

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAPHAEL FLEURY ROCHA

**CONSÓRCIO DE EMPRESAS NA LEI 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE
1976**

**CURITIBA
2008**

RAPHAEL FLEURY ROCHA

CONSÓRCIO DE EMPRESAS NA LEI 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976

**Monografia apresentada à disciplina
Monografia como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Carlos Joaquim de
Oliveira Franco**

**CURITIBA
2008**

RESUMO

O presente trabalho versará sobre o Consórcio de Empresas na legislação brasileira, essa modalidade de concentração de empresas, que se atraem e se associam sem perder suas identidades, em caráter provisório, e com o intuito de realizarem um determinado objetivo. A regulamentação conferida pelos artigos 278 e 279 da Lei 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) será detalhadamente explorada pelo estudo dos principais doutrinadores comercialistas que produziram literatura à respeito do tema. Obviamente, como não poderia deixar de ser, serão trabalhadas, além do significado de cada disposição contida nos dois referidos artigos, seus incisos e parágrafos, também as principais características peculiares dos consórcios, tais como a ausência de personalidade jurídica e a não-presunção de solidariedade, bem como diferenciaremos esse instituto dos demais previstos legalmente e utilizados na prática, e apresentaremos as questões mais destacadas pela produção doutrinária, sempre no sentido de clarear bem a natureza do Consórcio de Empresas, objeto de nosso trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. CONCEITO.....	8
1.1. Natureza do Consórcio de Empresas.....	10
2. O CONSÓRCIO DE EMPRESAS NA LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976	12
3. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 278	15
3.1. Caput do artigo 278	15
3.2 Artigo 278, § 1º	17
3.3 Artigo 278, § 2º.....	20
4. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 279	22
4.1 Caput do artigo 279	22
4.2 Requisitos de Literalidade	24
4.2.1 Artigo 279, inciso I.....	25
4.2.2 Artigo 279, inciso II.....	27
4.2.3 Artigo 279, inciso III.....	27
4.2.4 Artigo 279, inciso IV	29
4.2.5 Artigo 279, inciso V	30
4.2.6 Artigo 279, inciso VI	32
4.2.7 Artigo 279, inciso VII	34
4.2.8 Artigo 279, inciso VIII	34
4.3 Artigo 279, parágrafo único – registro e publicidade.....	35
5. CLASSIFICAÇÃO DOS CONSÓRCIOS.....	37
5.1 Abertos / Fechados.....	37
5.2 Operacionais / Instrumentais	38
5.3 Quanto à Complexidade de Organização.....	38
6. DISTINÇÃO DO CONSÓRCIO EM RELAÇÃO A OUTROS MODELOS.....	40
6.1 Grupos de Sociedade	40
6.2 Sociedades de Propósito Específico – Consórcio e Administração Pública.....	41
6.3 Joint Ventures.....	42
7. CONSÓRCIO COMO INSTRUMENTO DE CARTELIZAÇÃO.....	44

8. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS	46
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUÇÃO

O cenário econômico atual se apresenta nitidamente marcado por uma tendência de integração de mercados e economias, com intenso acirramento de concorrências entre as empresas num contexto de competitividade sem limites. Para que, nesse ambiente agressivo instalado pelas leis do mercado, as empresas lutem pela sobrevivência, é indispensável que lancem mão de novos modelos de atuação estratégica. Esse panorama estimula uma prospecção de novas e maleáveis técnicas de associação, ou seja, fórmulas flexíveis de concentração provisória. E um dos modelos dotados de tais características, que certamente permite uma racionalização de esforços entre empresas, em que estas, reunidas, adquirem uma capacidade técnica impossível de se imaginar se isoladas, é o Consórcio de Empresas, esse meio solucionador de limitações das empresas. É assim que enxerga o consórcio MARIA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, “como uma válvula de escape a uma certa rigidez, que pode acarretar a constituição de sociedade por duas partes que pretendem realizar um empreendimento conjunto.”¹

O Consórcio de Empresas, visto de acordo com PATRÍCIA CARVALHO, é “uma situação em que as sociedades apenas se agregam uma às outras, “num plano horizontal, mantendo cada uma a sua peculiar estrutura jurídica. As empresas se unem sem prejuízo da intangibilidade da personalidade jurídica individual das empresas parceiras”² está disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 278 e 279 da Lei de Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Esses dois artigos, inclusive, consistirão o verdadeiro objeto de estudo do presente trabalho. Mas a lei de 1976 veio a sistematizar um modelo já amplamente disseminado nos usos empresariais brasileiros, visto que a legislação, de maneira fragmentada, já previa a utilização do consórcio. Exemplo disso é o reconhecimento da jurisprudência já em

1 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 411.

2 CARVALHO, Patrícia. **Joint venture: Uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 70.

1953, como nos apresenta RUBENS REQUIÃO, quando o Supremo Tribunal Federal definiu os contornos do instituto ao decidir sobre um consorciamento de empresas mineradoras, e o então ministro Mário Guimarães assim frisou: “um consórcio lícito, atribuição de determinadas funções a uma outra entidade, a fim de aumentar a produção e favorecer a todos os interessados, pelo menos presumidamente.”³ Logo, se constata que o consórcio no Brasil precedeu à legislação. Surgiu ligado à execução de obras pública, mas, de acordo com PEDRO PAULO CRISTÓFARO, não se restringiu a esse tipo de atividade: “Foi e é utilizado em outros setores da vida econômica, como a atividade bancária, o transporte coletivo, a publicidade e a fabricação de roupas e artigos de vestuário (para a utilização em comum de marca por diversos fabricantes ou comerciantes”.⁴

O que se conclui é que no momento da elaboração da Lei das Sociedades Anônimas o legislador vislumbrou a oportunidade de se efetivamente sistematizar o instituto Consórcio de Empresas, um modelo já amplamente adotado no Brasil, mas que carecia de um tratamento pontual na legislação. O referido diploma veio assim a regular o tema, e a própria justificativa na Exposição de Motivos do Projeto para a inclusão do tema reconhece que nada inovou sobre a matéria, reproduzindo apenas aquilo que já havia se consumado na prática e se disseminado na doutrina:

“Completando o quadro das várias formas associadas de sociedades. O Projeto, nos artigos 279 e 280 (atuais 278 e 279), 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

3 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007. p. 301.

4 CRISTÓFARO, Pedro Paulo. **Consórcio de sociedades**. *Apud* CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 399.

na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimentos.”⁵

Isto posto, conhecidas algumas razões para um maior estudo dos Consórcios de Empresas, passemos adiante a conhecer todos os detalhes relacionados ao instituto, tais como sua definição e natureza, sua classificações, comparações com demais modelos, peculiaridades que o caracterizam, etc., tudo isso sob a ótica dos mais variados autores de destaque na literatura jurídica especializada. Mas, sobretudo, o que realmente se consubstancia como principal foco do presente trabalho é uma atenta e minuciosa análise teórica das disposições que regulam a matéria de Consórcio de Empresas contidas na Lei de Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. É o que a seguir se apresenta.

⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 268.

1. CONCEITO

Pode-se definir o Consórcio de Empresas como uma união de empresas que se atraem num plano horizontal, porque vislumbram objetivos comuns, mas essencialmente mantêm suas respectivas estruturas jurídicas, ou seja, não constituem nova sociedade, bem como não prejudicam de maneira alguma suas próprias personalidades jurídicas individuais. PATRÍCIA CARVALHO bem define o Consórcio ao dar destaque à autonomia e unidade econômica de cada empresa:

“O Consórcio surge quando duas ou mais empresas se ligam para atender às necessidades ou interesses das partes pactuantes, mantendo a autonomia e unidade econômica de cada uma das empresas, principalmente no que diz respeito a terceiros que com elas negociem.”⁶

Assim, vê-se que é função do Consórcio permitir uma colaboração empresarial, mas sem que as consorciadas percam a sua personalidade jurídica. Para RUBENS REQUIÃO constitui o consórcio:

“(...)uma modalidade técnica de concentração de empresas. Através dele podem diversas empresas, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica para executar.”⁷

FRAN MARTINS destaca a complexidade de um contrato de Consórcio de Empresas. Cada sociedade mantém sua individualidade e o consórcio não constitui uma nova pessoa jurídica, mas é inegável a existência de algumas características de pessoa jurídica, como “um nome próprio e a participação efetiva de várias sociedades

⁶ CARVALHO, Patrícia. Obra citada. p.70.

⁷ REQUIÃO, Rubens. Obra citada. p. 300.

que visam à obtenção de bons resultados no empreendimento em que estão juntas(...)"⁸. As sociedades consorciadas se obrigam nas condições previstas no contrato que as une. Conseqüentemente, cada sociedade, conservando sua autonomia, responde pelas obrigações assumidas e, como será abordado mais especificamente na continuidade do presente trabalho, não há presunção de solidariedade entre as empresas consorciadas.

MODESTO CARVALHOSA define o Consórcio de Empresas com "uma comunhão de interesses e de atividades que atende a objetivos específicos e delas se destacam"⁹. Ainda MODESTO CARVALHOSA conceitua com importância às razões que levam as empresas a se organizarem em um consórcio. Tal atração se dá "(...)visando a agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades afins e complementares, pesquisas, ou capacitá-las a contratar com terceiros a execução de determinados serviços, obras, ou concessões."¹⁰ Utilizando uma definição que requer uma prévia distinção entre as características dos chamados "grupos de coordenação" em oposição aos "grupos de subordinação, que também adiante consistirá objeto de estudo de nosso trabalho, o professor MAURO RODRIGUES PENTEADO assim conceitua Consórcio de Empresas:

*"O consórcio é uma forma de concentração da administração, em relação de coordenação decorrente da comunhão parcial de interesses, comportando a união parcial ou secundária de duas ou mais empresas, com a persistência das células individuais."*¹¹

8 MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas: lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976** Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1978. p. 498.

9 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 386.

10 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 386.

11 PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de Empresas.** *Apud* CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 415.

Expostos os conceitos dos doutrinadores devidamente relacionados e ressalvadas as sutis distinções terminológicas utilizadas, conclui-se em linhas gerais que o Consórcio constitui uma associação de empresas, mantida a personalidade jurídica de cada uma, com a finalidade de conseguir um objetivo comum, e respeitadas condições assumidas por cada empresa pactuadas em âmbito contratual.

1.1. Natureza do Consórcio de Empresas

Como já anteriormente visto, o Consórcio de Empresas não é pessoa jurídica. O consórcio constitui um contrato associativo, sem personalidade jurídica. Ao tratar sobre a natureza do consórcio de empresas, PATRÍCIA CARVALHO assim dispõe: “Formam os consórcios centros autônomos de relações jurídicas entre as consorciadas, tendo cada uma delas função diversa e identificada quanto aos meios, recursos e aptidões.”¹² O que não difere muito das palavras utilizadas por MODESTO CARVALHOSA, quando se refere também à natureza do consórcio: “Representa este um centro autônomo de relações jurídicas internas, entre as sociedades consorciadas, e externas do consórcio com terceiros.”¹³ Se por um lado é desprovido de personalidade jurídica, por outro, em referência ao que pensa MODESTO CARVALHOSA, apresenta o consórcio personalidade judicial e negocial, expressas pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva. A capacidade judicial decorre do que prevê o art. 12, inciso VII¹⁴ do Código de Processo Civil Brasileiro, podendo o consórcio acionar e ser acionado. Os consórcios apresentam autonomia administrativa, cuja natureza não é

12 CARVALHO, Patrícia. Patrícia. Obra citada. p. 72.

13 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 386.

14 Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens.

orgânica, mas decorrente de disposição contratual, exercida seja por uma direção própria, seja pela consorciada líder. Assim, há um mandato para que o consórcio exerça sua capacidade negocial ou judicial junto à terceiros, e há delegação para que internamente a direção consorcial ou a sociedade líder delibere sobre matéria de administração. O poder de agir da direção do consórcio faz-se em nome das pessoas jurídicas que o compõem. Logo, de acordo com as palavras de MODESTO CARVALHOSA, “temos assim que o consórcio estabelece um contrato organizativo de atividades e de recursos que, embora sem personalidade jurídica formal, tem personalidade jurídico-processual e contratual.”¹⁵ Por fim, apresentam também os consórcios uma autonomia patrimonial, já que, durante todo o período de duração dos mesmos, os recursos atribuídos à administração pelas consorciadas constituem patrimônio que funcionalmente destaca-se destas. Porém, faz-se interessante a observação do mesmo MODESTO CARVALHOSA, quando classifica essa autonomia patrimonial como:

“(...)autonomia patrimonial instrumental com respeito aos recursos que lhe são aportados pelas consorciadas, a título de prestações previstas no contrato consorcial. Esse patrimônio, por não ser disponível livremente, constitui patrimônio apartado ou de destinação. Assim, a direção do consórcio ou a sociedade líder somente pode dele dispor para a consecução dos objetivos operacionais do consórcio, não tendo, portanto, sua livre disposição.”¹⁶

Desse modo, não há como se pensar em uma ingerência de cada empresa consorciada sobre esse patrimônio, afetado pelo consórcio durante todo o período da sua existência. Logo, por exemplo, credores particulares de uma determinada empresa consorciada não podem ter direito algum sobre esse patrimônio afetado por outros negócios que tenha sido celebrados fora do âmbito do consórcio.

15 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 386

16 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 386

2. O CONSÓRCIO DE EMPRESAS NA LEI Nº 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976

Como bem nos esclarece RUBENS REQUIÃO, o Consórcio de Empresas não está diretamente ligado ou derivado das sociedades por ações. Na verdade, o legislador vislumbrou à época uma oportunidade de regular o tema por ocasião do processo legislativo que se instalava, que resultou no diploma de 1976: “Daí o estudo que se faz do consórcio no capítulo das sociedades por ações, destacando-o na seção que examina a concentração econômica de empresas”¹⁷. A Lei de Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 procurou regular tal contrato associativo tendo em vista a já ampla utilização desse negócio jurídico para a consecução de empreendimentos que ultrapassam a capacidade empresarial de cada sociedade isolada. Isso quer dizer que “os consórcios preexistiram a sua sistematização pelo legislador de 1976.”¹⁸ Até a iniciativa do legislador que culminou com a disciplina do tema em 1976, havia no ordenamento jurídico brasileiro referências aos Consórcios de Empresas, porém completamente dispersas na legislação de Direito Administrativo e Penal, de abuso de poder econômico e outras mais¹⁹. O que se pode observar é que a Lei das Sociedades Anônimas em nenhum sentido inovou em matéria de consórcio. Nas palavras de PEDRO PAULO CRISTÓFARO, a nova lei:

17 REQUIÃO, Rubens. Obra citada. p. 303.

18 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 383.

19 Legislação esparsa anterior à Lei n. 6.404, de 1976: Temos, assim, exemplificativamente (em ordem cronológica): a) Legislação anterior à Lei n. 6.404/76: Lei n. 1.521 de 26-12-1951, que altera dispositivos da legislação vigente sobre Crimes contra a Economia Popular. Art. 3º. III; Lei n. 2.168 de 11-1-1954, que estabelece normas para a Instituição do Seguro Agrário, art. 5º, parágrafo único; Decreto n. 41.019, de 26-2-1957, que regulamenta os Serviços de Energia Elétrica. Art. 153; Lei n. 4.728, de 14-7-1965, que disciplina o Mercado de Capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, art. 15 e parágrafos; Decreto-Lei n. 227 de 28-2-1967, que dá nova redação ao Decreto-Lei n. 1.985 (Código de Minas), art. 86, incisos e parágrafos; Lei n. 6.189 de 16-12-1974, que altera as Leis n. 4.118 de 27-8-1962 e 5.740 de 1º-12-1971, que criaram, respectivamente, a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CBTN-NUCLEBRÁS, art. 2º, IV, h; Lei n. 6.194 de 19-12-74, que dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não (trata-se, nesse caso, de seguro obrigatório ou legal), art. 7º. Parágrafos 1º e 2

“Apenas sistematizou normas esparsas, deu caráter de generalidade ao que se regravava de maneira muito específica e ordenou, de modo mais orgânico e coerente, aquilo que, na realidade, já prevalecia na prática.”²⁰

Visto isso, dado o papel a que se prestou a Lei das Sociedades Anônimas, nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, qual seja o de sistematizar o tema Consórcio de Empresas, até por uma questão de facilitação didática, elegemos como objeto principal de estudo do presente trabalho uma análise do instituto sobretudo à luz de seu tratamento que lhe é conferido pela referida lei, muito embora os consórcios, mesmo após o advento da Lei, continuassem sendo objeto de normas esparsas em inúmeros diplomas, especialmente de legislação que trata da matéria sob o enfoque especial da atuação do Poder Público.²¹ Por essa razão, a partir daqui estudaremos a

20. CRISTÓFARO, Pedro Paulo. **Consórcio de sociedades**. Apud CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 383.

21 Legislação posterior à Lei n. 6.404/76: Decreto n. 84.557 de 12-3-1980, que regulamenta o Decreto-Lei n. 1.117 de 21-6-1971, que dispõe sobre o Aerolevantamento no Território Nacional, e dá outras providências, arts. 19, 28, caput e parágrafo 1º (com redação dada pelo Decreto 91.291 de 31-5-1985) e 30: Lei n. 7.492 de 16-6-1986, que define os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências (Lei do Colarinho Branco), arts. 1º, I, (que ampliou, para efeito de aplicação desta Lei, o conceito de instituição financeira dado pela Lei n. 4.595/64, art. 17, a ela equiparando a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcios, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros), e 8º: Lei n. 7.565 de 19-12-1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), arts. 192 e 302, III. d: Decreto n. 94.002 de 4-2-1987, que dispõe sobre a Concessão de Obra Pública, para Construção, Conservação e Exploração de Rodovias e Obras Rodoviária Federais, e dá outras providências, art. 3º, incisos e parágrafos: Decreto n. 95.247, de 17-11-1987, que regulamenta a Lei n. 7.418, de 16-12-1985, que instituiu o Vale-Transporte, com as alterações da Lei n. 7.619, de 30-9-1987, arts. 15, 16, 25 e 30: Decreto n. 110, de 3-5-1991, que promulga o acordo para a Construção de uma Ponte sobre o Rio Uruguai, entre as Cidades de São Borja e Santo Tomé, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina, arts. 1º e 5º: Decreto n. 598, de 8-7-1992, que delega Competência ao Ministro de Minas e Energia para a prática dos atos relacionados à Proteção do Serviço Público de Energia Elétrica, à Derivação de Águas e à Concessão de Lavra Mineral, art. 1º, I, g: Lei n. 8.666, de 21-6-1993, que regulamenta o art. 37, XXI da Constituição federal e institui normas para Licitações e Contratos da Administração Pública e dá outras providências, arts. 9º e incisos, 33, incisos e parágrafos: Decreto n. 952, de 7-10-1993, que dispõe sobre a Outorga de Permissão e Autorização para a Exploração de Serviços de Transporte Rodoviário Interestadual e Internacional de Passageiros e dá outras providências, art. 57: Decreto n. 1.070, de 2-3-1994, que regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.248 de 23-10-1991, que dispõe sobre Contratações de Bens e Serviços de Informática e Automação pela Administração Federal, nas condições que especifica, e dá outras providências, art. 6º, incisos e parágrafos: Lei n. 8.934, de 18-11-1994, regulamentada pelo Decreto n. 1.800, de 30-1-1996, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências, arts. 32, incisos e letras, e 41, I, c: Lei n. 8.987, de 13-2-1995, que dispõe sobre o Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal de 1988, e dá outras providências, arts. 2º e incisos, 18, 19, incisos e parágrafos, e 20: Lei n. 9.074, de 7-7-1995, que estabelece normas para Outorga e Prorrogações das Concessões e Permissões de Serviços Públicos e dá outras providências, arts. 11 e parágrafo único, e 21º parágrafo único: Decreto n. 1.800, de 30-1-1996, que regulamenta a Lei n. 8.934,

contribuição dos mais variados doutrinadores especializados no tema, abordando seus comentários sobre os artigos 278 e 279 e seus respectivos incisos e parágrafos.

de 18-11-1994, dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins e dá outras providências, art. 34: Decreto n. 1.910, de 21-5-1996, que dispõe sobre a Concessão e a Permissão de Serviços Desenvolvidos em Terminais Alfandegários de Uso Público, e dá outras providências, art. 7º: Decreto n. 2.003, de 10-9-1996, que regulamenta a Produção de Energia Elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências, arts. 2º e incisos e 8º: Decreto n. 2.056, de 4-11-1996, que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Celular, arts. 10, incisos e parágrafos, 11, XV, 12, parágrafo único, 18 e incisos e 20: Lei n. 9.430, de 27-12-1996, que dispõe sobre a Legislação Tributária Federal, as Contribuições para a Seguridade Social, o Processo Administrativo de Consulta e dá outras providências, art. 23, VII: Decreto n. 2.195, de 8-4-1997, que aprova o Regulamento de Serviço de Transporte de Sinais de Telecomunicações por Satélite, arts. 15, VIII, 21, caput e parágrafo único: Decreto n. 2.196, de 8-4-1997, que aprova o Regulamento de Serviços Especiais, arts. 12 e incisos, 18 e incisos: Decreto n. 2.197, de 8-4-1997, que aprova o Regulamento de Serviço Limitado, arts. 16, VIII, 22 e incisos e 24: Decreto n. 2.198, de 8-4-1997, que aprova o Regulamento de Serviços Público-Restritos, arts. 112 e incisos, 18 e incisos e 20, caput e parágrafo único: Decreto n. 2.206, de 14-4-1997, que aprova o Regulamento do Serviço de TV a Cabo, arts. 19 e incisos, 25 e incisos e 27.

3. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 278

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.

3.1. Caput do artigo 278

O *caput* do art. 278 afirma que “companhias e quaisquer outras sociedades(..)podem constituir consórcio(…)” Daí se extrai que a lei só permite a formação de consórcios com a participação de ao menos uma sociedade anônima. O que, na opinião de FRAN MARTINS, constitui falha do legislador, por não existir nenhum motivo que impossibilite a formação de consórcios sem a participação de uma sociedade anônima:

“sociedades não anônimas, principalmente sociedades por quotas, têm plena capacidade para constituir consórcio, como até o presente vem acontecendo. Melhor seria que a lei tivesse tratado o consórcio como a união de sociedades de modo geral e não

*apenas a união e sociedades que contem com a participação obrigatória de uma sociedade anônima ou companhia.*²²

Compartilha do mesmo pensamento o professor ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO quando afirma que não é preciso que o consórcio seja celebrado somente entre sociedades. Para ele não há motivo plausível para qualquer distinção entre empresários que pretendam celebrar um consórcio, sejam eles individuais ou coletivos. Por isso não há impedimento à celebração de consórcio entre empresários individuais ou entre estes e sociedades empresárias, o que está garantido pelo princípio constitucional da liberdade do exercício da atividade econômica:

*“(...) as disposições da lei societária não podem ser interpretadas com uma presunção de restrição implícita que o princípio constitucional da liberdade de exercício da atividade econômica repugna.”*²³

A segunda parte da redação do *caput* do artigo 278 declara que o consórcio é constituído para executar determinado empreendimento. Sabe-se naturalmente que é parte da essência de um contrato de consórcio ter por fim a execução de um empreendimento bem determinado, bem como seu caráter passageiro em oposição, por exemplo, ao grupo de sociedades, que não requer esse objeto certo e determinado, tão pouco se identifica com essa temporariedade típica do consórcio, apresentando sim um caráter permanente. Ocorre que, para FRAN MARTINS, tal orientação legislativa deve ser considerada com restrições. Segundo sua posição,

22 MARTINS, Fran. Obra citada. p. 486.

23 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade Anônima**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, v. 2, 2005. p.330.

“(...)nenhum inconveniente parece existir na constituição de um consórcio para a execução não apenas de um mas de vários empreendimentos, ou mesmo para, permanentemente, realizar certas operações, segundo já acentuou a doutrina.”²⁴

3.2 Artigo 278, § 1º

§ 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.

Para o professor RUBENS REQUIÃO, aqui se dá o grande mérito do legislador. Nada impede que sociedades comerciais se reúnam como sócias para formar uma nova sociedade com personalidade jurídica, o que evidentemente não configurará um consórcio. É sim, da natureza do Consórcio de Empresas, a ausência de nova personalidade jurídica. E é assim que a lei o consagrou:

“A lei deu guarida ao consórcio sem personificação jurídica. E fez bem, agindo assim. Temos para nós que se diversas sociedades conjugarem seus objetivos, para formar uma organização com personalidade jurídica, desnaturariam o consórcio, formando nada mais do que uma nova sociedade.”²⁵

A não-presunção de solidariedade prevista nesse parágrafo só afirma a autonomia das sociedades consorciadas. MODESTO CARVALHOSA afirma categoricamente que aqui “prevalece o princípio da limitação da responsabilidade de

²⁴ MARTINS, Fran. Obra citada. p. 488.

²⁵ REQUIÃO, Rubens. Obra citada. p. 302.

cada uma das consorciadas ao montante das obrigações assumidas no instrumento de contrato consorcial.”²⁶ Obviamente, tal orientação não significa que a solidariedade não possa ser pactuada no contrato consorcial, seja por espontânea vontade das consorciadas, seja por imperativos de ordem pública, em caso de consórcio vinculado à concorrência pública, por exemplo. É muito semelhante ao que escreve FRAN MARTINS, que enfatiza em sua produção doutrinária a possibilidade de se prever a solidariedade, desde que expressa contratualmente:

“Pelo fato de declarar a lei que não há presunção de solidariedade não se infira que a solidariedade não possa ser admitida contratualmente entre as partes. O que a lei deseja evitar é que, não se referindo à solidariedade entre as consorciadas, não se venha argüir essa solidariedade em virtude de estarem as sociedades ligadas por um contrato para a realização de um determinado empreendimento(...).”²⁷

Não obstante a opção adotada pelo legislador em excluir a presunção de solidariedade no contrato de consórcio de empresas, tal escolha também gerou críticas por parte da doutrina, como pode-se verificar na opinião de CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO, que analisa o assunto sob uma ótica de proteção a terceiros:

“(...)melhor teria sido seguir a orientação das legislações italiana e francesa, estabelecendo, como princípio, a solidariedade dos participantes pelos débitos e obrigações consórcio. Essa presunção seria mais eficaz na proteção dos direitos de terceiros e

26 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 404.

27 MARTINS, Fran. Obra citada. p. 489

também obrigaria os próprios sócios a uma escolha mais criteriosa dos parceiros.”²⁸

Exposta tal opinião, MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO nos lembra de outro aspecto relacionado à solidariedade, no que diz respeito à prática de ato ilícito:

“(...)Deve-se destacar, no entanto, que a regra da não presunção de solidariedade somente se aplica às relações contratuais. Diante da prática de um ato ilícito, respondem as consorciadas que tenham participado em qualquer grau da ação conjunta, solidariamente, perante terceiros.”²⁹

ELIANE MARIA OCTAVIANO MARTINS nos alerta que existem outras duas exceções à regra da não-presunção de solidariedade: “Perante a terceiros, por força do Código de Defesa do Consumidor, estas sociedades são solidariamente responsáveis. O mesmo se dá com relação à legislação trabalhista, tendo em vista o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho.”³⁰ No primeiro caso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28, parágrafo 3º³¹, prevê que as sociedades

28 BARRETO, Celso de Albuquerque. **Consórcio de Empresas**. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo**. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417.

29 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada. p. 417.

³⁰ MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Parcerias empresariais e competitividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4978>>. Acesso em: 02/10/2008.

³¹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

consociadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes das relações de consumo. Já com relação ao Direito do Trabalho, o art. 2º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis de Trabalho³² impõe a solidariedade entre as empresas para os efeitos da relação de emprego.

3.3 Artigo 278, § 2º

§ 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.

É com o intuito de prevenir qualquer responsabilidade dos parceiros que a lei determina que a falência de uma das consorciadas não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes, sendo que os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio. O fato de que no consórcio cada sociedade obriga-se apenas nos termos do estabelecido em contrato e responde somente de acordo com as obrigações assumidas, leva à consequência de que, havendo a falência de uma sociedade participante do consórcio, esse procedimento não se estende às outras, que continuarão a participar do consórcio, prosseguindo este com as mesmas. MODESTO CARVALHOSA afirma que “está aí claramente delineada a natureza de contrato

32 Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

plurilateral do consórcio, como típico negócio associativo que é.”³³. Em caso de o consórcio ser formado apenas por duas sociedades, como não há consórcio sem pluralidade de sociedades, por constituir esse mediante um contrato, falindo uma delas o consórcio se extinguirá. O professor MODESTO CARVALHOSA ainda ressalta a possibilidade de previsão convencional sobre uma eventual substituição:

“Se não houver previsão convencional sobre uma eventual substituição, ocorrerá efetivamente a extinção. Havendo a previsão, o consórcio com uma única sociedade subsistirá até o preenchimento da posição da falida por outra sociedade.”³⁴

A partir daí, os créditos que porventura a empresa consorciada falida tiver no consórcio serão apurados segundo o estabelecido no contrato e pago dessa forma. A declaração de falência de uma das consorciadas deve levar a uma alteração contratual. A lei não se refere expressamente sobre o assunto, mas FRAN MARTINS enfatiza que essa alteração contratual deve ser levada ao Registro de Comércio para a devida averbação “a fim de que a sociedade falida deixe de pertencer legalmente ao consórcio, o que, de fato, ocorre desde o momento em que sua falência é declarada”.

33 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 405.

34 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 405.

4. COMENTÁRIOS AO ARTIGO 279

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 administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o 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 arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

4.1 Caput do artigo 279

O *caput* do artigo 279 vem a regular a esfera de competência para a aprovação do contrato consorcial. O contrato de consórcio, revestido de certas formalidades, deverá ser aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente. Em se tratando de sociedades anônimas, o órgão competente para alienação dos bens do ativo permanente é o Conselho de

Administração, se houver e se o estatuto da empresa não dispuser o contrário. É o que estipula o art. 142, VIII³⁵ do presente diploma. Não possuindo a sociedade Conselho, então a matéria será de competência da Assembléia Geral, conforme o art. 121³⁶. Tal seria esta uma orientação derivada de uma interpretação literal do texto legal. MODESTO CARVALHOSA acusa uma falha na redação do inciso VIII do art. 142. Assim, não basta apenas que o estatuto da sociedade simplesmente não disponha o contrário, mas deve sim prever expressamente essa prerrogativa em seu estatuto outorgando poderes ao Conselho de Administração. Para ele, a mera omissão do estatuto não confere poderes ao Conselho. O mesmo autor assim destaca:

“(...)a prática em matéria de consórcios tem levado à exigência de sua aprovação pela Assembléia Geral, especialmente convocada e reunida para tal finalidade. (...) Será de toda a prudência que, nos consórcios que impliquem contribuição relevante da sociedade, seja levada a matéria à aprovação do conclave. E essa atribuição da assembléia geral é nata quando o estatuto omitir tal autorização ao Conselho.”³⁷

A competência para a elaboração das cláusulas do contrato é exclusiva da diretoria das sociedades envolvidas. Adiante, Conselho de Administração ou Assembléia Geral aprovarão ou rejeitarão os termos do contrato consorcial.

Já no caso das sociedades de pessoas, a aprovação do consórcio se dará conforme disposição de cada contrato social. Só haverá aprovação mediante alteração do contrato social se excepcionalmente este não prever poderes para os gerentes, que normalmente acumulam as funções de formulação das cláusulas do

35 Art. 142. Compete ao conselho de administração: VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros.

36 Art. 121. A assembléia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

37 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 413

contrato e também de sua aprovação naturalmente. Essa excepcional alteração se daria na forma do art. 999³⁸ do Código Civil Brasileiro de 2002. As sociedades limitadas devem obedecer ao disposto no (art. 1.076)³⁹ do Código Civil de 2002.

4.2 Requisitos de Literalidade

São os requisitos de literalidade as cláusulas necessárias à validade e à eficácia do contrato associativo de consórcio, que não poderão deixar de constar nesse contrato consorcial. Porém, é dominante na doutrina especializada a opinião de que tal literalidade apresenta-se incompleta, já que a enumeração das cláusulas literais previstas na presente norma é falha. Observa-se no tratamento legal uma grosseira omissão de matérias fundamentais do ajuste consorcial, “tais como regras de ingresso e saída de consorciadas: exclusão, causas de denúncia, rescisão e devolução: faculdade de retirada, procedimentos de liquidação, etc.⁴⁰. A respeito dessa literalidade falha, MODESTO CARVALHOSA opina de maneira ilustrativa destacando o erro cometido pelo legislador:

“E, por ter o legislador omitido diversas cláusulas que vem, prudentemente, constar do contrato associativo, pode-se entender

38 Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime. Parágrafo único. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.

39 Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1o do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas: I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071; II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

40 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 415.

que se trata de uma literalidade incompleta, no que respeita à configuração de um negócio consorcial. Com efeito, se os diretores das sociedades envolvidas ativerem-se apenas às cláusulas previstas na norma ora em estudo, o contrato consorcial será imperfeito, omissivo e, portanto, tendente a gerar conflitos entre as consorciadas.”⁴¹

4.2.1 Artigo 279, inciso I

I - a designação do consórcio, se houver;

O presente inciso indica a facultatividade da designação para a identificação do consórcio de empresas. Essa designação não deve ser semelhante a nenhuma outra existente, já que é por ela que o consórcio será reconhecido. A designação pode ser um nome de fantasia ou simplesmente a especificação do consórcio com a menção do fim a que se destina. A designação não será arquivada, por documento em separado, no Registro do Comércio, devendo apenas constar do contrato. Ocorre que a facultatividade da cláusula tem sido alvo de muita crítica pela maioria da doutrina. É dessa maneira que entende o professor ROMANO CRISTIANO, quando afirma, sobre a designação, o seguinte: “antes, é bom que a tenha, para facilitar o arquivamento na Junta Comercial.”⁴². MODESTO CARVALHOSA considera que consórcio sem designação não atende ao regime de conhecimento público de sua existência, e se posiciona ainda mais firme com relação à sua indispensabilidade: “O

⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 415

⁴² CRISTIANO, Romano. **A nova estrutura da sociedade anônima (Lei n. 6.404, de 15.12.1976)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 233.

legislador, numa infelicidade única, dá caráter facultativo a tal cláusula. Não obstante, não pode assim ser entendido, uma vez a que a função da designação é atender ao regime de publicidade do consórcio.”⁴³ Logo, a necessidade da designação é algo que resguarda os interesses de terceiros, de natureza contratual e extracontratual. É por essa razão que o Poder Público, cada vez que realiza uma concorrência, sempre exige a designação dos consórcios para nitidamente distinguí-los, e não aceita qualquer outra forma de identificação.

Para a formação da designação, ROMANO CRISTIANO nos ensina a maneira mais adequada, indicando os elementos que devem constar:

“A palavra consórcio, sem duvida, deve fazer parte dessa denominação. Outro elemento, a nosso ver, indispensável, é uma expressão qualquer que lhe confira a necessária particularidade. Aconselhamos, enfim, caso seja possível, a inclusão de palavras que indiquem de forma sumária o empreendimento, para permitir que as mesmas consorciadas venham a constituir novos consórcios, conservando em seu nome os mesmos dois elementos necessários.”⁴⁴

43 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 415-416.

44 CRISTIANO, Romano. Obra citada. p. 233.

4.2.2 Artigo 279, inciso II

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

A identificação do propósito específico do consórcio constitui a causa de sua celebração. Assim sendo, deve o contrato do consórcio especificar o empreendimento objeto do mesmo. A lei brasileira, em completa conformidade com a própria natureza do instituto, se orientou no sentido de que o consórcio é constituído para realizar apenas um empreendimento, que deve ser determinado e mencionado com detalhes para identificação: “Terá sempre o consórcio propósito específico ou único, não podendo abranger todas as atividades e objetivos das companhias consorciadas”⁴⁵, afirma o professor MODESTO CARVALHOSA.

4.2.3 Artigo 279, inciso III

III - a duração, endereço e foro;

Já que se trata da execução de apenas um empreendimento (como anteriormente visto), o contrato de consórcio será sempre por tempo limitado. É da sua natureza a não permanência, já que voltado à realização de empreendimento específico e único que, em determinado momento, será concluído. Nas palavras de MODESTO CARVALHOSA, “(...) está, assim, o consórcio vocacionado à sua extinção. Concluimos então que o prazo do consórcio, geralmente, coincide com o término do

45 CARVALHOSA, MODESTO. Obra citada. p. 416.

empreendimento”. MAURO RODRIGUES PENTEADO clareia muito bem essa idéia de duração do vínculo, prazo para o fim do consórcio e realização do empreendimento:

“O contrato poderá vincular a duração do consórcio à execução do empreendimento que tem por objetivo, refugindo, assim, a uma precisa delimitação temporal. Quando o prazo de duração do consórcio possa ser, de antemão, seguramente previsto, deve figurar no contrato, cabendo, nesse caso, adicionar-se regras a respeito da prorrogação do prazo contratual.”⁴⁶

A prévia fixação do endereço tem como função fixar o domicílio judicial e negocial do consórcio. Aqui, o legislador utilizou tal terminologia (endereço) com o intuito de deixar nítida a ausência de personalidade jurídica do consórcio, o que não aconteceria se tivesse proposto o termo “sede”, sendo este utilizado pelo Código Civil para se referir ao domicílio de pessoa jurídica. Tal cuidado de nada adiantaria, já que logo adiante, no parágrafo único, o legislador indica o registro no “lugar de sua sede”, como lembra novamente MAURO RODRIGUES PENTEADO. Passadas essas confusões, cabe ressaltar que a prática tem adotado a sede da sociedade líder, ou o endereço da administração autônoma do consórcio. Já o foro não se identifica com o endereço. Há liberdade para que as consorciadas convençionem um foro de eleição, que poderá normalmente não coincidir com a sede de uma delas. Existe ainda a possibilidade, em consórcios formados para executar obras públicas, de o Poder Público impor um determinado foro em edital de licitação. Outro aspecto importante no que se refere ao foro é bem lembrado por MODESTO CARVALHOSA: “O legislador, ao determinar o foro, reafirma a capacidade processual do consórcio e, assim, a sua personalidade processual.”⁴⁷.

46 PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de Empresas**. Apud CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 417.

47 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 418.

4.2.4 Artigo 279, inciso IV

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

Exatamente com o fim de compensar a ausência de presunção de solidariedade entre as consorciadas, a lei exige no contrato a definição bem clara da prestação individualizada que cada consorciada se obriga a trazer para a atividade consorcial. Isso significa dizer que não deve haver confusão de prestações de cada uma e muito menos pode ser admitida uma indefinição sobre elas. Desse modo, cada sociedade membro do consórcio responderá, perante aquele que contratou com o consórcio (contratante), pelas obrigações assumidas no contrato de constituição do consórcio, não podendo o contratante exigir das demais consorciadas o cumprimento de obrigações não cumpridas por aquela sociedade ou o ressarcimento de prejuízos que tal sociedade causou. Tal razão é bem justificada por MODESTO CARVALHOSA, que inclusive atenta para as conseqüências na relação interna entre as sociedade consorciadas:

“A razão dessa exigência é que, no caso de inadimplência do consórcio perante terceiros (...) possam estes também acionar diretamente a sociedade consorciada pelas prestações que deixou de trazer ou pelos atos ilícitos delas decorrentes. Também, essa definição de prestações aproveita aos próprios consorciados, nas

suas relações, na medida em que permite exigir o cumprimento das obrigações assumidas.”⁴⁸

FRAN MARTINS adjetiva o conteúdo do inciso em questão como “sem dúvida, a parte mais importante do contrato, pois fixa os encargos assumidos por cada sociedade e o modo de realizá-los.”⁴⁹ E segue,

“Naturalmente, deve essa parte ser suficientemente detalhada para que cada um dos participantes do consórcio possa executar aquilo que prometeu, fazendo jus, naturalmente, à compensação que haverá em função da realização dessas tarefas.”

4.2.5 Artigo 279, inciso V

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

É unânime na doutrina afirmar que tal conteúdo do contrato deve detalhadamente ser ajustado, já que envolve toda a estrutura econômica do consórcio. No presente inciso, o legislador quer tratar do recebimento de receitas e da partilha de resultados. É bom que se diga que estamos analisando duas situações bem diversas. Como nos ensina MODESTO CARVALHOSA, distribuição de resultados refere-se ao lucro, não tendo relação nenhuma com o recebimento de receitas. Estas últimas “(...)

48 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 418.

49 MARTINS, Fran. Obra citada. p. 498.

têm critério diverso. Assim, a consorciada que contribuiu com todos os recursos financeiros deverá ter a reposição desses custos em 100%.⁵⁰ O contrato de consórcio deve determinar claramente os direitos de recebimento de receitas que representem reposição de capitais, e não partilha de resultados (lucros). Já a questão dos lucros se dá de maneira diversa. A partilha não se faz na estrita proporção das contribuições financeiras de cada uma. Isso porque, na prática, as contribuições de cada consorciada para o consórcio serão diversas, em gênero e em relevância. É o caso das consorciadas com aptidão técnica que, apesar de não contribuírem substancialmente com recursos financeiros, atuam decisivamente para viabilizar o consórcio, e terão excepcional relevância na partilha de resultados.

Com uma opinião própria um tanto diferente da anterior, L. TEIXEIRA e T. GUERREIRO defendem que o consórcio em si não apura lucros, mas sim essa é uma atribuição conferida a cada consorciada individualmente:

“O consórcio, em regra, e tal como o conhecemos, não apura lucros. A receita obtida pelas entidades consorciadas no exercício das atividades a que se propuseram igualmente não é auferida pela entidade consorcial, mas sim atribuída a cada uma das sociedades integrantes, individualmente, de sorte que os resultados financeiros do empreendimento a ela pertencem.”⁵¹

Já MAURO RODRIGUES PENTEADO analisa essa disposição também sob a ótica dos terceiros, ou seja, daqueles que vierem a contratar com o consórcio. Para ele, tal definição no contrato exerceria papel preponderante a fim de consagrar maior segurança aos contratantes:

“Se é certo que o interesse direto na exata definição a respeito de quem tem legitimidade para receber os resultados assiste aos

50 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 418.

51 TEIXEIRA, L.; GUERREIRO, T. *Das sociedades anônimas*. Apud CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 419.

próprios consorciados, não é menos acertado afirmar que os terceiros, embora mediatamente, poderão ver-se em dificuldades na identificação do consorciado a quem devem pagar. Eis porque o contrato deve conter prescrições claras a respeito do recebimento das receitas, bem assim da partilha, entre os consorciados dos respectivos resultados, de molde a obviar as dúvidas de terceiros e dos consorciados entre si.”⁵²

4.2.6 Artigo 279, inciso VI

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

O presente inciso dispõe a respeito da administração e da representação no consórcio de empresas, concedendo ampla liberdade para sua formulação no contrato consorcial. A administração do consórcio poderá ser atribuída à consorciada líder ou a uma direção autônoma. Tem valor importantíssimo, já que estabelece o sistema de prestações das consorciadas e seu controle. Não fosse essa organização, impossível seria regular o pleno cumprimento das prestações convencionadas. Não obstante muito utilizada na prática, a instituição de uma taxa de administração é facultativa.

No tocante à representação, MODESTO CARVALHOSA anuncia que “sua explicitação no contrato associativo deve ser minuciosa, clara e exaustiva, a fim de se evitar eventuais conflitos entre as consorciadas e terceiros.”⁵³ A propósito, como ilustra

⁵² PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de empresas**. Apud CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 419-420.

⁵³ CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 420.

MAURO RODRIGUES PENTEADO, são muitas as observações da doutrina sobre os problemas enfrentados antes da promulgação da Lei das Sociedades Anônimas: “Assim pensamos porque tais requisitos, notadamente o relativo à representação, foram os que mais dúvidas causaram antes da promulgação da Lei 6.404/76.”⁵⁴ Na mesma esteira, encontramos a pertinente observação de LUÍS GASTÃO PAES E BARROS LEÃES:

“Os problemas operacionais enfrentados pelo consórcio seriam uma decorrência da precariedade da relação representativa, em comparação à representação orgânica, já que não tem ele um órgão comum.”⁵⁵

MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO esclarece que “muito embora o consórcio não tenha personalidade jurídica, não quer dizer que seus administradores não tenham os poderes de representação.”⁵⁶ É claro que essa representação não é de natureza orgânica, como das pessoas com personalidade jurídica, mas aqui teremos uma representação através de mandato, que poderá ser outorgado tanto em favor da sociedade líder, como à direção autônoma. De acordo com o professor MODESTO CARVALHOSA, tal mandato será negocial, o que concede ao representante poderes de contratar com terceiros, fazendo-o em nome do próprio consórcio, bem como judicial.

54 PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de Empresas**. Apud CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 420.

55 LEÃES, Luís Gastão Paes e Barros. **Sociedades coligadas e consórcios**. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada. p. 415.

56 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada. p. 415-416.

4.2.7 Artigo 279, inciso VII

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

O “peso” do voto ou o número de votos de cada consorciada em deliberação colegiada não deve ter, necessariamente, relação com os recursos materiais trazidos ao consórcio. Cabe sim ao contrato estipular, com ampla discricionariedade, sobre deliberação colegiada das consorciadas. Dessa maneira, o quorum deliberativo será livremente estabelecido por qualquer que seja o critério, dentro do contrato, que também estipulará os mecanismos de solução de eventuais impasses nas deliberações.

4.2.8 Artigo 279, inciso VIII

Necessária se faz a criação de um fundo comum, também chamado de fundo consórcil, apartado do patrimônio das consorciadas. Trata-se de um patrimônio separado, de responsabilidade da direção autônoma do consórcio ou da sociedade líder, indispensável a atender as despesas dos consórcios. Muito importante é destacar que tal fundo comum não mantém relação alguma com os direitos, as obrigações, menos ainda com o número de votos estipulados, de que tratam os demais incisos do presente artigo anteriormente estudados.

4.3 Artigo 279, parágrafo único – registro e publicidade

Parágrafo único. 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.

Esse inciso trata da função do registro do contrato de consórcio e sua publicação, bem como de suas alterações. Como bem destaca FRAN MARTINS, não apenas o contrato de consórcio, mas “qualquer alteração que o mesmo venha a sofrer deverá, também, ser arquivada, para os efeitos legais.”⁵⁷ O arquivamento e a publicação terão o efeito de atender ao regime de publicidade, indispensável para que se proteja direitos de terceiros e das consorciadas. Nessa esteira, o professor RUI BERFORD DIAS trata do arquivamento do contrato de consórcio como algo fundamental para que haja presunção de conhecimento de sua existência: “Ainda que não tenha o consórcio personalidade jurídica, o objetivo do arquivamento não é o de dar nascimento a uma pessoa jurídica, mas simplesmente o de gerar a presunção de conhecimento de sua existência.”⁵⁸ O objetivo principal do registro do contrato e sua publicação é o de afastar a presunção de solidariedade entre as empresas consorciadas, quer dizer, que esse consórcio não seja nunca confundido com uma sociedade de fato. É o que alerta MODESTO CARVALHOSA a respeito das consequências da ausência dessa publicidade:

“A falta de observância do regime de publicidade acarreta a responsabilidade ilimitada e solidária das consorciadas em todas

57 MARTINS, Fran. Obra citada. p. 499.

58 DIAS, Rui Beford. **Consórcio de empresas**. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada.

*as obrigações assumidas em nome do consórcio ou em nome próprio.*⁵⁹

O regime de arquivamento será o mesmo adotado para o das sociedades mercantis. O professor ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO nos ensina:

*“Uma vez celebrado, o contrato de consórcio e suas alterações devem ser arquivados na Junta Comercial do lugar se sua sede, que pode ser diversa da sede das empresas consorciadas. Além disso, deve ser extraída uma certidão de arquivamento para publicação na imprensa – no Diário Oficial e em jornal local de grande circulação(...).”*⁶⁰

O contrato consorcial passará a produzir efeitos internamente, ou seja, entre as consorciadas, já a partir de sua celebração. Externamente, quer dizer, perante terceiros, o consórcio só se tornará eficaz com a publicação do arquivamento.

59 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. p. 422.

60 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Obra citada. p. 331.

5. CLASSIFICAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

5.1 Abertos / Fechados

Existem vários critérios de classificação dos consórcios de empresas, que nasceram a partir da observação de situações práticas e passaram a ser sempre abordados pela doutrina nos estudos sobre o tema. Esse estudo é provido de uma utilidade meramente didática, o que nos leva a um tratamento superficial no presente trabalho. Sendo assim, selecionamos apenas os três critérios de classificação mais citados pela doutrina. Consórcios podem ser classificados como abertos ou fechados, conforme venham a admitir ou não o ingresso de novos participantes no decorrer do prazo de sua duração. Abertos serão os consórcios que admitem a entrada de nova(s) sociedade(s) no decorrer da vigência do contrato. Ao contrário, os consórcios fechados não permitirão tal hipótese. Ocorre que no contrato consorcial devem estar expostas claramente as possibilidades de ingresso, bem como os requisitos que a sociedade ingressante deverá preencher e se submeter. Esses requisitos serão de caráter subjetivo ou objetivo, ou, como nos explica MODESTO CARVALHOSA,

“(...)intuitu personae ou intuitu rei, No primeiro caso, poderão os atuais consorciados vetar o ingresso de outros por razões subjetivas. No segundo, o veto somente poderá ocorrer por razões objetivas, como falta de preenchimento de requisitos técnicos previstos no contrato e consórcio.”⁶¹

Para PATRÍCIA CARVALHO, essa previsão contratual justifica-se naturalmente, “pois a parceria é constituída com parceiros certos, os quais possuem

61 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 392.

competências determinadas, não sendo permitida, na maioria dos casos, a entrada indiscriminada.”⁶²

5.2 Operacionais / Instrumentais

A segunda classificação dos consórcios trabalhada pela doutrina é a que os distingue em consórcios operacionais e consórcios instrumentais. Operacionais são denominados os consórcios que agrupam as aptidões e os recursos das consorciadas com a finalidade específica de desenvolver um projeto próprio, para a execução de um empreendimento empresarial comum. Contrapõem-se a estes os consórcios instrumentais, destinados a permitir a celebração de contratos com terceiros. Assim, duas ou mais sociedades formam um consórcio que servirá de meio para, por exemplo, participar de uma licitação pública. Caso o consórcio vença a licitação, se extinguirá, e imediatamente uma Sociedade de Propósito Específico será criada em seu lugar. Esta, com o capital formado pelas mesmas antigas consorciadas, celebrará o contrato com o órgão público (tal procedimento será estudado adiante com maior riqueza de detalhes).

5.3 Quanto à Complexidade de Organização

Nessa classificação, os consórcios são caracterizados como de primeiro, segundo ou terceiro grau. Os consórcios de primeiro grau são aqueles que se desenvolvem sem uma direção ou organização que centralize as suas atividades.

⁶² CARVALHO, Patrícia. Obra citada. p. 73.

Geralmente não interessa a exposição resultante da direção que evidencia o verdadeiro motivo da formação do consórcio. É o típico caso dos consórcios que têm por objetivo desenvolver práticas anticoncorrentiais, conhecidos como consórcios de cartelização, adiante analisados. Já os consórcios de segundo grau apresentam uma direção única estabelecida no contrato, através simplesmente de um escritório de coordenação, este sem personalidade jurídica. Por fim, temos os consórcios de terceiro grau, que atribuem a uma das empresas consorciadas as funções de direção e representação junto a terceiros e mais, internamente, em relação às atividades em comum que serão realizadas. É o que acontece geralmente nas concorrências públicas, em que os editais exigem a indicação de uma das consorciadas que representará as demais e responderá ao Poder Público pelos atos e obrigações assumidas pelo consórcio.

6. DISTINÇÃO DO CONSÓRCIO EM RELAÇÃO A OUTROS MODELOS

6.1 Grupos de Sociedade

Torna-se muito pertinente o estudo da diferenciação entre consórcio de empresas e grupo de sociedades à medida que contribui para uma compreensão mais nítida do conceito e da natureza do consórcio de empresas, objeto do presente trabalho. Da mesma maneira que os consórcios, destaca FRAN MARTINS, os grupos de sociedades “(...)representam uma concentração de empresas para a realização de determinado objeto”, e também receberam regulamentação na Lei de Sociedades Anônimas, matéria disposta a partir do art. 265. Mas o grupo de sociedade pode ser entendido como um negócio jurídico de objeto permanente com o aproveitamento de recursos e de atividades empresariais visando a favorecer o grupo como um todo. Assim, ao contrário do consórcio, que tem por fim a execução de um empreendimento bem determinado, o grupo destina-se substancialmente a melhorar o exercício das atividades de cada membro através de um plano geral, sendo da sua natureza esse caráter permanente. Outra distinção fundamental lembrada por ROMANO CRISTIANO é o fato de que, diferentemente do caso do consórcio, em que seus membros contratam em pé de igualdade, “no grupo há sempre uma empresa que manda nas demais”⁶³. Isso nos remete à clássica diferença entre os chamados grupos de coordenação em relação aos grupos de subordinação. Já ressaltava o inigualável PONTES DE MIRANDA:

“O consórcio é um grupo de coordenação ao passo que os grupos de sociedades são grupos de subordinação.”⁶⁴

63 CRISTIANO, Romano. Obra citada. p. 233.

64 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Apud RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada. p. 411

Em resumo, por contratarem em pé de igualdade, não estão as sociedades consorciadas submetidas a uma direção que se superpõe às administrações de cada uma tal qual ocorre nos grupos, onde há previsão legal da necessidade de uma sociedade controladora e de sociedades controladas subordinadas à vontade daquela.

6.2 Sociedades de Propósito Específico – Consórcio e Administração Pública

Muito utilizada nos Estado Unidos da América, foi recentemente introduzida na prática de negócios no Brasil, e hoje é largamente utilizada para contratar obras, serviços, fornecimentos e concessões com o Poder Público. A Lei nº 9.074, de 1995, atual lei que regula as concessões de serviços públicos, autoriza a participação de um consórcio na fase de concorrência, seguido da formação da pessoa jurídica no caso de adjudicação. Dessa maneira, o processo se encaminha da seguinte forma: há uma licitação e forma-se um consórcio instrumental para dela participar. Se este consórcio vencer a concorrência automaticamente se extinguirá dando lugar a uma Sociedade de Propósito Específico, formada pelo capital das ex-consorciadas. Nas palavras de MODESTO CARVALHOSA, “temos assim que a sociedade de propósito específico é sucessora obrigacional do consórcio instrumental”⁶⁵, e é ela quem estará habilitada a celebrar o contrato com o órgão público. Não é a toa que alguns autores a denominam “consórcio societário”. A semelhança entre os dois modelos decorre fundamentalmente do objeto social extremamente restrito característico das sociedades de propósito específico, que, a exemplo dos consórcios, são constituídas para realizar uma tarefa determinada específica. A sociedade de propósito específico não está tipificada no rol das espécies de sociedades previstas pelo Código Civil de 2002, como indica o professor ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO: “(...) não é um novo tipo

65 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 390

societário, mas uma sociedade empresária, revestida de qualquer dos tipos previstos em lei(...)"⁶⁶.

6.3 Joint Ventures

Não há de se falar propriamente em distinção entre joint ventures e consórcios de empresas. A joint venture é uma prática que se consumou nos Estados Unidos e consiste na conjugação de aptidões e recursos empresariais de duas ou mais sociedades para realizar uma determinada sociedade. A prática mundial aponta para a existência de duas modalidades de joint venture: a) joint venture agreement, em que se mantém a autonomia de cada empresa, ou seja, não há a constituição de uma nova pessoa jurídica; b) joint venture corporation, formada com a mesma finalidade, porém mediante a constituição de uma nova companhia com o objetivo específico de levar adiante o empreendimento comum. As duas espécies são amplamente utilizadas em casos em que a cooperação empresária, com o fim de economizar custos e diminuir riscos, deseja explorar economicamente determinado local e se alia à(s) empresa(s) ali estabelecidas aproveitando a estrutura física e tecnológica já instalada, seu conhecimento do mercado local, enfim, sua organização já consolidada. Mas são inúmeras as possibilidades diferentes de formação de uma joint venture, como revela o professor RUBENS REQUIÃO:

“É visível que a forma da joint venture é indefinida. Admite simples contratos de colaboração, de fornecimento, de transferência de tecnologia, de assistência técnica até a organização de sociedades(...)"⁶⁷

⁶⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Obra citada. p. 330.

⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. Obra citada. p. 304.

São muitas as características comuns ao consórcio (obviamente está se falando em relação ao modelo joint venture agreement): o objeto do contrato será sempre específico, o prazo será sempre determinado, seus participantes usualmente são pessoas jurídicas, nenhum dos participantes se sobressairá em relação a outro, não há presunção de solidariedade, na sua formação mantém-se a autonomia das empresas, que nomeiam o administrador, e assim por diante.

A diversidade de sistemas jurídicos encontrada de país para país obriga as joint ventures a assumirem distintas estruturas institucionais e fórmulas contratuais nos mais variados lugares. No Brasil, para MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, a regulação do Consórcio de Empresas na lei de 1976 foi conseqüência da pressão política imposta pelo empresariado para possibilitar a participação de empresas brasileiras em joint ventures:

“Pelas declarações e palestras que antecederam a edição da Lei 6.404/76 denota-se que o legislador societário vislumbrou as possibilidades que se abriam para o empresário nacional participar de joint ventures, criando-se o consórcio justamente na vertente contratual da joint venture e justificando-se o caráter limitado a um determinado empreendimento assumido na disciplina do consórcio.”⁶⁸

Por essa razão, o professor ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES define a joint venture como sendo uma modalidade do próprio consórcio. Mas a joint venture, mesmo, não apresenta tratamento legal completo no Brasil.

68 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Obra citada. p. 411-412.

7. CONSÓRCIO COMO INSTRUMENTO DE CARTELIZAÇÃO

Muito embora não ser o foco do presente trabalho o tratamento dos consórcios como instrumento de cartelização, esta é uma prática que há muito se utiliza como uma forma que as empresas encontraram de monopolizar determinada atividade econômica, trazendo drástico prejuízo ao regime da livre concorrência. É o chamado monopólio coletivo, em que geralmente empresas de um mesmo ramo ou de atividades conexas se associam a fim de impedir ou dificultar a concorrência, e assim aumentar arbitrariamente seus lucros. É o que MODESTO CARVALHOSA trata como uma

“comunhão de interesses organizada sob a forma de contrato associativo ou consorcial visando a propiciar vantagens econômicas às sociedades consorciadas, através de seus serviços, abrangendo apenas determinados aspectos dos negócios desenvolvidos pela empresas envolvidas.”⁶⁹

O conteúdo desse contrato de consórcio é todo direcionado a limitar as atividades das empresas, quer dizer, uma fórmula que restringe o campo de ação de cada empresa consorciada com o objetivo de monopolizar uma determinada faixa de mercado. Na verdade, o assim denominado consórcio de cartelização efetivamente desnatura a essência do que seria verdadeiramente o consórcio de empresas. Isso porque acaba não objetivando a realização de um empreendimento comum dimensionado no tempo, mas sim, tende a uma duração indeterminada. Da mesma forma, não apresenta nenhum objetivo específico. Seu objetivo é genérico, sempre na busca de impedir a livre conduta concorrencial das sociedades consorciadas. Evidencia-se a prática ilícita, como enfatiza MODESTO CARVALHOSA, assim: “os

69 CARVALHOSA, Modesto. Obra citada. p. 394.

cartéis consorciais são em geral sigilosos e então refugiam-se em associações com personalidade jurídica, cujos objetivos estatutários são outros. Caracterizam-se nesse caso como típico negócio jurídico indireto, ilícito e simulado.”⁷⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios gerais relativos à ordem econômica e financeira estão previstos pelo artigo 170⁷¹ da Constituição Federal. A prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica são tratadas especificamente na Lei n. 8.884, de 1994, onde o consórcio de cartelização se enquadra na ampla conceituação contida em seu artigo 15⁷² e no artigo 17⁷³. Dessa maneira, os consórcios que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência devem necessariamente ser submetidos a apreciação do CADE, conforme dispõe o artigo 54, parágrafo 4º, da mesma lei⁷⁴

⁷⁰ CARVALHOSA. Modesto. Obra citada. p. 395-396

⁷¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; ~~VI - defesa do meio ambiente;~~ VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - ~~tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~ IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁷² Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁷³ Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.^a

⁷⁴ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

8. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

Aqui reside, na visão dos especialistas no assunto, a grande vantagem econômica de se optar pelo consórcio em detrimento da constituição de uma nova sociedade. As empresas, na busca incessante por estratégias operacionais que possibilitem a minimização da incidência dos tributos, encontram na modalidade Consórcio de Empresas um instrumento jurídico ideal para a realização de seus objetivos. Como o consórcio de empresas é desprovido de personalidade jurídica própria, da mesma forma não é considerado contribuinte de quaisquer tributos. Estes incidirão unicamente sobre as sociedades consorciadas, como nos esclarece PATRÍCIA CARVALHO: “Pelo fato de os consórcios não possuírem personalidade jurídica, as regras tributárias são de responsabilidade dos parceiros, ou seja, responderão perante o fisco como empresas individuais.”⁷⁵ GABRIEL HERNAN FACAL VILLARREAL e LUÍS RODOLFO CRUZ E CREUZ muito bem apresentam uma comparação entre o consórcio e uma nova sociedade personalizada, e os efeitos produzidos sobre esse aspecto. Destacam que o consórcio afasta a empresa da dupla tributação, inevitável se houver a constituição de uma nova sociedade:

“Da constituição de uma nova sociedade (...) decorre uma dupla tributação de valores na medida em que as receitas deverão se auferidas pela nova sociedade, sendo contabilizadas e tributadas para a apuração do resultado e, posteriormente, os resultados distribuídos às empresas associadas deverão ser novamente contabilizados como receita destas, incidindo nova tributação. Logo, no modelo acima, os resultados sofrem duas etapas de incidência tributária, o que não ocorre no caso dos consórcios”⁷⁶

⁷⁵ CARVALHO, Patrícia . Obra citada. p. 73

⁷⁶ VILLARREAL, Gabriel Herman Facal; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. Benefícios Fiscais do Consórcio De Empresas. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16438>>. Acesso em 02/10/2008

CONCLUSÃO

O conceito e a natureza do Consórcio de Empresas estudamos exaustivamente, respeitando os enfoques próprios característicos dos melhores doutrinadores identificados com o tema. Trata-se da ligação, união, junção de empresas que vêm nessa parceria uma perspectiva de vantagem, uma possibilidade de atender às suas necessidades e seus interesses, sem, no entanto, perderem a autonomia. Ou seja, é importante ficar claro que a empresa consorciada, sobretudo, mantém uma vida ativa fora do âmbito do consórcio, e não o têm como único e isolado instrumento de atividade. Daí torna-se fácil entender algumas características essenciais do consórcio de empresas, como a sua duração determinada e o empreendimento certo, por exemplo. Logo, a utilidade desse instrumento consórcio de empresas reside exatamente na dinâmica que o instituto confere à economia, porque possibilita que as empresas ampliem suas atividades e conquistem novos mercados.

Apresenta-se o consórcio como uma técnica alternativa aos tradicionais meios de associação. E, como já explorado no presente trabalho, uma alternativa que se destaca por estar desprovida de personalidade jurídica, característica fundamental acertadamente acolhida pela nossa legislação e que produzirá substanciais efeitos sobre a parceria. A questão tributária está diretamente relacionada com essa ausência de personalidade jurídica e ilustra muito bem o que dissemos. Se o consórcio não é pessoa jurídica, logo não é sujeito passivo de obrigação tributária, ou seja, vislumbra-se excepcional vantagem ao empresário. Outra característica muito peculiar do consórcio de empresas, muito embora alvo de críticas por uma ala da doutrina, é a não-presunção de solidariedade. Salvo nas exceções já abordadas no corpo do trabalho, caso não pactuada explicitamente no contrato de consórcio, a solidariedade jamais pode ser alegada. Assim, cada empresa apenas se responsabilizará pelo montante de obrigações que assumiu no contrato, e nada mais que isso. Enfim, essas são algumas propriedades do consórcio de empresas que o credenciam como escolha extremamente saudável à competitividade das empresas.

Mesmo podendo o consórcio de empresas ser muito mais utilizado, o modelo não é novo. A sua regulação veio com a Lei das Sociedades Anônimas de 1976

e muito antes disso a prática já era disseminada. A lei só veio a sistematizar um tema tratado de maneira dispersa no ordenamento jurídico brasileiro. O consórcio no Brasil surgiu ligado à execução de obras públicas. A complexidade e a magnitude das obras e serviços demandados pelo Poder Público promoveram a ampla utilização do consórcio, ideal para empreendimentos de grande porte. Com o fortalecimento da economia nacional, passou o consórcio a cada vez mais estar presente no setor privado. Hoje, considerando o patamar exacerbado de concorrência que o mercado atingiu, não pode a empresa se dar ao luxo de negligenciar a busca por estratégias de crescimento no mercado. Nesse contexto, representa o consórcio de empresas um mecanismo jurídico capaz viabilizar o crescimento das consorciadas, proporcionando uma eficaz redução de custos e riscos, o que tende a fortalecer consideravelmente o potencial competitivo das empresas que o adotarem. Para isso, considera-se indispensável grande atenção por parte do operador jurídico aos ditames legais listados nos requisitos de literalidade, previstos nos artigos 278 e 279 do diploma de 1976, a fim de que se evite a caracterização de uma sociedade de fato com personalidade jurídica e, mais do que isso, atenção também ao que a doutrina especializada produziu e tratamos no trabalho, a fim de que se garanta a devida segurança para o pleno funcionamento do consórcio de empresas.

BIBLIOGRAFIA

BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

CARVALHO, Patrícia. **Joint venture**: Uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISTIANO, Romano. **A nova estrutura da sociedade anônima (Lei n. 6.404, de 15.12.1976)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. **Consórcio de sociedades**. *Apud* CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Rui Beford. **Consórcio de empresas**. *Apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**: sociedade Anônima. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, v. 2, 2005.

LEÃES, Luís Gastão Paes e Barros. **Sociedades coligadas e consórcios**. *Apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Parcerias empresariais e competitividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4978>>. Acesso em: 02/10/2008.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**: lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 1978.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de Empresas**. *Apud* CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Apud Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. e rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo**: as joint ventures na indústria do petróleo. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VILLAREAL, Gabriel Herman Facal; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **Benefícios Fiscais do Consórcio De Empresas**. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/16438>>. Acesso em 02/10/2008.