# Atualidades

# OS CONSÓRCIOS DE EMPRESAS E SEUS RISCOS JURÍDICOS

João Luiz Coelho da Rocha

A – A moderna tendência consorcial. B – O balizamento jurídico dos consórcios. C – O risco da sociedade irregular. D – Os riscos do consórcio sob o Código do Consumidor. Conclusão.

#### A - A moderna tendência consorcial

Fica muito nítida para qualquer observador essa inefreável tendência da economia no último decênio do século em aglomerar capitais e investimentos diversos em segmentos de grande dimensão.

A pauta desestatizante tem se aliado à universalização dos vetores econômicos, e nesta toada se buscam os instrumentos jurídicos hábeis a refletir, com a indispensável segurança e a desejada maleabilidade, aquela agregação de investidores vários em projetos de maxi porte.

Como é sabido, a estrutura sedimentada da sociedade comercial própria, ainda que na sua forma mais evoluída, que é a das companhias, nem sempre parece atender à flexibilidade tão pretendida nesses empreendimentos.

Tantas e quantas razões, de economia interna, de macro estratégia empresarial, ou até de ordem tributária (planejamento fiscal), muitas vezes recomendam a não agregação do investimento sob forma de uma sociedade comum, nem mesmo via empresa holding.

Nesse contexto, temos, na ordem jurídica brasileira, metamorfoseado o amplo conceito anglo-saxão da *joint venture*, procurando fixar os termos dessas parceirizações modernas preferencialmente sob a estrutura e as normas dos consórcios empresariais.

#### B - O balizamento jurídico dos consórcios

Acontece que é reconhecidamente escasso o trato legislativo no Brasil sobre os consórcios. Os dispositivos mais orgânicos que temos são apenas aqueles dos arts. 279 e 281 da Lei 6.404/76, e que já surgiram com atraso na esteira da prática consorcial no país, e com muito atraso em relação às elaborações doutrinária e legislativa de outras ordens.

A partir daí, em vários diapasões legislativos surgem uma e outra determinação relativa à aplicação de tais e quais normas à estrutura consorcial.

Só como ilustração percebe-se que as autoridades fiscais sempre buscando mais rigor no controle de pagadores e recebedores de receitas, exigem a inscrição no Cadastro de Pessoas Jurídicas (IN 105/84) de cada consórcio, que efetivamente opere economicamente, apesar de, contradição em termos, não terem os consórcios, no Brasil, personalidade jurídica, por definição legal.

Temos de outro lado, como superada a objeção inicial que parte da doutrina (Fábio Konder Comparato, Ensaios e Pareceres de Direito Comercial, 1ª ed., Rio, Forense, 1978, p. 233 e Fran Martins, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, v. 3, Rio, Forense, 1985, p. 481) fez à formação de consórcios contendo sociedade não anônima, pois que se vê admitido na prática intensa, e não rejeitado pela jurisprudência, o advento das sociedades por quotas adjuntadas às anônimas em certos consórcios.

Em obra mais recente, José E. Tavares Borba (*Direito So*cietário, 2ª ed., Freitas Bastos, 1995, p. 444) já afirma pela possibilidade de consorciação de "quaisquer sociedades", como realmente tem sido a experiência dos últimos modelos conhecidos.

## C - O risco da sociedade irregular

Alguns problemas e perigos jurídicos da moldagem dos negócios em consórcios acontecem aí na razão desse tênue, escasso, ainda imberbe arcabouço regulador da ordem jurídica brasileira.

Por uma rarefação de balizamentos, muitos assumem que só são admissíveis consórcios de empresas se bem caracterizado e definido no seu contrato constitutivo o objeto próprio, que há de ser certo e caracterizado no tempo e no espaço.

Bem dizendo, diante dos alegados princípios legais, um tanto genéricos, da Lei 6.404, não caberia um consórcio para a realização de serviços de pesquisa em aberto para a indústria petrolífera, p. ex., ou um consórcio para oferecimento, no mercado, de obras de engenharia civil em geral.

Para bem capitular e configurar-se certo o consórcio haveria que se definir seu objeto como limitado a tais e quais (identificados) serviços de pesquisa para a indústria de petróleo, ou a uma (ou algumas) tais e quais obras de engenharia para tais e quais clientes.

A indeterminação relativa, pois, a mera concessão, em aberto, de um objetivo geral para aquele consórcio, retirar-lhe-ia a qualidade como tal.

E pior, carrearia aquele agregado para o perigoso campo das sociedades irregulares (art. 305 do Código Comercial) configuradas então pelos negócios comuns entre partes não formalmente associadas sob nenhum dos moldes legais admitidos.

Mauro Brandão Lopes, na sua monografia A Sociedade em Conta de Participação (Saraiva, 1990, pp. 38 e ss.) já chamava a atenção para esse risco, ao mesmo tempo em que enfatizava as vantagens, em muitos casos, em se optar pela forma daquele modelo ancião, mas muito prático, previsto no Código Comercial (art. 326). De nossa parte também assim pensamos, conforme nosso artigo "Conta de participação, consórcio e parceria - Formas associativas não personalizadas", nesta RDM 105/ 37, sendo de reconhecer que talvez um certo preconceito cultural quanto à conformação do "sócio oculto" parece prejudicar o prestígio da conta de participação.

O receio da doutrina quanto àquela precariedade da seara consorcial, dependente que é no seu reconhecimento, de extrema e formal definição em seus termos, fica bem justificado por decisões relativamente recentes, como a do Primeiro Conselho de Constituintes do Ministério da Fazenda, no acórdão unânime da sua 1ª Câmara (DOU de 13.5.96, p. 8.157).

"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."

Extrai-se do acórdão, lição de Pontes de Miranda:

"O consócio supõe a com-sorte, o pôrse em comum a sorte de duas ou mais empresas. O elemento consorcial resulta de ligação negocial no tocante a determinada atividade econômica, ou atividades econômicas conexas. Hão de existir disciplina e organização que permitam a comunidade no tratamento dos interesses e nos resultados. (...) O consórcio é, necessariamente, negócio jurídico causal. Tem de haver referência à mesma atividade econômica ou a atividade econômica conexa, para que resultem a função comum e o interesse comum. Quando há exigência de mesmidade ou de conexidade do que se há de prestar, a acusa aparece, para que a consortilidade possa existir. (...) A empresa consorciada pode ser pessoa jurídica ou pessoa física. O que é essencial é que haja mesmidade ou conexidade de atividade das empresas. Bem assim, que o laço consórtil não retire a independência das empresas que se consorcial (...) Cumpre prestar atenção a que o consórcio não tem finalidade de lucro, mas sim de lucros dos consorciados."

A correta montagem do instrumento contratual, observadas as estritas e contidas definições do objeto do empreendimento, tal como acima, assim como o seu devido registro na Junta Comercial, acabam se mostrando como elementos de extremo cuidado e rigorosa abrangência, a bem do próprio interesse das empresas consorciadas.

### D – Os riscos do consórcio sob o Código do Consumidor

Há um outro fator de complicação muito grave, para os consórcios, contido no art. 28, § 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Sim, estamos aí nos domínios das relações de consumo, mas é de se ver que a jurisprudência anda extensiva em sua visão do que se integra dentro desse relacionamento, vis a vis o art. 2º da Lei 8.078.

"Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Na obra Contratos no Código de Defesa do Consumidor (3ª ed., Ed. RT, 1998, p. 150) a Dra. Cláudia Lima Marques explica: "Portanto, em princípio, estão submetidas às regras do código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional, e entre o fornecedor e consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional e seja este consumidor pessoa física ou jurídica".

Não cabe, por óbvio, alongar essa questão aqui, ficando claro que é bem ampla a incidência da Lei 8.078 e suas regras de rigor nas relações contratuais, desde que não esteja o adquirente dos bens ou dos serviços atuando, e os adquirindo, no escopo profissional de suas atividades lucrativas, mas como manifestação simples da cidadania de consumo.

Ora, sabe-se o quão rigorosa veio a ser aquela lei no trato das relações de consumo, consagrando inclusive de modo expresso – e da maneira mais abrangente contemplada em toda a ordem jurídica brasileira – o princípio da desconsideração ou despersonalização da pessoa jurídica (art. 28, caput).

É de se ver bem: a simples existência do prejuízo do consumidor ("em detrimento de consumidor") já é requisito suficiente nos termos daquela lei (Thereza Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, 2ª ed., Ed. RT, 1995, p. 181) a permitir a desconsideração da pessoa jurídica, ensejando, assim, arrastem-se seus controladores para a responsabilização devida.

A severidade do art. 28 da Lei 8.078 é tamanha que, para descartar a personalidade jurídica e atingir-se seus sócios, não apenas as hipóteses culposas (em sentido amplo) como abuso de direito, excesso ou desvio de poder, infração legal ou estatutária, ato ilícito, enfim, são admitidas, mas até hipóteses de mero risco como a má gestão que provoque "falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica".

Assim, chama a atenção a Dra. Flávia Lefréve Guimarães, na excelente monografia Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor (Max Limonad, 1998, p. 72): "Vale notar que nesta hipótese a desconsideração da pessoa jurídica acontece independentemente de se configurar fraude ou abuso de direito, o que, mais uma vez, representa inovação no que tange à disregard doctrine".

Na obra seminal Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto (5ª ed., Forense Universitária, 1997, p. 195) Zelmo Denari também esclarece sobre o dispositivo: "o texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a confirmação da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor em razão da sua administração, pura e simplesmente, encerrar suas atividades como pessoa jurídica".

Pois bem. O supra referido § 3º daquele art. 28 declara que "as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código".

O que se segue pois é que em qualquer consórcio que atue em relações de consumo, comerciando produtos ou serviços ao público em geral, cada um de seus membros, de suas sociedades componentes, ainda que não ligado, nos termos do ato consorcial, à gestão do negócio, estará (a) se obrigando solidariamente por quaisquer prejuízos a consumidores causados pelo consorciado gestor (b) assim chamado a responder até em certos casos onde aquele consorciado sequer agiu culposamente (c) conduzindo igual responsabilização a seus (do consorciado) sócios ou acionistas diante do princípio da desconsideração naquela lei expresso.

São muito radicais e extensas pois as possíveis sequelas de responsabilização legal que se aplicam à empresa consorciada e a seus sócios ou acionistas, sempre que relações envolvendo consumidores se acharem na pauta do consórcio.

Veja-se, por contraste, que o trato da Lei 8.078 é tão severo quanto aos consórcios que os grupos societários e as sociedades controladoras respondem, subsidiariamente, por aquelas obrigações legais decorrentes, mas o fazem apenas subsidiariamente, nos termos da lei.

Ao contrário da hipótese do consórcio, portanto, se uma sociedade participa do empreendimento, ainda que como controladora, só entra no circuito da responsabilização pela demanda de consumo, em caráter suplementar à principal responsável, sua controlada.

E, enfim, se a sociedade não se agregar como consorciada, mas como sócia sem controle da empresa operadora, sua responsabilização dependerá de culpa sua, mesmo que, na hipótese, seu vínculo será solidário com a empresa operadora.

O relevante é que, só se houver culpa da própria empresa ela será chamada a responder, caso seja coligada acionariamente (ou por quotas) à empresa operadora.

Sobre esta hipótese de coligadas, ensina Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, naquela clássica obra acima (p. 197): "(...) o Código somente admite sua responsabilidade na ocorrência de culpa, vale dizer, em caráter excepcional, quando ficar demonstrado que participaram do evento danoso ou incorreram em vício de qualidade ou quantidade por negligência ou imprudência".

De toda forma, muito mais compatível (e empresarialmente consistente) será para a empresa saber-se vinculada apenas em função de eventual e possível falha sua, sem que seu mero aporte social como sócio da empresa que comercie ou preste serviços de consumo, já traga o peso de uma responsabilização que pode depender apenas de prejuízos causados ao consumidor, em alguns casos até independendo de culpa do comerciante ou prestador de serviços.

#### Conclusão

Na estruturação de empreendimentos conjuntos dentro dessas novas tendências

de parcerias industriais, comerciais ou mesmo na prestação de serviços, até de serviços públicos, deve-se pois levar na linha de conta as extremas complicações que podem derivar de uma formalização tão frágil quanto a do consórcio.

Quaisquer que sejam os apontes positivos de se escolher a mera consorciação, a nós nos parece mais seguro, nas considerações jurídicas a la longue, que se monte o interesse econômico participativo da empresa sob o molde de uma sociedade em conta de participação, se acaso não se optar pela formal agregação sob uma sociedade controlada ou coligada, seja ela por quotas ou anônima.