos com a premissa de que o termo “*determinado empreendimento*” não se refira, necessariamente, ao seu prazo de duração, julgamos que a ausência de *limitação temporal* impõe a execução do objeto por uma sociedade propriamente dita, quicá sob a forma de uma *sociedade de propósito específico* (CC, art. 981, parágrafo único), a qual poderá revestir-se sob a forma de qualquer tipo societário.

Veja-se que a *temporiedade* é o principal elemento de distinção dos *consórcios* em relação às sociedades empresárias. Note-se que a atribuição de personalidade jurídica às sociedades em geral, deve-se, também, pela exploração de atividade *duradoura*.

Ademais, em matéria tributária, há inúmeras decisões administrativas negando natureza consorcial aos agrupamentos que têm como objeto a execução de mais de um empreendimento ou com indeterminação de prazo. Nestes casos, atribui-se-lhes o tratamento de *sociedade de fato* ou *irregular*, fazendo com que seus participantes respondam de forma solidária e limitada pelas obrigações contraídas em conjunto.⁴⁶

3.6.2 Ausência de personalidade jurídica

A constituição do consórcio não dá ensejo a um ente jurídico personalizado. Essa é a dicção clara do § 1º do art. 279. Cada um dos consorciados mantém a sua individualidade jurídica, patrimonial e administrativa.

Como vimos, o fato de não possuir personalidade jurídica não significa que o consórcio não possa contratar com terceiros, que se dará através da sua representação externa por uma única sociedade escolhida para tal encargo. Note-se que o art.

46. Nesse sentido, confirmam-se os acórdãos da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes ns. 101-86.540 e 101-86.541.541, julgados em 18.5.1994.

279, VI (Lei 6.404/1976) impõe a regulação, pelo contrato consorcial, sobre a administração e representação do consórcio. Assim, cada consorciada se obrigará perante terceiros de forma individual e direta, *uti singuli*, porém representadas em conjunto pela sociedade líder representante do grupo.

Como referido linhas atrás, a denominação *consórcio* servirá como a designação coletiva de todos os consorciados, permitindo que sejam identificados de modo abreviado.

Reafirmando nossas convicções, nesse ponto em tudo similares à opinião de Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro, o consórcio não será, jamais, sujeito de direitos e obrigações, como ente autônomo e independente. Obrigar-se-á sempre por intermédio das sociedades que o constituem, as quais poderão fazer-se representar pela empresa líder.

Como explica Pedro Paulo Cristóforo, tal como em relação às demais sociedades despersonalizadas, “os efeitos dos atos jurídicos praticados por seus representantes, porque não podem recair sobre uma pessoa jurídica que não existe, incidem imediatamente sobre os patrimônios dos seus integrantes”.⁴⁷

Quanto à capacidade processual dos consórcios para comparecer ativa ou passivamente em juízo, nossa opinião – tal como a de grande parte da doutrina – é a de que o consórcio possui capacidade processual, amparado por interpretação extensiva do inciso VII do art. 12 do Código de Processo Civil.

Uma vez arquivados os seus atos constitutivos no Registro do Comércio do lugar da sua sede, o consórcio está devidamente constituído, “de direito” e regular.

47. Pedro Paulo Cristóforo, “Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 44/15-21, 1981.

Parece não haver razão para negar-lhe tal capacidade e reconhecê-la em relação às demais sociedades despersonalizadas. Até por que ao momento da promulgação do Código de Processo, em 11.1.1973 – e a norma em voga preserva a sua redação primitiva – os consórcios sequer haviam sido disciplinados pela Lei das Sociedades Anônimas, no ano de 1976. Ou seja, o legislador processual não poderia ter sido expresso em relação a um ente jurídico ainda sequer reconhecido juridicamente.

Em juízo, o consórcio será representado pela sociedade (líder) ou pela consorciada indicada no contrato para o exercício da administração. Esta pessoa representará os interesses individuais de todas as consorciadas, nos estreitos limites do ajuste consorcial. Não se trata, portanto, de substituição processual, ou seja, de pleitear em juízo, em nome próprio, direito alheio (art. 6º, CPC).

A precedente aplicável no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “pode litigar em juízo as ‘pessoas formais’, as sociedades de fato, as sociedades ainda sem personalidade jurídica, ou já sem personalidade jurídica” (STJ, 4ª T., REsp 1.551-MG, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 20.3.1990, www.stj.gov.br).

3.6.3 Composição societária dos consórcios

Atualmente prepondera a orientação de que é dispensável a participação de uma sociedade anônima (companhia) para a constituição regular de um consórcio. É bem verdade, até pouco tempo, havia certa resistência em relação à formação de consórcio sem a participação de uma sociedade anônima. Porém, tal restrição não se justifica sob qualquer aspecto.

Note-se que o próprio texto legal refere que poderão constituir consórcio “as companhias e quaisquer outras sociedades” (Lei n. 6.404/1976, art. 278). A partir de uma interpretação literal do *caput* do art. 278, note-se que a conjunção “e” não tem a

função de exigir a presença de uma *companhia* agrupada com *qualquer outra sociedade*. Em realidade, a conjunção aditiva deixa claro que não apenas *companhias* poderão reunir-se sob a forma de *consórcio*, mas *quaisquer outras sociedades*.

Uma interpretação teleológica nos leva a perceber que o legislador pretendeu atribuir a maior abrangência possível ao instituto, característica marcante do tratamento jurídico dispensado aos consórcios pelo Direito brasileiro, de forma a atender a dinamicidade própria do mundo empresarial.

De outro lado, o argumento de que os consórcios estão disciplinados em lei especial – parece também não autorizar uma interpretação restritiva do *caput* do art. 278. Isto porque – não é novidade – a Lei n. 6.404/1976 assume, em vários capítulos e artigos, uma função de *Lei Geral das Sociedades*, a exemplo das normas que tratam sobre transformação, incorporação, fusão e cisão, aplicáveis a qualquer tipo de sociedade.

Além disso, a experiência nos mostra que a cada dia consórcios são constituídos sem a participação de sociedade anônima e não se tendo notícia de que a ausência de uma sociedade anônima tenha impedido o registro de qualquer consórcio no Registro competente.

Nesse sentido, vale transcrever a opinião abalizada de Egberto Lacerda e Tavares Guerreiro: “Inexistem razões ponderáveis para excluir do regime da lei associações comerciais integradas exclusivamente por sociedades por quotas de responsabilidade limitada (...). Ao contrário, tudo indica que a intenção do legislador não terá sido restritiva, nesse particular; por enquanto parece ser da maior conveniência que ao instituto se dê tratamento unitário, independentemente, do tipo societário adotado pelas sociedades consorciadas”.⁴⁸

48. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, vol. 2, 1979, p. 802.

Além disso, os arts. 278 e 279 atuam, indiscutivelmente, como norma geral de direito societário, assim como várias outras normas espelhadas pela Lei das Sociedades Anônimas o fazem, que permanecem vigentes não obstante a superveniência do Novo Código Civil – desde que inaplicável qualquer das hipóteses do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil. Aliás, tal característica foi ainda reforçada pelo advento do Novo Código Civil, quando se omitiu de disciplinar os consórcios.

Sob outro aspecto – mesmo admitindo que, em muitos casos, “uma empresa individual⁴⁹ pode ser tão poderosa quanto uma sociedade comercial”⁵⁰ – entendemos que a admissão de pessoa física em consórcio, além de colidir com o texto legal, ainda gera o risco de caracterização de sociedade irregular – com todos os inconvenientes daí decorrentes – na medida em que se extrapola o modelo legal previsto para a formação dos consórcios.

Se, por um lado, é permitido ao julgador extrair da norma a melhor interpretação – pois em muitos casos não haverá uma única resposta possível – nos parece vedada a possibilidade de que venha a interpretar *contra legem*, o que faria se ignorasse a exigência legal de que os consórcios deverão constituir-se pela reunião exclusiva de sociedades.

Demais disso, o Registro do Comércio, muito provavelmente, não aceitaria o arquivamento desse contrato, obstando, desde aí, a constituição regular do consórcio integrado por pessoa física.

3.6.4 Responsabilidade entre as sociedades consorciadas

Ao contrário do que ocorre no Direito francês – no qual às obrigações contraídas

49. Hoje empresário individual, v. arts. 966 e ss. da Lei 10.406/2002.

50. Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 3, 1ª ed., arts. 206 a 300, 1978, p. 485.

pelo GIE responde o patrimônio de todos os seus participantes —, o Direito brasileiro (Lei n. 6.404/1976, art. 278, § 1º) foi expresso ao prever que “as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.⁵¹ Tal orientação, aliás, está em completa consonância com o art. 265 do Código Civil, ao dispor que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Significa dizer que, segundo o regime previsto pela Lei n. 6.404/1976, o patrimônio de cada consorciada mantém a sua autonomia e responde, tão somente, pelas obrigações assumidas segundo o contrato. Tal aspecto reafirma o fato de que o consórcio obriga-se *imediatamente* através de suas consorciadas, não sendo, portanto, sujeito autônomo de direitos e obrigações.

Desse modo, além da *presunção de não solidariedade* entre as consorciadas, a responsabilidade de cada uma estará limitada às *prestações específicas* assumidas no contrato de consórcio (Lei n. 6.404/1976, art. 279, IV).

Todavia, nada impede que o contrato consorcial afaste a presunção legal de não solidariedade e disponha de modo diverso, por exemplo, no sentido de que todas as consorciadas responderão de forma solidária pelo conjunto de obrigações assumidas, ou mesmo que somente as consorciadas A e B responderão de forma solidária em relação às obrigações X e Y, e assim por diante. Imperará, aqui, uma vez mais, a autonomia da vontade.

Sob outro aspecto, não obstante a presunção legal de não solidariedade, nada impedirá que as consorciadas estabeleçam a solidariedade caso a caso, no instrumento que formaliza a contratação com terceiros. Aliás, a prática costuma revelar a exigên-

cia de terceiros nesse sentido, a fim de melhor acautelar-se quanto ao cumprimento das obrigações assumidas pelo consórcio. Uma vez mais, a solidariedade entre as consorciadas poderá ser *absoluta* (de todas as consorciadas e em relação a todas as obrigações) ou *parcial* (restrita a determinadas prestações ou a determinadas consorciadas).

Note-se que esse detalhe não passou despercebido na exposição de motivos da Lei n. 6.404/1976: “(...) a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção de seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação com personalidade e patrimônio distintos”.

Percebe-se, também, que uma previsão legal em sentido contrário (presunção de solidariedade entre consorciadas) representaria significativo desestímulo a formação de consórcios.

De outro modo, toda a vez que o consórcio integrar uma relação de consumo, incidirão as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), dentre elas a imposição de solidariedade dentre as empresas reunidas em consórcio (art. 28, § 3º).⁵²

Parece-nos exagerado e desproporcional o rigor com que agiu o CDC em relação aos consórcios. Isto porque às sociedades participantes de um mesmo *grupo societário por subordinação*, de que trata o art. 265 da Lei n. 6.404/1976, bem como em relação às *sociedades controladas*,

52. Mesmo sem a melhor técnica legislativa, visto que, em seu *caput*, o art. 28 tratou de hipóteses de *desconsideração da personalidade* jurídica e nos parágrafos disciplinou casos de responsabilidade entre obrigadas — seja de forma subsidiária ou solidária — o CDC declarou expressamente que “as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código”.

51. Há solidariedade “quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda” (CC, art. 264).

atuou com menos rigor, prevendo a responsabilidade subsidiária das empresas envolvidas.

Esse, sem dúvida, representa um revés significativo ao se optar pela reunião de empresas através de consórcio. Por esse motivo, recomenda-se a previsão, no contrato, da forma de compensação e ressarcimento entre as consorciadas, visto que qualquer consorciado poderá arcar, isoladamente, com a totalidade da condenação: (i) independente de culpa (responsabilidade objetiva); (ii) e da sua participação efetiva nas causas determinantes para o dano suportado pelo consumidor.

De outro lado, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), quando trata do consórcio para a contratação com o Poder Público, fixa a “responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados, tanto na fase de licitação, quanto na de execução do contrato” (art. 33, inc. V).

3.6.5 Falência da empresa consorciada

A Lei das Sociedades Anônimas é expressa ao prever que “a falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio” (Lei n. 6.404/1976, art. 278, § 2º).

Tal previsão respalda a preservação da autonomia de cada consorciada em relação ao consórcio. Por tratar-se de contrato plurilateral, é lógico que a decretação da falência de qualquer consorciada não implica a desconstituição do consórcio, a não ser que o contrato consorcial assim o preveja. Pertinentes as palavras de Modesto Carvalho: “Embora no consórcio a contribuição de cada uma seja sempre diversa em gênero e quantidade, a existência de um interesse comum é inquestionável. Isto posto, a presente norma estabelece a exclu-

são da falida do consórcio que esteja integrando, prosseguindo o mesmo com as demais consorciadas. Esta aí claramente delimitada a natureza de contrato plurilateral do consórcio, como típico negócio associativo que é”.⁵³

Naturalmente que se o consórcio for integrado por apenas duas empresas, caso não exista a previsão da possibilidade de substituição da empresa falida no contrato, a falência de qualquer partícipe ocasionará a extinção do consórcio, tendo em vista que é da essência do consórcio a pluralidade de partes.

Do que não tratou a lei societária – mesmo porque desnecessária diante da legislação falimentar – foi em relação aos créditos que as demais consorciadas porventura possuírem em relação à partícipe falida. Estes não escaparão à regra, e serão cobrados perante o juízo universal da falência, salvo se ainda ilíquidos os valores (Lei n. 11.101/2005, arts. 5º e ss.).

De outro lado, a decretação da falência, com o encerramento das atividades da consorciada falida, implicará a necessidade de alteração contratual, a ser arquivada no registro competente, sob pena de tornar irregular a sua situação do grupo.

3.6.6 Participação de empresas estrangeiras

Uma sociedade é considerada brasileira, independentemente da nacionalidade do seu capital, quando constituída conforme a legislação brasileira e desde que, cumulativamente, tenha sede e administração no País (Código Civil, art. 1.126).

Em relação às sociedades estrangeiras, exige-se a autorização do Poder Executivo para que possam funcionar no País, “ainda que por estabelecimentos subordi-

53. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 4, 1998, p. 356.

nados” (Código Civil, art. 1.134). Todavia, ficará sujeita às leis a aos tribunais brasileiros “quanto aos atos ou operações praticadas no Brasil” (art. 1.137 do Código Civil).

Por essa razão, não há qualquer impedimento que uma sociedade estrangeira – devidamente autorizada a funcionar no País e com seus atos devidamente arquivados no Registro do Comércio “do lugar em que se estabelecer” (art. 1.136) – integre um consórcio. Aliás, conforme destaca Maurício da Cunha Peixoto⁵⁴ esta “constitui uma ótima forma para a absorção, por empresas brasileiras, da experiência estrangeira, tanto na área tecnológica quanto na gerencial”.

De outro lado, se o consórcio for constituído para a contratação com o Poder Público – portanto, sob a regência da Lei n. 8.666/1993 – muito embora admitida a sua participação no grupo, está expressamente afastada a possibilidade de que atue como líder do consórcio, visto que “a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira” (art. 33, § 1º).

Ainda em relação ao exercício da liderança do grupo, quer nos parecer que se o empreendimento for de caráter privado – portanto, sob a regência da Lei n. 6.404/1976 – incidirá, por analogia, a vedação expressa no art. 265, § 5º da referida lei, aplicável aos *grupos de sociedades por subordinação*, ao exigir que a empresa líder seja de nacionalidade brasileira.

3.6.7 O risco da caracterização de sociedade irregular

A disciplina escassa dos consórcios pela Lei n. 6.404/1976 e a utilização incipiente do instituto contribuem para o risco de caracterização da chamada *sociedade irregular*, com a responsabilização direta e solidária de todos os seus participantes.

A formatação de consórcio extrapolando a moldura legal pela ausência de elemento essencial ou de cláusula obrigatória, poderá ser decisiva para afastar a presunção de não solidariedade entre as consorciadas, de que trata o § 1º do art. 278.

Exemplo recorrente ocorre na constituição de consórcio para o desenvolvimento de atividade *permanente*. Seria o caso de um consórcio voltado para a representação comercial, industrialização e/ou comercialização de produtos ao mercado ou para a prestação de serviços em geral.

Isso porque, para receber o tratamento jurídico diferenciado conferido pelos arts. 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976 o consórcio deverá, necessariamente, estar voltado à execução de um empreendimento *determinado*. O desenvolvimento de um objeto permanente desqualificará o agrupamento da qualidade de consórcio, relegando-o às disposições aplicáveis à *sociedade em comum*, de que trata o art. 990 do CC.

Como *sociedade irregular* será entendida toda a associação de pessoas voltada ao exercício profissional de atividade econômica, que não se revestir sob a forma de algum dos moldes legais (tipos) admitidos. Nesse sentido, vale referir decisão do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda: “Por consórcio se denomina a sociedade não personificada, cujo objeto é a execução de determinado e específico empreendimento. Incorrendo a unicidade do empreendimento, como também constatado que o contrato é por prazo indeterminado, o acordo firmado entre as sociedades não pode ser reconhecido como de natureza consorcial. Trata-se, na essência, de Sociedade de Fato”.⁵⁵

Alberto Xavier⁵⁶ refere outras decisões do Conselho nesse sentido (ns. 101-86.540 e 101-86.541, ambas da 1ª Câmara)

55. DOU de 13.5.1996, p. 8.157.

54. Maurício da Cunha Peixoto, “Consórcio de empresas”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, vol. 1, n. 1, 1994, pp. 161-184.

56. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

e idêntico entendimento adotado pela 6ª Região Fiscal da Receita Federal: “Para não ser equiparado a uma pessoa jurídica comum, o consórcio deve ser constituído para a execução de um único empreendimento e de prazo de duração determinado” (Dec. 6ª RF 272/98).

De outro lado, o adequado registro do contrato na Junta Comercial também se revela elemento indispensável para a regularidade do agrupamento, sob pena da caracterização de sociedade irregular.

De acordo com a Lei n. 8.934/1994, os atos relativos à constituição do consórcio e suas respectivas alterações deverão ser arquivados no registro próprio do lugar da sede do consórcio, devendo publicar-se a certidão de arquivamento (Lei n. 6.404/1976, art. 279, parágrafo único).

É condição de regularidade, portanto, o registro do seu ato constitutivo, sendo que a Junta Comercial deverá rejeitar o arquivamento de contrato em desconformidade com os elementos essenciais do tipo legal descrito na Lei das Sociedades Anônimas – conforme art. 7º, I, a, do Decreto n. 1.800/1996, que regulamenta a Lei n. 8.934/1994.

A ausência deste requisito de regularidade afastará a presunção de não solidariedade entre as sociedades consorciadas e ensejará a responsabilidade ilimitada dos sócios (CC, art. 990). José Alexandre Tavares Guerreiro⁵⁷ adverte, com razão, para os riscos decorrentes de falta de publicidade do contrato consorcial: “No sistema do Código Civil, vale o princípio da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, com relação às sociedades não personificadas e particularmente com relação àquelas cujos atos constitutivos não tenham sido submetidos ao registro próprio (sociedades em comum,

art. 990). É exatamente essa responsabilidade solidária e ilimitada das consorciadas que se elide no consórcio, devidamente constituído e dado a regular publicidade mediante registro (...)”.

Desse modo, o registro não conferirá ao consórcio personalidade jurídica, mas será elemento indispensável para a caracterização do agrupamento como um consórcio e para o afastamento da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios.

4. Consórcio e figuras afins no Direito brasileiro

A dificuldade antes abordada para caracterizar-se a natureza jurídica do consórcio está na estrutura híbrida e peculiar deste instituto, com particularidades próprias e outras semelhantes a diversos tipos societários e figuras afins.

Ressaltar as dessemelhanças do consórcio em relação a essas figuras congêneres possibilitará, sem dúvida, uma melhor caracterização do instituto e uma visão mais aprimorada a respeito de sua utilidade no meio empresarial.

4.1 Consórcio e grupo de sociedades

A Lei n. 6.404/1976 disciplinou duas espécies de grupos de sociedades. Os chamados *grupos de fato*, regulados pelo Capítulo XX, que ocorrem entre sociedades coligadas⁵⁸ ou entre controladoras e controladas,⁵⁹ onde não há a formalização de instrumento contratual, a ser arquivado perante o Registro Público de Empresas Mercantis. Há

58. Segundo o art. 243, § 1º, quando uma sociedade participa com 10%, ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

59. Uma sociedade é controladora de outra, quando diretamente ou através de outras controladas, for “titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores” (art. 243, § 2º).

57. José Alexandre Tavares Guerreiro, “Regime jurídico do consórcio. O Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 138/202-206, 2005.

também os chamados *grupos de direito*, previstos nos Capítulos XXI e XXII da referida Lei, subdivididos em *grupos por subordinação* e *grupos por coordenação* (consórcio). Em comum, possuem a característica de serem formalizados através instrumento escrito, que exige arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis.

Nos *grupos por subordinação*, segundo o art. 265 da Lei n. 6.404/1976, a sociedade controladora e suas controladas obrigam-se “a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”, mediante convenção. Conforme o art. 266, “as relações entre as sociedades, a estrutura do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, ou mediante acordo com os outros sócios ou acionistas”.

Diferentemente, nos *grupos por coordenação* (consórcio) não se faz necessária a participação, direta ou indireta de uma sociedade em outra, inócurrenente, portanto, relação de controle ou de hierarquia entre as empresas agrupadas. Como se viu nesse estudo, existe, pois, uma relação *horizontal*, onde as participantes estão em pé de igualdade, dividindo tarefas e obrigações em busca de um *objetivo comum*, qual seja: a *execução de empreendimento determinado* (art. 278, *caput*). Nos *agrupamentos por subordinação* as empresas reúnem-se em caráter *permanente* e poderão visar uma diversidade de objetos. O consórcio, conforme já referido, deverá ater-se a um empreendimento *temporário*.

Modesto Carvalhosa⁶⁰ realça as características essenciais de cada agrupamento: “Há uma nítida diferença quanto ao objeto de um e de outro negócio jurídico. Nos grupos convencionais (art. 265), o ob-

jeto é permanente, necessariamente, duradouro, com o aproveitamento de recursos e de atividades empresariais visando a favorecer o grupo de sociedades como um todo. Já no consórcio, o objetivo não será permanente, e visará sempre a benefícios individuais para as sociedades consorciadas. Estas, por sua vez, mantêm total autonomia quanto à administração de seus negócios, obrigando-se nos estreitos limites previstos no respectivo contrato consorcial. Não estão, portanto, as sociedades consorciadas submetidas a uma direção que se superpõe às administrações de cada uma”.

4.2 Consórcio e sociedade em conta de participação

Na *sociedade em conta de participação* (arts. 991 e ss. do Código Civil) o *sócio ostensivo* exercerá a atividade social em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade. Porém, os resultados (lucros ou perdas) serão rateados proporcionalmente conforme a participação de cada sócio.

Em razão de ausência de personalidade jurídica, este tipo societário atuará sob o nome individual (pessoa física) do *sócio participante*. Não será obrigatória a averbação do contrato e, mesmo que ocorra, não terá o condão de atribuir personalidade jurídica à sociedade (art. 993, CC). Portanto, esta sociedade jamais será sujeito de direitos, obrigando-se direta e exclusivamente através do seu *sócio participante*.

Alberto Xavier trata de distinguir os conceitos: “A distinção entre o *contrato de consórcio* e o *contrato de conta em participação* está em que neste último é da essência da figura a participação de uma das partes (*sócio oculto*) nos lucros ou perdas da outra (*sócio ostensivo*), em contrapartida de uma contribuição pecuniária ou atividade exercida pela primeira, enquanto a essência do consórcio está na coordenação das atividades de diversas partes para a

60. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, vol. 4, 1998, p. 342.

execução de um empreendimento, próprio ou alheio”.⁶¹

Ambos os tipos representam formas associativas menos formais em relação às sociedades personificadas, que acabam por assumir uma personalidade jurídica diferenciada em relação aos seus membros.

A *sociedade em conta* mostra-se apresenta grande utilidade prática, permitindo a realização de atividades sociais com enorme flexibilidade.⁶² No âmbito interno, um contrato vai reger as relações entre os seus sócios partícipes, enquanto, perante terceiros, assume responsabilidade, única e exclusivamente, a pessoa física do seu sócio participativo.

Não obstante, em muitos casos, seja utilizada para a execução de negócio específico, é plenamente possível que tenha por objeto o exercício de atividade econômica permanente – diversamente ao que ocorre com os consórcios.

4.3 Consórcio e Sociedade de Propósito Específico (SPE)

A Sociedade de Propósito Específico está prevista no parágrafo único do art. 981 do Código Civil e, como é intuitivo, é constituída para a execução de um único empreendimento ou negócio jurídico. É este, aliás, o elemento diferenciador deste tipo societário. Ao que tudo indica, dada à ausência de previsão legal, poderá ser constituída sob a forma de qualquer tipo societário.

A chamada *Sociedade de Propósito Específico* assume grande utilidade prática voltada à prestação de serviço público. Isso porque, no art. 20 da Lei n. 8.987/1995

– que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – está prevista a possibilidade de o Poder Público exigir que o consórcio vencedor constitua uma sociedade ainda antes da celebração do contrato com a administração. Tal sociedade se ajustará plenamente à hipótese do art. 981.

Deve-se ressaltar que a estrutura do consórcio será sempre mais flexível em relação a Sociedade de Propósito Específico – também referida simplesmente como SPE – visto que esta deverá sujeitar-se às normas preestabelecidas e burocratizadas das sociedades previstas no Código Civil.

4.4 Consórcio voltado à contratação com o Poder Público

Se o objeto do consórcio estiver voltado à realização de obra ou serviço público, outra será a sua disciplina e o seu tratamento jurídico. Em razão do alto interesse público envolvido, sofrerá o influxo de princípios e regras de direito público seja através da Lei n. 8.666/1993, que institui normas sobre licitações e contratos administrativos, seja pela incidência da Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

Se no Direito Privado prevalece o princípio da liberdade das formas, também aplicável aos consórcios, no Direito Público, ao contrário, vigora o princípio da legalidade das formas. No entanto, segundo prevê o art. 54 da Lei n. 8.666,⁶³ serão subsidiariamente aplicáveis as disposições da Lei das Sociedades Anônimas.

Em relação ao regime da Lei n. 8.666/1993, a participação de consórcios nos procedimentos licitatórios será limitada à opção do administrador, segundo critério

61. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

62. A tal ponto que Rubens Requião chegou a afirmar, em 1995: “Hoje, dadas às condições econômicas reinantes, as sociedades em conta de participação estão revivendo” (*Curso de Direito Comercial*, vol. I, 22ª ed., 1995, p. 300).

63. “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

de conveniência e oportunidade.⁶⁴ De outro lado, a vedação à participação de consórcios haverá de ser fundamentada. Na prática, costuma-se vetar a admissão de consórcios quando o serviço ou a obra for de pequeno vulto e complexidade.

A Lei n. 8.666/1993 determina que as empresas que pretendam concorrer em consórcio firmem um *termo de compromisso de constituição de consórcio*, uma espécie de *contrato preliminar* no qual se obriga a constituir o um consórcio caso sejam vencedoras do certame licitatório – evento futuro e incerto.

De um modo geral, a participação de empresas através de consórcio, segundo o regime estipulada na Lei n. 8.666/1993, está subordinada às seguintes normas:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

“I – comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

“II – indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

“III – apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

64. Controlável juridicamente, desde que haja ofensa a princípios que informam a atividade administrativa, mais recentemente o da razoabilidade.

“IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

“V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

“§ 1º. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

“§ 2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.”

Das normas acima transcritas, diferenças estruturais em relação aos consórcios voltados para negócios privados, regidos pela Lei n. 6.404/1976, a saber:⁶⁵

• *Quanto à estrutura*, segundo a Lei das S/A, o consórcio deverá formalizar-se entre pessoas jurídicas, inadmitida a participação de pessoas físicas ou empresários individuais. De modo diverso, a Lei n. 8.666/1993 parece admitir a reunião de licitantes sob a forma de consórcio, é que, segundo doutrina Carlos Ari Sunfeld (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 131): “O art. 33 – *caput* menciona apenas o consórcio de empresas, que é o caso mais comum. Mas isso não descarta o consórcio de pessoas físicas, quando o objeto o admita, como nos concursos”;

• *Quanto ao objeto*, a disciplina prevista pela Lei n. 6.404/1976 prevê a utilização do consórcio para a *execução de empreendimento determinado*, enquanto que a Lei n. 8.666/1993 vincula o seu objeto à obra ou serviço especificado na licitação;

65. Comparação elaborada com base em artigo escrito por Horácio Augusto Mendes de Souza, “Estrutura jurídica do consórcio destinado às contratações com a administração pública”, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 57/179-213, 2003.

• *Quanto à responsabilidade*, a Lei n. 6.404/1976 estipula a presunção de não solidariedade entre as consorciadas, enquanto a Lei de Licitações prevê responsabilidade solidária;

• *Quanto à insolvência*, no consórcio constituído sob a Lei das S/A as consorciadas, individualmente, poderão valer-se do princípio da continuidade da empresa e pleitear o prosseguimento das suas atividades para, então, prosseguir com a execução do empreendimento assumido pelo consórcio. Pela Lei n. 8.666/1993, a falência de qualquer participante dará ensejo à rescisão do contrato com a administração;

• *Quanto à solução de litígios*, no regime da Lei n. 6.404/1993, os conflitos entre consorciadas e/ou com terceiros poderão ser resolvidos no foro de eleição específico em contrato ou através de arbitragem, ao passo que os conflitos entre consórcio e administração serão necessariamente solucionados no foro da Administração;

• *Quanto à administração e representação*, no regime da Lei n. 6.404/1976, não há impeditivo que a empresa líder seja sociedade estrangeira, ao passo que a liderança nos consórcios voltados à contratação com a Administração Pública deverá ser exercida por sociedade brasileira.

Por razões óbvias, percebe-se maior dinâmica e flexibilidade na disciplina conferida pela Lei das Sociedades Anônimas, enquanto que o modelo previsto pela Lei n. 8.666/1993, embora possa socorrer-se, subsidiariamente, das normas da Lei n. 6.404/1976, apresenta estrutura mais rígida.

5. “Conteúdo mínimo” do contrato consorcial

Os diversos incisos elencados pelo art. 279 da Lei n. 6.404/1976 encerram o *conteúdo mínimo* do contrato de consórcio, relacionando às cláusulas e disposições indispensáveis à sua formação regular.

Ao elencar as normas indispensáveis ao contrato, não está a lei societária afastando a possibilidade de previsão de disposições diversas, para regular questões também relevantes, tais como: o ingresso e saída de consorciados; as causas de rescisão do consórcio; o direito de retirada e as hipóteses de exclusão de consorciado, dentre outras.⁶⁶ Justamente por esse motivo fala-se em conteúdo *mínimo* do contrato consorcial.

Segundo o *caput* do art. 279, exige-se que o contrato seja aprovado internamente por cada sociedade consorciada, pelo órgão “competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente”. Regula-se assim, a esfera de competência interna para a aprovação do contrato.

No caso das Sociedades Anônimas, o estatuto poderá outorgar ao Conselho de Administração o poder de alienar bens do ativo permanente. Mesmo que seja omissão a esse respeito, segundo o art. 142, VIII, da Lei n. 6.404/1976, caberá a este órgão a aprovação, ou não, da participação da companhia no consórcio. No entanto, entendemos que será desejável – pela relevância da decisão – que se transfira tal atribuição à assembleia geral da companhia. De outro modo, nada impedirá que o Estatuto outorgue tal competência à Diretoria.

Nas demais sociedades, a aprovação dos consórcios, dar-se-á conforme dispu- ser o contrato social. No silêncio do contrato, o intérprete deverá socorrer-se das normas legais aplicáveis àquele determinado tipo societário.

Assim que, o conteúdo mínimo do contrato consorcial encontra-se todo ele elencado no art. 279 da Lei n. 6.404/1976, a saber:

I – a designação do consórcio, se houver;

II – o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

66. Lembre-se que o consórcio é modalidade de contrato plurilateral e aberto.

III – a duração, endereço e foro;

IV – a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V – normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI – normas sobre a administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII – forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII – contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Passemos à análise pormenorizada de cada um.

5.1 Designação

Ao contrário do que ocorre com os grupos de subordinação (Lei n. 6.404/1976, art. 269, I), a designação do consórcio será facultativa. Note-se que a lei refere: “a designação do consórcio, se houver”.

A fim de evitar confusão, até mesmo para não atrair eventual responsabilidade indesejada pela teoria da aparência,⁶⁷ não será aconselhável que o consórcio utilize denominação idêntica ou semelhante a razão social ou nome de fantasia de qualquer das sociedades participantes.

Outras vezes, por razões de marketing e publicidade, poderá ser interessante realizar-se propositadamente tal confusão, não obstante a maior visibilidade de determinada consorciada e os riscos daí decorrentes. Se incidente relação de consumo esta, certamente, será a consorciada escolhida para ser demandada pelo consumidor.

67. Ocorre quando uma pessoa, aparentemente titular de um direito, embora não o sendo, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. A exigência da preservação da segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé de terceiros, manifestada através da confiança depositada na aparência, justificam a teoria da aparência.

Não será igualmente conveniente que o consórcio se valha de elementos próprios de outros tipos societários, tais como companhia, Ltda., etc.

5.2 Objeto do consórcio

Trata-se de requisito relacionado à principal característica dos consórcios: execução de empreendimento determinado. O consórcio terá sempre um propósito específico único, o qual deverá ser revelado com precisão no contrato.

Lacerda Teixeira e Tavares Guerreiro⁶⁸ ressaltam que a Lei Antitruste (Lei n. 4.137/1962, art. 72) determina que quaisquer atos relativos a agrupamentos de empresas deverão informar, com a necessária precisão, o objeto e as finalidades do empreendimento. Ressaltam ainda, que nos termos do art. 64, § 1º, do Decreto n. 57.651/1966, considera-se declarado com precisão sempre que o objeto indicar o gênero, a espécie e o local da sua exploração.

5.3 Duração

Lembre-se que é da essência e da natureza do consórcio a temporariedade. Quando concluído o empreendimento único a que se refere seu objeto deverá ser extinto. Sua duração, portanto, deverá ser por prazo suficiente à conclusão do empreendimento, seja em poucos meses ou em mais de um ano. Assim, tem-se que a sua duração será sempre correspondente e coincidente com o término do empreendimento.

Não se admite, portanto, o consórcio por prazo indeterminado, a exigência de norma a respeito de sua duração afasta tal possibilidade. O que poderá ocorrer, em lugar da prefixação de uma data certa, é a estipulação de um termo futuro, correspondente à conclusão do empreendimento.

68. Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, 1979, p. 794.

5.4 Endereço e foro

O endereço indicado no contrato deverá ser o do local da administração do consórcio, que não necessariamente corresponderá ao do local do empreendimento a ser executado. Modesto Carvalhosa⁶⁹ refere que *ao não optar* pela palavra *sede*, o legislador “quis deixar nítida a ausência de personalidade jurídica”.

Em relação ao foro a ser indicado em contrato, este corresponderá a comarca onde, por opção das empresas (foro de eleição), serão dirimidos os litígios entre as consorciadas. Em relação a terceiros, valerá o foro de eleição escolhido em contrato ou, se omissos, serão aplicáveis as normas sobre competência previstas no CPC.

5.5 Definição da responsabilidade entre as consorciadas

Cada consorciada deverá, individualmente, obrigar-se à realização de uma determinada prestação ou atividade específica. Seria indesejável a confusão de tarefas e responsabilidades de cada participante.

De certa forma, a delimitação precisa das obrigações – tornada pública através do registro – vem compensar a presunção de não solidariedade entre as consorciadas, permitindo que terceiros identifiquem até que ponto vai a obrigação de cada consorciada. Isto permitirá que o terceiro, em caso de inadimplência, acione diretamente a sociedade a quem cabia o cumprimento da obrigação inadimplida.

A obrigação de cada consorciada será, provavelmente, mensurada no percentual a que terá direito na partilha dos resultados.

5.6 Administração e representação do consórcio

Em razão do alto grau de flexibilidade do instituto, restringiu-se o legislador a

69. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 4, 1998, p. 371.

dizer que o contrato deverá especificar as “normas sobre a administração do consórcio”.

A prática revela que, normalmente, há a eleição de uma empresa líder para se obrigar em nome de todos os participantes. É frequente a estipulação de uma *taxa remuneratória* à sociedade líder, a critério da maioria.

Não haverá relação de hierarquia entre a sociedade líder, representante do grupo, e demais consorciadas – o que confundiria o *consórcio* com os *grupos de subordinação* de que trata o art. 265 da Lei n. 6.404/1976.

A figura do líder simplificará o relacionamento entre consorciadas e do consórcio perante terceiros. Como bem destaca Alberto Xavier⁷⁰ “o líder não é, pois, órgão do consórcio, pois este não é uma entidade dotada de personalidade jurídica à qual possa imputar-se uma vontade única” e completa “a vontade única que é apresentada ao terceiro, nada mais é que a vontade comum de todos os consorciados, expressa por um representante comum”.⁷¹

Ao encontro do que vem sendo afirmando, vale a lição de Pedro Paulo Cristófaros.⁷²

“(…) o administrador do consórcio, quando age de acordo e dentro dos limites do contrato, representa *ex vi legis* os consorciados no exercício dos direitos de que eles sejam titulares em comum.

“Não fora assim e o *consórcio* seria uma figura vazia de sentido, oca de significado e despida de real possibilidade de atuação prática. Como executar um *empreendimento comum* (ao menos um empreendi-

70. Alberto Xavier, “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

71. Idem, *ibidem*.

72. Pedro Paulo Cristófaros, “Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 44/15-21, 1981.

mento comum de vulto) – e este é hoje o propósito legal dos consórcios, na forma do que preceitua o art. 278 da Lei de S/A – sem uma administração comum, com poderes de representação externa?”

Em relação ao consórcio voltado à contratação com o Poder Público, o art. 33, II, da Lei n. 8.666/1993 prevê a necessidade da indicação de *empresa responsável*, bem como a definição das *condições de licitação*.

5.7 Receitas, despesas e partilha dos resultados

Despesas e receitas deverão ser partilhadas segundo a proporção estabelecida em contrato, a qual, provavelmente, estará relacionada à relevância e ao grau de comprometimento das prestações específicas atribuídas a cada consorciada.

Roberto Papini⁷³ aduz que “pode-se estipular que cada consorciada deve suportar integralmente os custos do trabalho a ela atribuído (definidos também no contrato), cabendo-lhe igualmente receber o valor integral dos trabalhos executados, diretamente do proprietário do empreendimento”.

A experiência revela que o consórcio poderá constituir um *fundo comum* afetado pelas consorciadas ao empreendimento, a fim de fazer frente às despesas ordinárias da execução do empreendimento.

Diversamente ao Direito italiano – onde o art. 2.602 do Código Civil prevê a obrigatoriedade da constituição de um *fondo consortile* –, o Direito brasileiro nada refere sobre a existência de um patrimônio comum afetado ao consórcio (fundo), nos parecendo, portanto, viável, mas não obrigatória, a sua formação.

Deve-se também esclarecer que o consórcio não auferirá lucro diretamente. As receitas geradas a partir da sua atividade

serão auferidas direta e individualmente por suas consorciadas, na proporção estabelecida em contrato. Segundo normatizada pela Secretaria da Receita Federal “(...) os rendimentos decorrentes das atividades (principais e acessórios) desses consórcios deverão ser computados nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento” (ADN n. 21, 8.11.1984).

5.8 Responsabilidade tributária

Sob o ponto de vista tributário, sabe-se que, em muitos casos, o Fisco atribui responsabilidade tributária a entes destituídos de personalidade jurídica. Como explica Alberto Xavier: “Num sentido ou no outro é inegável o tratamento autônomo pelo Direito Fiscal da noção de personalidade jurídica, técnica instrumental, funcional e relativamente que utiliza à luz das valorações que lhe são próprias: e daí aceitarmos plenamente o conceito de personalidade tributária, como a suscetibilidade de ser sujeito de relação jurídica tributária”.⁷⁴

Em relação ao consórcio, em regra, não é contribuinte do imposto de renda das pessoas jurídicas, pois não é ente equiparado à pessoa jurídica, como, exemplificativamente, ocorre com o empresário individual, com a sociedade em conta de participação, bem como com as filiais, no país, de sociedades com sede no exterior (RIR/1999, art. 147, II).

Justamente por não ser contribuinte do imposto de renda é que não lhe poderá ser atribuído lucro, o qual deverá ser tributado diretamente quando da sua aferição pelas consorciadas, segundo a proporção fixada no contrato. Segundo norma da Secretaria da Receita Federal “(...) os rendimentos decorrentes das atividades (principais e acessórios) desses consórcios deverão ser computados nos resultados das

73. Roberto Papini, *Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários*, 1987, p. 364.

74. “Consórcio: natureza jurídica e regime tributário”, *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26, 2001.

empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento” (ADN n. 21, 8.11.1984).

Por outro lado, o consórcio será sujeito passivo da obrigação de recolher imposto retido como fonte pagadora. A Instrução Normativa SRF n. 200/2002 (art. 12, § 3º) exige a inscrição dos consórcios no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ e dispõe que sempre que “pagarem rendimentos sujeitos a retenção na fonte” ou “auferirem rendimentos em decorrência de suas atribuições”, estão sujeitos ao regime tributário aplicável às pessoas jurídicas.⁷⁵

5.9 Registro e publicidade

O contrato de consórcio e suas alterações posteriores deverão ser obrigatoriamente arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis do lugar da sua sede, devendo a certidão de arquivamento ser publicada nos moldes previstos no art. 289 da Lei n. 6.404/1976.

Igualmente, quando dissolvido o consórcio em razão do término do empreendimento a que se destina, deverá o instrumento correspondente ser levado ao Registro de Comércio, para que se possa “dar baixa” no respectivo assentamento.

O regime de arquivamento será exatamente aquele previsto para as sociedades mercantis e tornará eficaz o contrato perante terceiros após a *publicação* do seu arquivamento. Em relação às consorciadas, pode-se afirmar que o contrato produzirá efeitos desde a data da sua celebração (assinatura), tão logo autorizado pelo órgão competente.

Ao que parece, ao exigir apenas a publicação da *certidão do arquivamento*, pretende o legislador preservar o *sigilo* do negócio objeto de execução via consórcio.

Uma das funções principais do registro é afastar a presunção de solidariedade e

responsabilidade ilimitada de todas as consorciadas, pela caracterização de sociedade irregular.

6. Conclusão

O tratamento jurídico flexível e não burocrático conferido aos consórcios entre sociedades pela Lei n. 6.404/1976 nos parece apto a atender a dinamicidade e a complexidade do mundo empresarial e, com isso, incentivar o fenômeno da concentração de empresas, quando o fim visado seja empreendimento ou negócio específico e determinado.

7. Referências bibliográficas

- ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. IV: *Direito das Sociedades*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. “Consórcio de empresas”. *Revista Forense*, vol. 72, n. 253, pp. 133-138, jan.-mar./1976.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1997.
- _____. *Manual das Sociedades Anônimas*. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 1984.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Novas formas jurídicas de concentração empresarial”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 5/133-142. São Paulo, ano XI, 1972.
- _____. *Aspectos Jurídicos da Microempresa*. São Paulo, Ed. RT, 1970.
- CORREA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- CRISTÓFARO, Pedro Paulo. “Consórcios de sociedades. Validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes”. *Revista de Direito Mercantil, Indus-*

75. Ary Azevedo Franco Neto, “Consórcio”, in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coords.), *Direito das Companhias*, 2009, p. 2.081.

- trial, Econômico e Financeiro* 44/15-21. São Paulo, out.-dez./1981.
- CUNHA, Paulo Cesar Melo da. "Tratamento jurídico das empresas estatais e os reflexos do consórcio celebrado entre empresas do setor público e do setor privado". *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 56/267-292. Rio de Janeiro, 2003.
- FRAGA, Leonardo Henrique Ferreira. "Consórcio. Teoria da Aparência. Publicidade. Responsabilidade civil. Legitimidade passiva". *Revista de Direito Privado* 8/237-243. São Paulo, Ed. RT, ano 2, out.-dez./2001.
- FRAN, Martins. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. vol. 3: arts. 206 a 300, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- FRANCO NETO, Ary Azevedo. "Consórcio". In LAMY FILHO, Alfredo, e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coords.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. "Regime jurídico do consórcio. O Código Civil e a Lei das Sociedades por Ações". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 138/202-206. São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun./2005.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Sociedades coligadas e consórcios". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 12/128-148. São Paulo, 1973.
- MOREIRA, Egon Bockmann. "Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/1993)". *Interesse Público* 26/64-78. Porto Alegre, Notadez, ano 5, jul.-ago./2004.
- PAPINI, Roberto. *Sociedade Anônima e Mercado de Valores Mobiliários*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- PEIXOTO, Maurício da Cunha. "Consórcio de empresas". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. vol. 1, n. 1. Belo Horizonte, 1994, pp. 161-184.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. t. LI. Rio de Janeiro, Ed. RT, 1972, pp. 253 e ss.
- REALE, Miguel, e REALE JR., Miguel. *Questões Atuais de Direito*. Del Rey, 2000.
- ROCHA, João Luiz Coelho da. "Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 115/83-87. São Paulo, Malheiros Editores, jul.-set./1999.
- _____. "Conta de participação, consórcio e parceria – Formas associativas não personalizadas". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 105/37-42. São Paulo, Malheiros Editores, jan.-mar./1997.
- _____. "Novas alternativas e derivações jurídicas para a agregação empresarial". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 118/94-100. São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun./2000.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial: Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. vol. I, 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. "Estrutura jurídica do consórcio destinado às contratações com a administração pública". *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 57/179-213. Rio de Janeiro, 2003.
- SZTAJN, Raquel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. vol. 2. São Paulo, Bushatsky, 1979.
- VILLARREAL, Gabriel Hernan Facal, e CREUZ, Luis Rodolfo Cruz. "Consórcio de empresas: benefícios fiscais na celebração de parcerias empresariais". *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 63/92-99. São Paulo, Ed. RT, jul.-ago./2005.
- WALD, Arnoldo. *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- XAVIER, Alberto. "Consórcio: natureza jurídica e regime tributário". *Revista Dialética de Direito Tributário* 64/7-26. São Paulo, Dialética, jan./2001.