Atualidades

REGIME JURÍDICO DO CONSÓRCIO

O Código Civil e a Lei de Sociedades por Ações

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Tipicidade do consórcio. Registro Público. Em conclusão.

Visam estas notas a precisar a quais normas gerais deve obedecer o consórcio, instituto do qual inexplicavelmente deixou de se ocupar o novo Código Civil. Continua ele a se reger pelos arts. 278 e 279 da Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), que vêm sendo consideradas, desde o advento desse diploma legal, a sede legal respectiva. A eles se reportam, inclusive, dispositivos da legislação especial, como é caracteristicamente o caso da Lei do Petróleo (Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997). Como se sabe, até o início da vigência do Código Civil, a Lei de Sociedades por Ações, a par de disciplinar as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações, funcionou também como lei geral de sociedades comerciais, no que concerne a vários institutos que se estendiam a tipos societários diversos daqueles dois, como, por exemplo, a transformação, incorporação, fusão e cisão (arts. 220 a 234). O Código Civil, no entanto, pretendeu capitular em seu corpo a íntegra da matéria das sociedades comerciais (agora denominadas empresárias), tornando-se *lei geral*, aplicável como tal a todas elas.

Em conseqüência, a Lei de Sociedades por Ações deveria passar à condição de *lei especial*, sendo, aliás, assim referida pelo art. 1.089 do Código Civil, segundo o qual a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código. Na verdade, apenas no tocante às anônimas haveria essa alteração da função da Lei de Sociedades por Ações, uma vez que as sociedades em comandita por ações receberam disciplina mais pormenorizada no Código, e isso sem embargo de se regerem basicamente pelas normas relativas às companhias, como o próprio Código declara (art. 1.090).

No que concerne aos consórcios, é incontroverso poderem agregar sociedades anônimas e sociedades de outros tipos, o que seria motivo mais que suficiente para remover sua disciplina legal para o Código Civil, que assim deveria ter passado à condição de sede legal do instituto, o que, contudo, não veio a acontecer. Os consórcios continuam a existir sob a égide da Lei de Sociedades por Ações, apesar de esta lei estar agora vocacionada a ser lei especial, aplicável às sociedades anônimas, sendo certo, por outro lado, que o consórcio não é sociedade anônima, nem modalidade de sociedade anônima, nem ainda espécie de associação privativa das sociedades anônimas.

Não há, nessa estranha circunstância, se não demonstração evidente da insegu-

rança sistemática do Código Civil. Nada obsta a que os consórcios continuem a se filiar aos preceitos da Lei de Sociedades por Ações, que é, por assim dizer, sua *lex generalis*, uma vez que (a) o Código Civil, conquanto destinado a constituir lei geral das sociedades comerciais e de todos os institutos conexos, na realidade não possui hierarquia normativa formalmente superior às leis ditas especiais e (b) o Código Civil, no que concerne à Lei de Sociedades por Ações, opera a derrogação tão-somente daqueles preceitos desta última quando se verificar mútua incompatibilidade ou quando o Código, como lei nova, regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º). Não tendo havido revogação da Lei de Sociedades por Ações por força do Código Civil, nem na íntegra, nem em parte, resulta claro que continuam em vigor os arts. 278 e 279 daquela lei, que assim permanecem como a sede legal do instituto do consórcio no direito brasileiro.

Tipicidade do consórcio

O que significa ser a sede legal do instituto? Quem passe os olhos por esses dois preceitos da Lei de Sociedades por Ações haverá de dar-se conta de que contêm eles um tipo contratual, especificando os requisitos e condições para que se reconheça a figura do consórcio, com suas implicações e conseqüências de direito. Parece hoje inquestionável a natureza convencional do consórcio. Igualmente, já não se discute sobre a ausência, no consórcio, dos elementos materiais e formais necessários à categorização de pessoa jurídica, tanto que a lei expressamente declara que o consórcio não tem personalidade jurídica (art. 278, § 1º).

Não há cogitar, evidentemente, da equiparação do consórcio às sociedades comerciais ou empresárias, inclusive porque, na disciplina do Código Civil, estas devem constituir-se segundo um dos *tipos* regulados nos arts. 1.039 a 1.092 (art. 983 do Código Civil). Na codificação consagra-se, pois, o princípio da tipicidade das sociedades. Mesmo que se queira reconhecer aos consórcios os mesmos fundamentos comuns a toda e qualquer sociedade, tais como estabelecidos pelo art. 981 do Código Civil, afirma-se com certeza, de outro lado, que os consórcios não são nem podem ser sociedades empresárias, pois a tanto se opõe a norma do já citado art. 983.

Mas, a tipicidade, requerida das sociedades empresárias como *condicio juris* de sua própria existência, não é atributo indeclinável de todos os contratos, nem, tampouco, pode ser entendida como regra absoluta no direito contratual. Dispõe o art. 425 do Código Civil no sentido de que seja lícito às partes estipular *contratos atípicos*, observadas as normas gerais fixadas no próprio Código. Impõe-se determinar, no caso dos consórcios, a possibilidade jurídica de variantes ao modelo legal instituído pelos arts. 278 e 279 da Lei de Sociedades por Ações. Em outras palavras, a admissibilidade de *consórcios atípicos*.

Tal investigação deve partir da própria constituição do consórcio, que se dá mediante *contrato*, como o diz o art. 279, cujos oito incisos discriminam seu conteúdo necessário. Esse contrato produz efeitos entre as partes contratantes, mas inegavelmente também perante terceiros, de tal modo que se podem dividir as conseqüências jurídicas de uma eventual atipicidade segundo os interesses que atinge ou é suscetível de atingir: os interesses internos, dos próprios consorciados entre si, e os interesses externos, especialmente dos credores em sentido lato. Mas essa separação conflui, em muitos pontos, para intersecções inevitáveis.

Assim, por exemplo, a limitação do objeto do consórcio (*execução de determinado empreendimento*, segundo o *caput* do art. 278) e seu prazo (art. 279, III) apontam claramente para uma associação empresarial de caráter temporário e uninegocial. Executar determinado empreendimento, nos termos legais, vem a ser execu-

tar um só empreendimento, o que se diferencia de exercer uma *determinada atividade* — e nesse particular a terminologia e o sistema da Lei de Sociedades por Ações pareciam rigorosamente coerentes e plenamente inteligíveis, na medida em que permitiam distinguir nitidamente o consórcio (destinado à execução de determinado empreendimento, art. 278) e a sociedade (tendo por objeto o exercício da empresa, ou seja, de atividade, art. 2º).

A infelicidade verbal do Código Civil, que na verdade trai patente confusão de conceitos já consagrados em nossa experiência, veio a permitir que a atividade econômica da sociedade possa restringir-se à realização de *um ou mais negócios determinados* (art. 981, parágrafo único). É pelo menos estranha a redução da *atividade* a um só negócio determinado, como possibilita o novo texto codificado, o qual, de toda forma, só vem a obscurecer a diferenciação clara entre sociedade e consórcio, que vinha da Lei de Sociedades por Ações. Agora, já na vigência do Código, caberá ao intérprete e aplicador da lei definir, a cada caso, se uma entidade uninegocial deve se caracterizar juridicamente como consórcio, segundo os arts. 278 e 279 da Lei de Sociedades por Ações, ou se, ao contrário, haverá de se qualificar como sociedade, a teor do parágrafo único do art. 981 da lei nova. Nessa última hipótese, como bem se pode perceber, as dificuldades decorrentes da imprecisão do Código são evidentes, inclusive porque o texto codificado não apenas despreza a prática anterior e o próprio sistema da lei antiga, como também introduz problemas onde não havia, em prejuízo da segurança da ordem jurídica e da certeza dos direitos. Em suma, o Código Civil, sobre não tratar do consórcio, como devia, ainda veio a lançar dúvidas sobre a disciplina existente, que era clara.

Se, no entanto, o consórcio acaba por se dedicar a vários empreendimentos com indeterminação temporal, o modelo legal se compromete e desfigura, podendo então se falar em sociedade irregular ou de fato, alterando-se conseqüentemente os limites das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada. A responsabilidade individual de cada qual, sem presunção de solidariedade, decorre do § 1º do art. 278 e pressupõe a contratação do consórcio com plena adesão ao tipo legislado.

Registro Público

Em favor da tipicidade do consórcio segundo o modelo previsto e regulado na Lei de Sociedades por Ações são as disposições legais e regulamentares concernentes ao Registro Público. De acordo com aquela lei, o contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada (parágrafo único do art. 279).

A Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins, inclui, dentre os documentos a serem arquivados, os atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. O regulamento dessa lei, baixado com o Decreto 1.800, de 30 de janeiro de 1996, reitera e confirma o conceito de consórcio sujeito a registro, afirmando que será aquele de que trata a Lei de Sociedades por Ações (art. 7º, inciso I, alínea *a*).

Na medida, portanto, em que se considere condição da regularidade do consórcio o registro de seus atos de constituição e de suas respectivas alterações, percebe-se que esse mesmo registro, como preceitua a legislação própria, não pode se dar se não relativamente àqueles atos e documentos referentes ao tipo consorcial definido na Lei de Sociedades por Ações. Não se registrará, pois, outro consórcio, nem se admitirão a registro modalidades contratuais desviantes do tipo legal.

O registro entende-se imprescindível, por outro lado, para fixar, nas relações externas do consórcio e na determinação das obrigações e responsabilidades das socie-

dades consorciadas, os respectivos limites, afastando, por exemplo, a eventual argüição de que as partes devam arcar com o alcance das responsabilidades derivadas de alegada configuração de sociedade irregular ou de fato. Essa era a preocupação dominante, antes do advento da Lei de Sociedades por Ações atualmente em vigor, que, entretanto, subsiste, nas palavras de Mauro Rodrigues Penteado, caso o contrato de consórcio não seja levado a registro, hipótese em que a presunção de inexistência de solidariedade entre as consorciadas, bem como as regras especiais sobre os efeitos da falência não aproveitam às partes (cf. Mauro Rodrigues Penteado, *Consórcios de Empresas*, São Paulo, Pioneira, 1979, p. 154).

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 mão comum, art. 990). É exatamente essa responsabilidade solidária e ilimitada das consorciadas que se elide no consórcio, devidamente constituído e dado à regular publicidade mediante o registro, não se podendo falar em obrigações sociais, como se houvesse sociedade, no instituto consorcial. A este aplicam-se, especificamente, as regras constantes dos §§ 1º e 2º do art. 278 da Lei de Sociedades por Ações, em oposição à norma do referido art. 990 do Código Civil.

Pouco importa que o registro em questão não tenha eficácia constitutiva, no sentido da personificação do consórcio (que inexiste) ou da separação patrimonial entre consórcio e sociedades consorciadas (que igualmente não há). O registro de que se cuida reveste-se de eficácia probatória, fixando o regime patrimonial e obrigacional aplicável ao instituto do consórcio e às sociedades contratantes. Converte-se dito registro, além disso, em condição formal indispensável à regularidade jurídica do consórcio, quer no tocante às relações que se passam internamente, quer no tocante àquelas outras relações que devam ser oponíveis a terceiros, no plano externo. No direito brasileiro, o registro em questão não se limita, portanto, a cumprir função meramente declaratória, como parece suceder no direito italiano (cf. Giuseppe Ferri, v. "Consorzio (teoria gen.)", in *Enciclopedia del Diritto*, IX, p. 380). O registro assume, entre nós, o lugar de requisito de eficácia do negócio jurídico.

Para usar da expressão de Antônio Junqueira de Azevedo, tratar-se-ia, na espécie, de um daqueles *fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico — Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 57).

Nessa última acepção, o registro possui eficácia constitutiva própria, não implicando em criação de personalidade jurídica nem em separação patrimonial, mas operando como aperfeiçoamento do contrato de consórcio e como condição a que o contrato produza os efeitos que a lei lhe confere. Autoriza e ampara esse entendimento o já referido parágrafo único do art. 279, à vista do qual se pode afirmar não se reconhecer como consórcio, para todos os efeitos legais, se não aquele que, obedecidos os requisitos dos arts. 278 e 279, tem seus atos constitutivos registrados consoante a legislação própria.

Nesse particular, a Lei do Petróleo distingue entre o *compromisso de constituição de consórcio*, subscrito pelas sociedades consorciadas, exigível nas licitações para outorga de contratos de concessão, e o *instrumento constitutivo do consórcio*, propriamente dito, exigível do consórcio vencedor da licitação (art. 38, I e V). Dispensa-se o registro do primeiro, mas será de rigor o registro do segundo, como dispõe a Lei do Petróleo, *na forma do dispos-*

to do parágrafo único do art. 279 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Em conclusão

Muito embora se trate inequivocamente de contrato, e não obstante o novo Código Civil admita expressamente a atipicidade contratual, o consórcio, no direito brasileiro, para valer como tal, deve se conformar ao tipo legal, traçado pelos arts. 278 e 279 da vigente Lei de Sociedades por Ações. Não se pode falar de consórcios atípicos, irregulares ou de qualquer maneira desviantes do tipo prescrito na lei. Para a produção de seus efeitos, o contrato se subordina a registro, o qual, por sua vez, somente pode ser feito relativamente a consórcios constituídos nos termos daqueles dispositivos da Lei de Sociedades por Ações. Em resposta à questão de início formulada, essas são as normas gerais aplicáveis ao instituto, constituindo sua sede legal.

Brasília, 16 de dezembro de 2002.