

PAULO SÉRGIO RIBEIRO

CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Curitiba
2003

PAULO SÉRGIO RIBEIRO

CONSÓRCIO DE EMPRESAS

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, curso de
graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Curitiba
2003

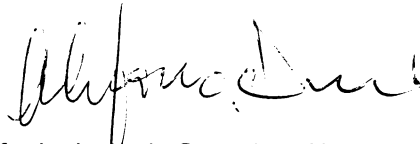
TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO SÉRGIO RIBEIRO

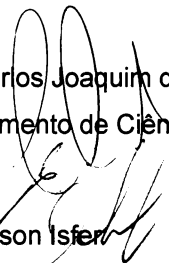
CONSÓRCIO DE EMPRESAS: UMA SOLUÇÃO PARA AS PEQUENAS EMPRESAS EXPORTAREM

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca.

Orientador:



Prof. Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Carlos Joaquim de O. Franco
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Edson Isfer
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 12 de novembro 2003

“Logo que raiou a matinal Aurora de róseos dedos, o filho de Ulisses levantou-se do leito, vestiu-se, suspendeu do ombro a pontiaguda espada, atou as belas sandálias a seus pés reluzentes e saiu do aposento, belo como um deus. Imediatamente ordenou aos arautos de voz sonora que convocassem para a assembléia os Aqueus de longa cabeleira. Os arautos lançaram o pregão e os Aqueus deram-se pressa em se reunir. Depois de congregados, e completa a assembléia, Telêmaco avançou para a agora, empunhando uma lança de bronze; não ia só; seguiam-no, correndo, dois cães. Atena derramava divinal graça sobre ele, pelo que sua entrada atraiu os olhares de todos e os anciãos cederam-lhe lugar, para que tomasse assento na cadeira de seu pai.”

Homero

AGRADECIMENTOS

Vários foram os colaboradores merecedores de pequena mostra de gratidão.

Ao professor Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por grandiosa contribuição como orientador desta pesquisa.

Ao meu pai, José, que me ensinou os valores maiores da vida. À minha mãe Verônica, exemplo de mulher digna e determinada.

A meu irmão Marcos pela compreensão em momentos fundamentais

Aos meus amigos do curso de direito onde passei prazerosos momentos, em especial ao velho grupo de inigualáveis “aves raras” Bruno Fonseca Marcondes, Bruno Marzullo Zaroni, Felipe Bittencourt Potrich e Murilo Gheller.

Aos meus amigos Fábio, Felipe Milfont, Milton pela paciência e amizade.

Ao meu grande amigo Augusto pelas preciosas observações, auxílio na pesquisa e por sua fraternal amizade.

Agradecimento especial ao trabalho de revisão empreendido pelo meu nobre colega Felipe Potrich.

A DEUS, fonte de toda a sabedoria.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL	4
2.1 HISTÓRICO. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO CONCENTRACIONISTA.....	6
2.1.1 Evolução das Formas de Concentração de Empresas	7
2.1.2 Globalização dos Mercados e o Concentracionismo no Brasil pós-guerra	9
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL	11
2.2.1 Classificação das formas de concentração proposta por Waldírio Bulgarelli.....	12
2.2.2 Classificação de Hausmann	13
3 CONSÓRCIO DE EMPRESAS	15
3.1 DIFERENÇA ENTRE CONSÓRCIO NA ACEPTÃO CIVIL E CONSÓRCIO DE EMPRESAS	15
3.2 NATUREZA DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS	16
3.3 SURGIMENTO DO CONSÓRCIO DE EMPRESA	17
3.4 ORIGEM DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO	19
3.4.1 Lei do Mercado de Capitais	20
3.4.2 Consórcio de Exportação	21
3.4.3 Consórcio no Código de Mineração	21
3.4.4 Consórcio para Absorção de Tecnologia	22
3.4.5 Consórcio para Realização de Obras Públicas	22
3.5 BREVE ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO COMPARADO	23
3.5.1 Itália	23
3.5.2 França	25
3.5.3 Estados Unidos	26
3.5.4 Argentina.....	27
4 DO CONTRATO DE CONSÓRCIO DE EMPRESA	28
4.1 NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO	28
4.2 CONSÓRCIO DE EMPRESAS E FIGURAS AFINS	30
4.2.1 Consórcio e Sociedade	31
4.2.2 Consórcio e Sociedade em Conta de Participação	31
4.2.3 Consórcio de Empresas e Grupo Societário	32
4.2.4 Consórcio e Cooperativa	33
4.3 A RELAÇÃO ENTRE CONSÓRCIO E <i>JOINT VENTURE</i>	35
4.4 DISPOSIÇÕES ACERCA DO CONTRATO	37
4.4.1 Partes	37
4.4.2 Ausência de Personalidade Jurídica do Consórcio	38
4.4.3 Ausência de Solidariedade entre os Componentes do Consórcio	39
4.4.4 Falência de Sociedade Componente do Consórcio	39
4.4.5 Autorização para o Estabelecimento do Consórcio	40
4.4.6 Do Registro do Contrato de Consórcio	40

4.5 ELEMENTOS DO CONTRATO	40
4.5.1 Requisitos Essenciais do Contrato	40
4.5.1.1 Designação	41
4.5.1.2 Objeto	42
4.5.1.3 Duração	42
4.5.1.4 Endereço	43
4.5.1.5 Foro	43
4.5.1.6 Definição das obrigações, responsabilidades e prestações específicas	44
4.5.1.7 Normas sobre o recebimento de receitas e partilha de resultados	44
4.5.1.8 Administração e representação dos consórcios	45
4.5.1.9 Regras referentes às deliberações relativas a assuntos de interesse comum	47
4.5.2 Requisitos Facultativos do Contrato de Consórcio de Empresas	47
4.5.2.1 Taxa de administração	47
4.5.2.2 Fundo consórcil	48
5 CONSÓRCIO DE EMPRESAS COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DAS PEQUENAS EMPRESAS	50
5.1 IMPORTÂNCIA DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS	52
5.2 CONSÓRCIO DE EXPORTAÇÃO	55
5.2.1 Consórcio de Exportação na Itália	56
5.2.1.1 Surgimento do consórcio de exportação na Itália	56
5.2.1.2 Consórcio de exportação na atualidade italiana	57
5.2.2 Consórcio de Exportação no Brasil	58
5.2.2.1 As experiências do consórcio de exportação no Brasil	60
5.2.2.2 Dificuldade na formação do consórcio de exportação à luz do ordenamento jurídico brasileiro	61
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	64

RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar o fenômeno da concentração empresarial realizada mediante consórcio de empresas. Para tanto, parte-se, em um primeiro momento, do estudo da concentração empresarial em seu surgimento e evolução para, ao final, estabelecer a classificação das formas de concentração. Delineado o fenômeno da concentração de empresas, passamos à análise do consórcio de empresas, forma de associação de empresas estabelecida nos artigos 278 e 279 da Lei 6.444/76. Nesta perspectiva, analisa-se o surgimento do consórcio de empresas, bem como sua origem e evolução no direito pátrio. Determinadas as premissas do surgimento do consórcio, faz-se uma breve apreciação da manifestação do consórcio de empresas no direito comparado. Cumpre, posteriormente, examinar minuciosamente o contrato de constituição do consórcio de empresas, avaliando sua natureza, diferença em face das figuras afins, disposições e elementos contratuais. Por fim, pondera-se a utilização do consórcio de empresas como meio de fortalecimento das pequenas empresas, abordando a utilização do consórcio como forma de associativismo utilizada para facilitar a exportação realizada pelas pequenas unidades produtivas. Alude a parte final do presente trabalho à utilização dos consórcios de empresas, estabelecidos na Lei do anonimato, como forma para viabilizar a formação de grupos de pequenas empresas que tenham por objetivo a exportação dos produtos desenvolvidos pelas unidades associadas.

Palavras-chave: **Concentração Empresarial; Consórcio Empresas; Pequenas Empresas; Exportação.**

1 INTRODUÇÃO

A nova ordem mundial, globalização, fez com que as barreiras dos países fossem mitigadas, estabelecendo um cenário mundial onde o livre trânsito de mercadorias e pessoas, prepondera.

Nesta nova concepção as empresas de grande poder econômico visando o aumento de seu mercado consumidor e, por conseqüência de seu lucro, buscaram expandir seus negócios atuando em todas as partes do globo.

A entrada destas empresas em economias emergentes, como a brasileira, trouxe instabilidade às empresas nacionais as quais se viam ameaçadas pela competição com empresas de alta tecnologia que ofereciam produtos de melhor qualidade com preços muito mais competitivos.

Neste cenário, para sobreviverem, as empresas nacionais necessitavam modernizar-se buscando equilibrar a desigualdade manifesta na competição das empresas nacionais em face das empresas estrangeiras atuantes em solo pátrio. Ademais, as empresas, seguindo a tendência atual da era da economia globalizada, necessitavam, para sobreviver, voltar-se para o mercado exterior, visando expandir seu mercado consumidor diversificando seu nichos comerciais. Para tanto, necessário modernizar e redimensionar sua atuação, voltando seus esforços para além do mercado nacional.

As empresas que possuíam condições financeiras para investir na modernização passaram ilesas por esta mudança. Já aquelas que não possuíam recursos para arcar com as despesas necessárias para as inovações tecnológicas viam-se fadas ao insucesso. Nesta perspectiva, muitas empresas cederam seu controle a empresas multinacionais; outras, que persistiram em ficar estagnadas, vieram a falir.

Na busca pela sobrevivência, muitas empresas, sem condições para suportar os investimentos necessários para se adequarem às novas exigências do mercado, recorrem ao antigo postulado popular, “a união faz a força”. Assim, recorrendo à concentração das unidades econômicas, muitas conseguiram adaptar – se às novas exigências que o mercado global determinava e, assim, sobreviver às mudanças.

Com o passar dos anos verifica-se o surgimento de um considerável contingente de pequenas e médias empresas as quais são responsáveis por empregar considerável porcentagem da população bem como por incrementar o PIB nacional. Todavia estas sofrem dos mesmos males anteriormente apontados falta de recursos para investimento em tecnologia, bem como para atuar além das fronteiras pátrias. Por esses fatores as empresas de pequeno e médio porte têm, em média, uma sobrevivência 2 anos.

Visando a sobrevivência destas unidades econômicas de pequeno porte necessário desenvolver instrumentos capazes de facilitar o acesso destas empresas aos recursos necessários para a modernização e racionalização de seu parque fabril, bem como para facilitar a atuação destas enquanto exportadoras, visando atingir o mercado externo. Na busca de solução as pequenas empresas vêem nas formas de concentração empresarial o remédio para conseguirem sobreviver neste cenário. Todavia, cabe destacar que as empresas de pequeno e médio porte necessitam de instrumentos simples, ágeis e flexíveis para responderem às suas necessidades.

A busca destas formas para facilitar o desenvolvimento e a sobrevivência das pequenas unidades econômicas produtivas visa, primordialmente, atender o princípio disposto no artigo 170, IX, da Constituição, o qual estabelece o tratamento favorecido às pequenas empresas.

Na esteia do anteriormente exposto, importa destacar o escopo do presente trabalho como o exame do instituto do Consórcio de Empresas, forma simples de concentração empresarial, disposto nos artigos 278 e 279, da Lei 6.404/64, como instrumento útil para facilitar o fortalecimento das pequenas e médias empresas, visando sua sobrevivência.

A estrutura do trabalho apresenta-se em quatro capítulos. Dedicase o primeiro ao estudo do fenômeno concentracionista empresarial em sua origem, evolução e classificação. No segundo, analisa-se a concentração de empresa através do consórcio de empresa seu surgimento, evolução e manifestação no direito comparado. Na seqüência, dedica-se o 3º capítulo analisar o contrato de consórcio de empresa em sua natureza, diferença de figuras afins e disposições contratuais. Por fim o último capítulo destina-se a analisar o consórcio como forma de fortalecer as pequenas empresas ressaltando a necessidade das pequenas

empresas no cenário econômico atual, importância da exportação com fator de sobrevivência das pequenas unidades. Concluindo o presente capítulo, analisa-se o Consórcio de Empresas destinado para a exportação em relação a sua origem, finalidade, seus tipos, manifestação no direito comparado, experiência realizada e as dificuldades à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, através do presente estudo, iniciar sem pretensão de exaurir o tema, em razão de sua complexidade, estender a utilização do Consórcio de Empresa como meio útil e eficaz para a concentração de pequenas visando o fortalecimento das empresas consorciadas através de sua inserção no mercado exterior mediante a formação de consórcio destinados à exportação dos produtos elaborados pelas consorciadas.

Ademais, necessário o aprofundamento na busca de meio útil para facilitar a inserção das pequenas empresas no mercado exterior, a fim de atender o postulado estabelecido na Constituição Federal, art 170, X, bem como o determinado nos artigos 22 a 24 da lei 9.841/99, estatuto da pequena empresa¹.

¹Art. 22. O Poder Executivo diligenciará para que se garantam às entidades de apoio e de representação das microempresas e das empresas de pequeno porte condições para capacitarem essas empresas para que atuem de forma competitiva no mercado interno e externo, inclusive mediante o associativismo de interesse econômico.

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte terão tratamento diferenciado e favorecido quando atuarem no mercado internacional, seja importando ou exportando produtos e serviços, para o que o Poder Executivo estabelecerá mecanismos de facilitação, desburocratização e capacitação.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades da Administração Federal Direta e Indireta, intervenientes nas atividades de controle da exportação e da importação, deverão adotar procedimentos que facilitem as operações que envolvam as microempresas e as empresas de pequeno porte, otimizando prazos e reduzindo custos.

Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.

2 CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

A busca pelo aumento da produtividade com a racionalização da produção e, por conseqüência, o acréscimo de lucros das empresas, na era da Revolução Industrial, é estabelecido como o ponto de partida para o surgimento da idéia moderna de concentração empresarial, que associada à necessidade de afastar os males da livre concorrência, são consideradas as premissas para o surgimento do concentracionismo empresarial moderno².

A concentração empresarial, após seu uso como forma de domínio dos mercados objetivando a limitação da concorrência, vem sendo utilizada como modo de reestruturação de empresas, segundo comenta Vasseur, citado por Waldírio Bulgarelli.

Alertando que, atualmente, o objetivo que leva as empresas a se concentrarem não é mais, como ocorreu na França, nas fusões 1919-1945, o domínio do mercado, assinala Vasseur que o que se pretende hoje é, de um lado, a reorganização da empresa e, de outro, o crescimento da eficiência das empresas coligadas – tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e a melhoria da qualidade, enfim *a reforma das estruturas industriais* e, assim, a busca da dimensão ótima.³

Peter Ducker, em visão ligada à administração empresarial, estabelece que “o processo de concentração de empresas que se verifica em todos os países resulta de uma tendência à mudança a que muitos empresários opõem resistência, mas se apresenta incoercível, no sentido de sua reorganização e racionalização, para sobreviverem.”⁴

Em suma, concentração empresarial pode ser definida, hodiernamente, como a coalizão de empresas visando à formação de agrupamento de bens e pessoas com o intuito de reunir esforços e riquezas, objetivando reestruturar os meios de produção, a fim da consecução de um objetivo comum eleito pelos participantes.

² Cf. BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 23.

³ BULGARELLI, op. cit., p.23.

⁴ MAIA, José Mota. **Fusão e incorporação de empresas: doutrina, procedimento administrativo e fiscais, legislação**. São Paulo: Universitária, 1972. p. 215.

Cumprе salientar que o desenvolvimento das empresas é pautado na busca da dimensão ótima do empreendimento, que significa a busca do ponto em que a empresa teria atingido o máximo ganho de produtividade que possa obter⁵.

Visando a dimensão ótima, as empresas necessitam de maciços investimentos a fim de modernizarem seus meios de produção e distribuição, objetivando concorrerem na nova realidade atual, o mercado globalizado. Segundo Viviane Muller Prado, “atualmente, relevante é o fenômeno da globalização da economia, com um sistema econômico tendente à internacionalização e interdependência dos mercados, à evolução tecnológica e à unificação dos mercados nacionais regionais. Isto exige dos agentes econômicos capacidade para responder à demanda e para competir como os concorrentes.”⁶

Para a modernização, as empresas necessitam de investimentos vultuosos, que muitas vezes não podem suportar sozinhas. Neste momento é que a concentração de empresas afigura-se com a melhor solução para a sobrevivência dessas que, obrigadas a modernizar seus meios de produção e expandirem seu mercado consumidor, associam-se objetivando atingir a dimensão ideal de empresa.

Corroborar desse entendimento o Professor Oscar Barreto Filho, citado por Waldírio Bulgarelli, ao asseverar que “o emprego cada vez maior do maquinismo, a fabricação em série, a utilização de processos técnicos mais aperfeiçoados, a necessidade de capitais vultuosos para os grandes empreendimentos, a ampliação dos mercados consumidores são outros tantos fatores que conduzem à concentração de empresas, para melhor realização de seus fins.”⁷

Ademais, sob a ótica econômica, as formas concentracionistas figuram como importante meio para o fortalecimento das empresas, pois aquelas que não dispõem de recursos suficientes para arcarem com os investimentos necessários para seu fortalecimento e, por conseqüência, sua sobrevivência, vêm nas uniões de empresas a solução para se adaptar à nova realidade.

⁵ Cf. LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 99-131, jan/jun. 1999.

⁶ PRADO, Viviane Muller. Noção de grupo de empresas para o direito societário e para o direito concorrencial, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 2, p. 141, 1998.

⁷ BULGARELLI. loc cit., p.23.

2.1 HISTÓRICO. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO CONCENTRACIONISTA

A idéia de concentração das unidades de produção objetivando vantagens mútuas para os participantes não é moderna. Desde a remota antiguidade, século XVI, na Europa com os Médicis e os Fugger, verifica-se a união de mercadores. Todavia, a concentração nos moldes atuais surgiu no período da Revolução Industrial segundo preceitua Waldírio Bulgarelli.

O fenômeno concentracionista, que tomou extraordinário impulso atualmente entre nós, não é novo. Proveniente das transformações verificadas na economia dos países, inicialmente, europeus, como Inglaterra e a França, e, posteriormente, a Bélgica, Itália, Áustria, Países Baixos e Alemanha, alcançando os Estados Unidos e, em seguida, o Japão, busca, na época da revolução industrial, aglutinar forças para aumentar a produção e a produtividade, sobretudo através das novas técnicas que exigem grandes capitais.⁸

A idéia de concentração de empresas surge na era da Revolução Industrial, período de transição da realidade econômico-social mundial, tendo como objetivo o fortalecimento das manufaturas, as quais necessitavam adaptarem-se à nova realidade social vigente, o industrialismo moderno.

Tendentes à nova realidade social surgida após a revolução, as manufaturas existentes buscaram, através da coalizão de esforços, redimensionar as unidades produtivas existentes, visando sobreviverem nesta nova realidade de economia industrializada.

Adaptadas, as empresas passaram a desenvolver-se buscando, cada vez mais, o aumento de sua dimensão que, por conseqüência, segundo a idéia difundida no fim do século XIX⁹, traria imanente o aumento da lucratividade.

⁸ Ibid. , p.19.

⁹ Segundo Fábio Konder Comparato, em Consórcio de Empresas, texto publicado na Revista dos Tribunais, ano 1972, volume 256: "Data de 1890, com a publicação dos seus "Principles of Economics", a primeira formulação por ALFRED MARSHALL, da teoria das "economias internas de escala", que preconizava a concentração empresarial como solução para o velho problema da tendência aos rendimentos decrescentes do capital, que tanto impressionara os economistas clássicos e o próprio KARL MARX. Ao introduzir a análise marginalista no custo de produção MARSHALL e os economistas de Cambridge demonstraram que o incremento da capacidade produtiva representava, por si só, um fator de produtividade, ensejando maior diluição das despesas administrativas e dos custos fixos de produção, por unidade de produto.

2.1.1 Evolução das Formas de Concentração de Empresas

Primeiramente, necessário salientar que, pela amplitude do trabalho, o escopo do presente item é fazer uma enumeração das principais formas de concentração utilizadas no decorrer da evolução do fenômeno concentracionista moderno.

Na corrida pelo aumento da dimensão das empresas houve um forte movimento de incorporação das pequenas, e mais fracas, as quais, não conseguindo adaptar-se à nova realidade sócio-econômica vieram a ser congregadas a outras empresas que se apresentavam adequadas às novas exigências.

Outra importante onda concentracionista deu-se com a coalizão entre empresas do mesmo porte, as quais, mediante fusão, unificaram seus meios de produção, tornando-se uma única empresa com porte econômico considerável e, assim, podendo fazer frente à nova realidade pós-revolução¹⁰.

Em suma, as concentrações neste período evolutivo inicial deram-se por diversas formas, seja absorção realizada através da compra dos ativos de uma empresa por outra, onde uma empresa transfere seu patrimônio a outra, a qual permanecerá ficando àquela absorvida; ou associação entre empresas sem que houvesse a perda da autonomia, processo que se realizava entre empresas de mesmo porte as quais se unem, objetivando a defesa contra o aviltamento dos preços nos momentos de crises através da subtração da livre concorrência.

A partir desse momento, surgem os acordos de concentração de empresas objetivando o domínio do mercado consumidor, denominados de *cartel*. Esta forma é repudiada na economia, tendo em vista seu objetivo de domínio total do mercado consumidor, com a extinção da concorrência, deixando que uma única unidade de produção, seja ela uma sociedade ou grupo, mantenha o monopólio exclusivo da produção e distribuição de determinado produto¹¹.

Da evolução do *cartel* como forma de manipulação dos mercados, surgiram novas formas de associação de empresas as quais visavam à constituição de grupos

¹⁰ BULGARELLI, Waldirio. A fusão e cisão de sociedades anônimas, na lei nova das sociedades por ações. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 23, p. 39, 1976.

¹¹ cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues, **Consórcio de empresas**, São Paulo: Pioneira, 1979. p.42.

destinados à aquisição de matérias-primas, venda dos produtos manufaturados e distribuição das zonas de atuação das empresas. Estas novas formas associativas tomaram corpo com maior intensidade no ordenamento Italiano, com a denominação de *sindicatos*, *consórcio* e na França com *entente*¹².

Ademais, surgiram as formas de concentração vertical, na qual as empresas de vários níveis de produção e distribuição de um mesmo produto reuniam-se em uma “associação” objetivando atuarem em conjunto perseguindo o fim comum, qual seja, a racionalização da produção, com a redução dos custos e o aumento da produtividade. Nesta forma de concentração as empresas associadas são autônomas, persistindo sua personalidade, todavia, ficavam à sorte de uma direção comum desempenhada pelo líder do grupo. O instituto verifica-se na Alemanha com denominação de *Konzern*, e na Itália, França e Brasil, denominado grupo¹³.

As formas de concentração evoluíram seguindo as necessidades dos empresários, sendo que os acordos de participação acionária passaram a ser desenvolvidos mediante *holding*, método pelo qual a companhia líder controla as demais através da aquisição de ações destas, passando a deter poder de direção dentro das subordinadas.

De origem anglo-saxão destaca-se a associação de empresas pela forma de *joint venture*, a qual é caracterizada por uma combinação especial de duas ou mais pessoas que se unem para a operação comercial específica, visando lucro, sem constituição de sociedade ou firma¹⁴.

Hodiernamente surge a concentração de empresas através dos conglomerados, forma típica para a diversificação e ampliação financeira, onde há coalizão de empresas, produtoras de manufaturados diversos, e que explorem áreas geográficas de consumo diversas, objetivando, assim, diluir os riscos do empreendimento. Esta forma denomina-se concentração diagonal.

¹² cf. BULGARELLI. op. cit. p. 61.

¹³ cf. CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas v. 4 tomo II**, São Paulo: Saraiva, 1998. p.266.

¹⁴ cf CARVALHOSA. op. cit., p.360.

2.1.2 Globalização dos Mercados e o Concentracionismo no Brasil pós-guerra

A concentração das unidades produtivas, principalmente após a II guerra mundial, teve importante influência na evolução da economia capitalista moderna, na expressão do Professor Fábio Konder Comparato: "... a evolução da economia capitalista nos últimos 40 anos e notadamente a partir da segunda Guerra Mundial, tem sido comandada pelo fenômeno da concentração empresarial."¹⁵

A realidade mundial sofreu profunda transformação econômico-social com a queda das barreiras nacionais em detrimento da mundialização da economia. A definição precisa do que seria esta nova realidade não há, todavia os doutrinadores consentem que "embora o conceito de globalização não tenha unanimidade, todos concordam que o processo de internacionalização do capital é um processo em crescente aceleração na economia mundial moderna. Pode-se entender o fenômeno como sendo a ação do capital na busca das melhores oportunidades de lucro no espaço geográfico do mundo" ¹⁶.

Consoante a nova realidade econômica mundial, o professor Waldirio Bulgarelli estabelece que "o fenômeno concentracionista tomou vulto acentuado entre nós, nos últimos anos, mercê do desenvolvimento da nossa economia a exigir fórmulas e mecanismos técnico-econômico-financeiros, não própria ou especialmente voltados para o domínio do mercado, mas, principalmente, para o aumento da produtividade."¹⁷

Cumprido destacar que o crescimento das empresas é, cada vez mais, estabelecido como condição necessária à sua sobrevivência. Corroborando deste entendimento, José Mota Maia, estabelece que "uma empresa pode crescer por dois motivos: pelo desejo do empresário, e por força da necessidade de sobrevivência que se transforma em um círculo vicioso."¹⁸

A mundialização da economia tomou vulto, no cenário nacional, no início dos anos 90 com a abertura da economia; todavia as empresas brasileiras não se

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 4 .

¹⁶ CARON, A. Cooperação Empresarial e Internacionalização. **Revista da FAE**, Curitiba, n 1/2, p. 1, jan/ dez, 1998.

¹⁷ BULGARELLI. op. cit., p. 109.

encontravam suficientemente adequadas à nova realidade, pois não detinham qualidade suficiente para competir em igualdade condições neste mercado global, haja vista o atraso tecnológico ocasionado pelo isolamento destas a qualquer integração internacional por mais de duas décadas, momento em que vigorava a ditadura militar.

A abertura do mercado, sedimentada na idéia de igualdade entre as empresas, trouxe sérios problemas ao empresariado nacional, pois, sem possibilidade de competirem em igualdade de condições como as empresas estrangeiras, viam-se fados ao insucesso.

Em consonância à nova realidade econômica mundial, o mercado global, as empresas, objetivando sobreviver, buscaram formas alternativas para crescer, haja vista não dispõe de recursos suficientes para suportar a modernização das empresas. Em compasso com esta problemática, José Mota Maia, esclarece que "se a empresa dispõe de recursos próprios, terá respondido, em princípio, à demanda de meios ou de fatores de produção maiores para que ela se adapte às exigências do mercado. Em caso contrário, terá de recorrer a recursos de terceiros, ou lançar-se à solução que melhor se lhe apresente na união, fusão ou incorporação à outra empresa. Aí se aplica o lema de que a *união faz a força*."¹⁹

Assim verificamos que, de maneira semelhante à época da revolução industrial, os empresários necessitavam aperfeiçoamento tecnológico, todavia não dispõe de recursos para tanto; a solução encontrada, novamente, foram as formas de concentração empresarial, a fim destas empresas, associadas, alcançarem a dimensão ótima de seus empreendimentos que a nova realidade social impõe.

As empresas necessitam reestruturar-se a fim de enquadrarem-se às novas exigências da realidade social, visando sua inserção no mundo globalizado, no qual somente as empresas dinâmicas que estejam em compasso com a modificação da realidade econômica mundial sobreviverão.

José Carlos Magalhães e Onofre Carlos de Arruda Sampaio, ao comentar o novo papel da concentração de empresas em face à realidade da globalização, estabelecem:

¹⁸ MAIA . op. cit, p. 36.

¹⁹ Ibid, p. 41.

Esse fenômeno fez com que a concentração de empresas passasse a ser encarada sob ótica diversa da que se registrava no passado. Os parâmetros adotados para mercados nacionais fechados, que operavam em ambiente diverso do atual, tornaram-se inadequados para a realidade presente, em que as empresas são forçadas a formar alianças e a realizar ajustes de concentração, com fusões, incorporações ou acordos de cooperação, que lhes permitam ampliar a economia de escala e sinergia, para enfrentar a concorrência cada vez mais acirrada e, assim, sobreviver. São mudanças estruturais realizadas sob as mais diversas formas jurídicas, com o objetivo de criar condições para enfrentar concorrentes, que, por sua vez, procuram ser mais eficientes, redesenhando seus perfis e estratégias.²⁰

Em suma, a alteração da realidade social introduzida pela globalização, da qual é corolário a abertura dos mercados, é o momento em que as empresas, visando sua sobrevivência, necessitam aumentar seu poder econômico a fim de modernizarem-se objetivando concorrer com as novas empresas que se instalaram no país. Todavia, como não dispunham de condições monetárias para suportar os investimentos da modernização, vêm nas formas concentracionistas a solução para sobrevivência.

Cumprido, por fim, salientar que o fenômeno concentracionista moderno mantém estreita ligação com a evolução do capitalismo moderno²¹.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

A sistematização de uma classificação das formas de concentração empresarial não é tarefa fácil a ser desenvolvida. Inúmeras tentativas não foram capazes de abranger o fenômeno em sua amplitude. Todavia, sem pretensão de inovar, traremos as que melhor realizaram esta classificação.

Primeiramente necessário destacar que a classificação das formas de concentração pode ser realizada em uma perspectiva econômica ou sob a ótica jurídica. Como a presente monografia visa analisar uma das formas de concentração, consórcio de empresas, à luz do ordenamento jurídico, não nos interessa profunda digressão a cerca da classificação econômica do instituto.

A título ilustrativo, esclarecemos que, à luz da economia classificam-se as formas de concentração em vertical, quando as empresas agrupadas operem em

²⁰ MAGALHAES, José Carlos de e SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. Concentração de empresas e a competência do Cade. *Revista de Direito Mercantil*, n. 113, p. 30, jan/mar, 1999.

²¹ cf. BULGARELLI. op. cit., p. 3.

diferentes níveis ou estágios da mesma indústria; horizontal, quando explorem empresas que exerçam atividade concorrente, e; conglomerados, forma residual, quando a integração não pode ser classificada como concentração horizontal ou vertical²².

2.2.1 Classificação das formas de concentração proposta por Waldírio Bulgarelli

Em conferência pronunciada em Curso de Extensão Universitária promovido pelo Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP, o eminente Professor Waldírio Bulgarelli, ao comentar a Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades Anônimas, na Lei das Sociedades por Ações, propõe, a partir de análise histórico-evolutiva do fenômeno concentracionista, a classificação em três amplos tipos de formas de concentração:

- 1) a *compenetração*, compreendendo a fusão em sentido amplo (como a fusão propriamente dita e a incorporação);
- 2) a *associação*, através da união de empresas, sobretudo pela via contratual;
- 3) a *integração*, através dos grupos societários, efetivada pela via da participação acionária. Deve-se destacar, do ponto de vista jurídico, a questão da autonomia formal, pois enquanto na fusão e incorporação, essa autonomia desaparece, nos grupos e na união de empresas, ela permanece.²³

A primeira classe da classificação proposta por Waldírio, compenetração, corresponde à primeira fase da história evolutiva do fenômeno concentracionista, fase em que prevaleceu a absorção das empresas menores mediante a incorporação pelas maiores. Além da incorporação, é classificada como compenetração a fusão que se caracteriza pelo agrupamento de empresas de mesmo porte objetivando a formação de terceira empresa resultante da soma dos capitais das antecedentes. Nas duas formas há a perda da personalidade jurídica, sendo que na incorporação a sociedade incorporada perde sua autonomia e personalidade em detrimento da adquirente; na fusão todas as empresas perdem a autonomia e personalidade jurídica em detrimento da nova que é formada.

²² SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito Concorrencial as estruturas**. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 266.

²³ BULGARELLI, Waldirio. A fusão e cisão de sociedades anônimas, na lei nova das sociedades por ações. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 23, p. 39, 1976.

A associação, segunda forma proposta pelo eminente professor, via pela qual as empresas, sem perder sua autonomia, realizando acordo bilateral, entabulando um conjunto de regras para a convivência em comum onde os participantes visam interesses semelhantes, qual seja, a consecução de um determinado empreendimento comum. Nesta forma de agrupamento os participantes são autônomos, pessoas jurídicas isoladas, que se agrupam visando benefícios mútuos na atuação em conjunto, resultados que isoladamente estes não atingiriam.

Por fim a última categoria, integração, seria a realizada através dos grupos societários onde os participantes, visando a atuação em conjunto, agrupam-se, sem perder a personalidade jurídica, a fim de atuar em bloco. Esta forma diferencia-se da precedente, pois há uma hierarquia no grupo, mediante a qual a empresa líder detém o poder de comando subordinando as demais à suas ordens. Cabe salientar que as empresas participantes abrem mão de parcela de sua autonomia gerencial a fim de atuarem em conjunto, visando seu fortalecimento.

2.2.2 Classificação de Hausmann

Os doutrinadores apresentam a classificação proposta por Hausmann como sendo a mais completa, pois aprecia conjuntamente vários critérios. Por dificuldade de acesso à fonte original, reportamos a Mauro Rodrigues Penteado, na obra *Consórcio de Empresas*, o qual relata sucintamente a idéia proposta por Hausmann.

Hausmann propõe uma classificação baseada na análise conjunta de vários elementos integrantes das formas de concentração. Para tanto, o eminente tratadista distingue as formas de concentração em puras e mistas, determinando estas como a combinação das chamadas formas puras. Por sua vez, as formas puras, meios originários de agrupamento das empresas, são divididas em dois grandes segmentos: primeiro acolhido como a concentração de propriedades e segundo como concentração de administração. Ambas comportam subdivisão em concentração sob o regime de subordinação e coordenação.

¹Mauro Rodrigues Penteado, citando Hausmann, assevera.

Compondo as formas puras de concentração da *propriedade* em relação de subordinação, cita Hausmann a aquisição de participação (*sociedade filial, sociedade de controle*); entre

as formas puras de concentração da propriedade por *coordenação* o citado autor relaciona a aquisição de sócio e a assunção da condição de comunheiro. Já no que tange à concentração da *administração*, em relação de *subordinação*, arrola o autor mencionado o arrendamento da empresa, a cessão de exploração ou de sua gestão, além de outros acordos que permitam o exercício de certo controle (exclusividade de venda, cessão de patentes etc); entre as formas puras de concentração da administração, em relação de *coordenação*, são incluídas as comunhões, total e parcial, de interesses (entre estas últimas são referidas os consórcios, "pools" e cartéis.²⁴

A classificação proposta por Hausmann, segmenta as formas de concentração dividindo-as em concentração de propriedades, caso em que somente há uma coalizão de bens para a consecução comum de um empreendimento; e concentração de administração, casos em que há interligação maior entre os participantes, havendo uma inter-relação na administração das empresas agrupadas.

²⁴ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 10.

3 CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Dentre as diversas formas de concentração de empresas, elegemos o consórcio de empresas, como a forma de concentração a ser estudada no presente trabalho monográfico.

Primeiramente, cabe estabelecer o significado da palavra consórcio. O dicionário Michaelis de língua portuguesa define consórcio como: “Associar (-se), tornar (-se) sócio. Conciliar (-se), harmonizar (-se), unir (-se).”²⁵ Já Maria Helena Diniz, em Dicionário Jurídico, define-o como “Associação de pessoas ou empresas com interesses comuns constituídos mediante contrato.”²⁶

Em suma, diante do acima exposto, consórcio pode ser definido como a associação de pessoas ou empresas, mediante contrato, objetivando o atendimento de interesse comum de seus participantes.

3.1 DIFERENÇA ENTRE CONSÓRCIO NA ACEPÇÃO CIVIL E CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Consórcio, na acepção civil, é denominado “para designar variadas formas associativas ou fundos mútuos, constituindo com a finalidade de coletar poupança, a fim de propiciar, aos participantes, a aquisição de bens de qualquer natureza.”²⁷

Por sua vez, o consórcio de empresas é determinado como “associação de companhias ou qualquer outra sociedade, sob o mesmo controle ou não, que não perderão sua personalidade jurídica, para obter finalidade comum ou determinado empreendimento, geralmente de grande vulto ou custo muito elevado, exigindo para sua execução conhecimento técnico especializado ou instrumental técnico de alto padrão.”²⁸

Mauro Rodrigues Penteado, ao enunciar a figura do consórcio na acepção civil, adverte sobre a importância desta diferença:

²⁵ MICHAELIS. **Moderno dicionário de língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. p.567.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.806.

²⁷ PENTEADO. **Consórcio...**,op. cit., p.62.

²⁸ DINIZ. op. cit., p.806.

Embora essas modalidades associativas não tenham ponto de contato com o tema em estudo, pareceu-nos convincente mencioná-las sinteticamente neste capítulo, em que procuramos recensear os textos legais que fazem referência aos consórcios, não apenas em virtude da natureza plurívoca análoga do termo em exame, que recomenda esse cuidado, mas também para que se evidencie em que medida as aludidas figuras não podem ser confundidas.²⁹

Em suma, os institutos supra citados não possuem nenhuma similitude, pois o primeiro, consórcio na acepção civil, refere-se à forma de aquisição de bens, mediante a qual se constitui uma poupança, proveniente da contribuição mútua dos participantes. Por sua vez, o consórcio de empresas é forma de concentração empresarial onde há a associação entre empresas, objetivando a consecução de certo interesse comum.

3.2 NATUREZA DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS

A exposição de motivo do projeto de 1975, referente à lei de Sociedade Anônima, estabelece ao comentar os artigos 278 e 279:

Completando o quadro das várias formas associativas de sociedades, o Projeto, nos arts. 279 e 280 (atuais 278 e 279), regula o consórcio como modalidade de sociedade não personificada que tem por objetivo a execução de determinado empreendimento. Sem pretensão de inovar, apenas convalida, em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento.³⁰

Ao comentar sobre as formas de concentração de empresas, Rubens Sant'Anna assevera que "as concentrações ocorrem desde as simples uniões de empresas até as grandes alianças que formam os monopólios e oligopólios; sob o prisma mercantil..."³¹

Os consórcios de empresas são formas simples de concentração na qual duas ou mais unem-se, através de um contrato, objetivando a consecução de interesse em comum, que, separadamente, não têm condições técnicas ou econômicas para executarem.

²⁹ PENTEADO. **Consórcio**..., op cit., p. 62.

³⁰ CARVALHOSA. op. cit. p. 337.

³¹ SANT'ANNA, Rubens. Consórcio de Empresas. **Revista Direito e Justiça**, v. 18, p 23-28.1997.

Pontes de Miranda, em Tratado de Direito Privado, assevera que o “consórcio é a ligação ou associação de pessoas físicas ou jurídicas para atender a necessidades ou interesses dos figurantes.”³²

O professor Rubens Requião, em seu Curso de Direito Comercial, define consórcio de empresas como “...modalidade técnica de concentração de empresas. Através dele podem diversas empresas, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam econômica e financeiramente, nem capacidade para executar.”³³

O consórcio de empresas é classificado com forma de união por coordenação, onde as associadas, mantendo sua autonomia, criam entre os participantes uma comunhão de interesse, objetivando a consecução do fim comum estabelecido. Segundo Fabio Konder Comparato, “a Lei 6.404 deu ao consórcio a natureza de uma negociação contratual entre empresas, que formam entre si um grupo de coordenação, diverso dos grupos de sociedades, que constituem grupos de subordinação.”³⁴

Em suma: “o consórcio de empresas é um tipo de organização grupal de empresas, de natureza temporária ou não permanente. São empresas independentes que somam seus esforços, na efetivação de um determinado empreendimento, sem perda de sua independência, mantidas íntegras as respectivas personalidades jurídicas.”³⁵

3.3 SURGIMENTO DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Segundo Walter T. Álvares, citado por Mauro Rodrigues Penteado, a idéia de consórcio como união de esforços para vencer dificuldades está presente em todos os tempos.

O Consórcio, como uma decorrência da necessidade de apoio entre os interessados para obtenção de um fim comum, é uma figura de todos os tempos. É certo que poderia variar a forma jurídica de manifestação ou de envolvimento, mas o substrato, o conteúdo, seria sempre o mesmo: agrupamento eventual para vencer uma dificuldade, ou obter um resultado de interesse comum, guardando sempre cada participante a sua individualidade e

³² PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito*. v. 51, 2ª ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1966. p. 205.

³³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p.236.

³⁴ COMPARATO. Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 193.

³⁵ SANT'ANNA. op. cit., p. 25.

autonomia, tudo isto, é certo, sem as sofisticações modernas para atender uma conjuntura específica.³⁶

Todavia, a idéia atualmente empregada de consórcio de empresas é fenômeno moderno cuja origem reporta ao século XIX, onde se encontram as premissas do fenômeno concentracionista moderno³⁷.

Podemos auferir que o surgimento dos consórcios de empresas está intimamente relacionado com a livre concorrência, muito porque, os consórcios e cartéis foram desenvolvidos objetivando o controle dos mercados com a limitação da concorrência. Segundo Mauro Rodrigues Penteado, o consórcio na acepção contemporânea, tivera como premissa, "... o clima de livre concorrência observado no século XIX, que gerou o desencadeamento do processo concentracionista, (...), teria contribuído para o aparecimento dos cartéis e consórcios, que inicialmente sofreram restrições legislativas. Não obstante essa reação de ordem legal, ASCARELLI acentua a multiplicação dessa modalidade de união de empresas, sobretudo em função da evolução da interpretação jurisprudencial."³⁸

A economia mundial, como já exposto no capítulo anterior, sofreu profundas alterações com a nova realidade do mercado globalizado. Neste novo cenário, o consórcio de empresa adotou nova roupagem, passando de um acordo de limitação de concorrência, para um acordo de reorganização das empresas, objetivando o crescimento da competitividade dos consortes no cenário econômico mundial. Segundo Jean Jacques Servan Schreiber, citado por Mauro Rodrigues Penteado, "uma outra realidade deste século – a internacionalização da economia -, com as grandes empresas dos países altamente industrializados estendendo a sua atuação a todas as partes do globo, representa um sério desafio para as empresas dos países que não atingiram aquele grau de desenvolvimento."³⁹

O consórcio de empresas, em compasso com a realidade econômico-social atual, passa a ser constituído no intuito de redimensionar as empresas. Mauro Rodrigues Penteado, seguindo as lições de Jean Jacques Servan Schreiber, assevera:

³⁶ PENTEADO. **Consórcio...**, op. cit, p. 21.

³⁷ vide capítulo I.

³⁸ PENTEADO. **Consórcio...**, op.cit, p. 23.

³⁹ id.

É nesse contexto que o consórcio de empresas aparece nos dias atuais, desgarrando-se daquela sua conotação inicial, ligada a ajuste de limitação da concorrência sem embargo de que os problemas desta natureza não podem ser cogitados em relação ao mesmo. Na Europa, principalmente, por força da integração proposta pela Comunidade Econômica Européia, a reorganização e a associação das empresas passaram a constituir um imperativo, como se denota dos movimentos legislativos operados mais recentemente em França, Itália, Espanha e Portugal. Por outro lado, a ação internacional das grandes empresas passou a exigir, não raro, a criação de mecanismos legais que permitam a atuação conjunta com empresas nacionais, para a realização de empreendimento comuns.⁴⁰

Em suma, o consórcio de empresas evoluiu, passando de simples acordo objetivando a dominação de mercados, para forma associativa de reorganização das empresas, cujo escopo é o fortalecimento destas, a fim de adequarem-se à nova realidade econômico-social.

3.4 ORIGEM DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO

A colaboração interempresarial mediante forma contratual carecia de regulamentação uniforme, pois o ordenamento jurídico brasileiro deixava as associações contratuais à margem de qualquer disciplina legal, vindo a serem regulamentadas através de contratos inominados⁴¹.

Em meados dos anos 60, houve a tendência a tipificar o contrato referente à união de empresas. Segundo Mauro Rodrigues Penteado “a partir de meados da década de 60, observa-se um movimento legislativo no Brasil tendente a tipificar esses contratos, sob a égide de designação própria, que tem contado com a preferência do legislador, qual seja o *consórcio*.”⁴² A regulamentação legislativa tipificando o contrato de consórcio culminou na elaboração do Capítulo X, intitulado Consórcio de Empresas, na lei das Sociedades Anônimas.

A exposição de motivos dos artigos 278 e 279, da Lei de Sociedade Anônima, esclarece que o legislador do anteprojeto da Lei “... sem pretensão de inovar, apenas convalida, em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática,

⁴⁰ PENTEADO. *Consórcio...*, op. cit., p.24

⁴¹ cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues. Associações voluntárias de empresas. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 52, p. 44-63, out/dez. 1983

⁴² *ibid.*, p. 47.

principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimentos.”⁴³

A lei de Sociedade Anônima veio consolidar o instituto do consórcio de empresas, que era utilizado na prática cotidiana empresarial, e regulamentado através de leis esparsas ou mediante contratos atípicos.

Objetivando a origem e evolução do instituto em estudo, necessário discorrer brevemente sobre os principais dispositivos normativos, anteriores à Lei de Sociedades Anônima, que disciplinavam a figura do Consórcio de Empresas.

3.4.1 Lei do Mercado de Capitais

A primeira manifestação do Consórcio de Empresas no ordenamento pátrio foi introduzida no artigo 15⁴⁴, da Lei nº 4.728/65, a qual disciplinava o mercado de capitais.

A presente lei estabelecia as linhas gerais para a constituição dos consórcios de empresas destinados a operar no mercado financeiro. Estabelece a lei, que a responsabilidade dos participantes é limitada ao risco assumido, conforme estabelecido nos parágrafos 2º e 3º da presente lei, bem como, necessária a designação de uma instituição líder e da delimitação precisa dos poderes outorgados a esta. Premissas que serão convalidadas como requisitos do consórcio de empresas atualmente regulado na lei de Sociedade Anônima.

⁴³ CARVALHOSA. op. cit., p. 337.

⁴⁴ "Art. 15 As instituições financeiras autorizadas a operar no mercado financeiro e de capitais poderão organizar consórcio para o fim especial de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado. § 1º Quando o consórcio tiver por objetivo aceite ou coobrigação em títulos cambiais, a responsabilidade poderá ser distribuída entre os membros

§ 2º O consórcio será regulado por contrato que só entrará em vigor depois de registrado no Banco Central e do qual constarão, obrigatoriamente, as condições e os limites de coobrigação de cada instituição participante, a designação da instituição líder do consórcio e a outorga, a esta, de poderes de representação das demais participantes.

§ 3º A responsabilidade de cada uma das instituições participantes do consórcio formado nos termos deste artigo será limitada ao montante do risco que assumir no instrumento de contrato de que trata o parágrafo anterior.

§4º Os contratos previstos no presente artigo são isentos de impostos do selo."

3.4.2 Consórcio de Exportação

Cronologicamente a seguinte lei a disciplinar os consórcios de empresas foi a que regulamentou o intercâmbio comercial com o exterior e criou o Conselho Nacional do Comércio Exterior – CONCEX – Lei 5025/66.

A supra citada lei estabelece em seu artigo 20, alínea “f”:

O Conselho Nacional do Comércio Exterior baixará os atos necessários à máxima simplificação e redução de exigências de papéis e trâmites no processamento das operações de exportação e deverá, também, de imediato, promover, definir e regular: (...) f) o exercício das atividades das organizações comerciais dedicadas à exportação sob a forma de sociedades, associações, consórcios, comissárias, ou qualquer outra, inclusive órgãos de classe.

A presente lei objetiva fomentar a economia nacional, através do incentivo à exportação de produtos nacionais. Para tanto, confere ao Concec, competência para estabelecer mecanismos destinados a facilitar a exportação de produtos nacionais.

Mauro Rodrigues Penteado, ao comentar a lei em destaque, estabelece “que se observa, contudo, é a pouca divulgação dessa modalidade de colaboração empresarial com fins de exportação, não obstante os comandos legais”⁴⁵. Concluindo a crítica, o autor supra citado, estabelece que: “... o consórcio de empresas permanece latente na legislação do comércio exterior, pronto para ser explorada toda a sua potencialidade, visando o incremento de nossas exportações, tão necessárias em face da opção econômica já exercida pelo Governo Federal.”⁴⁶

3.4.3 Consórcio no Código de Mineração

O decreto lei nº 227 de 1969, prevê no artigo 86, que “os titulares de concessões de minas próximas ou vizinhas, abertas ou situadas sobre o mesmo jazimento ou zona mineralizada, poderão obter permissão para formação de um Consórcio de Mineração, mediante Decreto do Governo ou a sua capacidade...”.

O consórcio estabelecido no ordenamento supra citado coaduna com a nova perspectiva do consórcio de empresas como meio de organização das unidades produtivas. A modalidade em análise representa a associação dos mineradores,

⁴⁵ PENTEADO. **Consórcio...**, op. cit., p. 53.

⁴⁶ Id.

objetivando o incremento da produtividade, através da racionalização da exploração em conjunto da jazida.

3.4.4 Consórcio para Absorção de Tecnologia

Segundo Mauro Rodrigues Penteado⁴⁷ o consórcio para absorção de tecnologia teve duas formas de manifestação, a primeira, através do decreto nº 64.345/69, o qual, em seu artigo 6º, estabelecia a restrição de que empresas estrangeiras, somente, poderiam contratar com a Administração Pública, após constituírem consórcio com empresas nacionais, de forma a assegurar satisfatória transferência de tecnologia. Em um segundo momento, o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, no uso de suas atribuições, baixou resolução determinando que empresas estrangeiras estavam proibidas de desenvolver atividade de engenharia e afins em solo pátrio, salvo consorciadas a empresas nacionais.

3.4.5 Consórcio para Realização de Obras Públicas

O decreto 73.140/73, atualmente revogado pela lei 8.666/83, estabelecia, em seu artigo 22⁴⁸, o consórcio de empresas para as licitações no âmbito da Administração Federal. Atualmente a lei de licitações e contratos administrativos, lei 8.666/93, comporta, em seu artigo 33, a contratação de consórcio de empresas para a execução de obras públicas.

A legislação revogada estabelecia em seu artigo 23, os requisitos necessários para a formação do consórcio para participação em licitações:

- a) constituição mediante instrumento particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos;
- b) designação do representante "legal" do consórcio;
- c) composição do consórcio, com indicação dos compromissos e obrigações de cada um dos consorciados individualmente, em relação ao objeto da licitação;
- d) responsabilidade solidária dos participantes;
- e) cláusula impeditiva de alteração do consórcio, sem a expressa anuência da administração pública, salvo a decorrente da fusão das consorciadas;
- f) 'compromisso

⁴⁷ cf. PENTEADO. **Consórcio**..., ob. cit., p. 59.

⁴⁸ Art 22 – (...) a participação, em licitação, de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio, desde que previstas no ato convocatório, sendo vedado ao consorciado também concorrer, na mesma licitação, isoladamente ou por intermédio de outro consórcio.

expresso de que o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta da de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente da de seus consorciados.

Podemos auferir que a legislação revogada teve importante influência na elaboração da figura do consórcio de empresas, estabelecido na Lei de Sociedade Anônima, assim como destaca Mauro Rodrigues Penteado: "... consórcios para participação em licitações promovidas pelo Poder Público, cuja disciplina parece ter centralizado as preocupações do legislador da nova lei brasileira do anonimato, embora, como se verá, quando menos para as suas finalidades específicas, o quadro legal preexistente se apresentava melhor estruturado."⁴⁹

3.5 BREVE ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO COMPARADO

Sem perder de vista a amplitude do presente trabalho, cabe analisar brevemente as principais manifestações associativas semelhantes ao consórcio de empresas nos ordenamentos estrangeiros.

3.5.1 Itália

A regulamentação do consórcio de empresas, atualmente disciplinada no Código Civil italiano, no Título X, do Livro Quinto, referente à concorrência e os consórcios, foi precedida por sucessivas leis esparsas.⁵⁰

A partir da regulamentação do consórcio de empresas no Código italiano 1942, houve a limitação de sua aplicabilidade, vez que ficou impossibilitado a formação entre os exercentes de uma mesma atividade econômica ou atividades conexas. Todavia, objetivando a utilização ampliada dos consórcios, os empresários pleitearam a modificação da legislação definidora desta figura, a fim de

⁴⁹ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 60.

⁵⁰ "A disciplina dos consórcios industriais na Itália foi inicialmente ministrada pela Lei nº 834, de 16 junho de 1932 e, posteriormente pelo Decreto nº 1.296, de 16 de abril de 1936, convertido este, como modificações, na Lei nº 961, de 22 de abril de 1937. Essa legislação impregnou o consórcio das características que o marcaram na Itália até a alteração legislativa operada pela Lei nº 377, em 10 maio de 1976, visto que a ementa da primeira lei referida indicava que seu conteúdo abrangia disposições relativas à constituição e o funcionamento de consórcios entre os exercentes de um

torná-lo instrumento disponível para qualquer forma de colaboração entre empresários.

Atendendo os reclamos da sociedade foi promulgada em 1976 a lei nº 377 que estabeleceu nova redação ao artigo 2.602.⁵¹

O sistema legal aplicável ao consórcio de empresas na legislação italiana é estruturado em três seções; a primeira contendo disposições gerais aplicáveis aos consórcios voluntários; a segunda, as normas determinadas aos consórcios que mantêm relações com terceiros; e a terceira, as normas aplicáveis aos consórcios obrigatórios.

Para a formação do consórcio seja ele de atividade interna ou externa, é pressuposto necessário a realização do acordo mediante instrumento escrito, contendo a indicação do objeto, duração, sede, obrigação dos consorciados e sanções pelo inadimplemento, seguindo o estabelecido no artigo 2.603⁵².

Além das disposições gerais necessárias a todos consórcios, aqueles destinados a atividades com terceiros devem respeitar algumas disposições específicas. Segundo Auletta e Salanitro, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, são princípios básicos a serem respeitados pelos consórcios com atividade externa:

- a) publicidade dos atos constitutivos, na forma minuciosamente indicada no art. 2.612, em que, além de seu arquivamento no registro das empresas, é complementada com a exigência de sua divulgação nos papéis expedidos pelo consórcio (art. 2615 *bis*, 3ª alínea);
- b) publicidade da situação patrimonial do consórcio, com o levantamento de balanços anuais, que deverão igualmente ser arquivados; c) representação passiva em juízo, segundo o disposto no art. 2.613; d) constituição do fundo consórcil, que é uma patrimônio autônomo formado pelas contribuições dos participantes.⁵³

Ademais a lei nº 377, de 1976, determina que a responsabilidade pelas atividades relacionadas exclusivamente com o objeto do consórcio, contraídas pelos representantes na limitação de seus poderes, recaem exclusivamente sobre o fundo consórcil.

mesmo ramo de atividade econômica', com o objetivo segundo seu artigo 1º, de disciplinar a produção e a concorrência." (PENTEADO. **Consórcio...**, op. cit., p.122)

⁵¹“Art. 2062 - Mediante o contrato de consórcio vários empresários constituem uma organização comum para a disciplina ou para o desenvolvimento de determinadas fases da empresas.” – Código Civil Italiano – (CARVALHOSA. op. cit., p. 364)

⁵² cf. PENTEADO. **Consórcio...**, op.cit., p.125.

⁵³ *ibid*, p.127.

3.5.2 França

O ordenamento Francês, impulsionado pela nova realidade econômico-social surgida após a implantação da Comunidade Européia, criou o GIE – *Groupement d' Inérêt Économique* – forma de cooperação que visa reestruturar as empresas a fim de capacitá-las a concorrerem no mercado europeu.

Modesto Carvalhosa ao definir GIE estabelece:

Trata-se de um tipo de consórcio – instrumento de colaboração entre empresas preexistentes – com duração determinada e de estrutura mais simples que a de uma sociedade, e mais complexa que a de uma associação. Pode ser constituído por duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, e adquirirá personalidade jurídica especial no momento em tenha seus atos constitutivos arquivados no Registro do Comércio.⁵⁴

A forma francesa de associação caracteriza-se pela flexibilidade de sua estrutura. O artigo 1º da lei francesa determina o objeto dos *groupement*, como “agenciar todos os meios aptos a facilitar ou desenvolver a atividade econômica de seus membros, a melhorar ou incrementar os resultados dessa atividade”⁵⁵, o qual, mesmo amplo, deve ficar devidamente delimitado. Modesto Carvalhosa⁵⁶, interpretando o artigo 1º da lei supra citada, determina que o GIE tem por finalidade o agenciamento de todos os meios aptos a facilitar ou a desenvolver a atividade econômica de seus membros, e melhorar-lhes ou acrescer-lhes os resultados da atividade.

A associação de empresas – GIE – entabulada mediante contrato *intuitu personae*⁵⁷, estabelece a formação de união de empresas cujo objetivo principal é a reorganização interna das mesmas objetivando a melhoria da produção e, por consequência, dos resultados da atividade empresarial. Ademais, caracteriza-se por receber personificação jurídica.

Acerca da responsabilidade pelas obrigações assumidas, o art. 4º da *Ordonnance n. 67.821/67*, estabelece: “que as obrigações contraídas pelo GIE gravam, direta e solidariamente, o patrimônio de seus membros como se fosse uma

⁵⁴ CARVALHOSA. op. cit., p. 363.

⁵⁵ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 117.

⁵⁶ cf. CARVALHOSA. op. cit., p.363.

⁵⁷ id.

sociedade em nome coletivo.”⁵⁸ Todavia, a fim de complementar os critérios de responsabilidade, necessário destacar a passagem de René Rodière, citada por Mauro Rodrigues Penteado. “Apenas uma precaução de ordem formal deve ser observada pelos credores: eles não poderão postular o pagamento dos participantes antes de ter tentado em vão obter o adimplemento da obrigação pelo *groupement*, por ato extrajudicial.”⁵⁹ Em suma, a responsabilidade dos associados pelas dívidas contraídas pelo *groupement* é subsidiária.

3.5.3 Estados Unidos

As combinações de empresas para a realização de empreendimento comum é prática largamente utilizada no Direito Norte Americano, sob a forma de *joint venture*.

As *joint venture*, segundo Modesto Carvalhosa, são “concebidas como o escopo de unir duas ou mais partes, com o fim de explorar uma única e determinada atividade”⁶⁰, sendo conceituadas como “uma modalidade de *partnership* temporária, organizada para a execução de um único ou isolado empreendimento lucrativo e, usualmente, embora não necessariamente, de curta duração. Trata-se de uma associação de pessoas que combinam seus bens, dinheiro, esforços, habilidades e conhecimento com o propósito de executar uma única operação comercial lucrativa.”⁶¹

De modo geral as *joint venture* seguem o regramento pertinente as *partnerships*, ressalvadas as particularidades, haja vista estas se constituem por um período considerável, enquanto aquelas por um período limitado no tempo. Acerca da administração, diferem: no caso das *joint venture* a administração recai a um dos participantes, o qual goza de poderes para obrigar os demais, fato que nas *partnerships* somente ocorre em casos isolados⁶².

⁵⁸ CARVALHOSA. op. cit., p. 364.

⁵⁹ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 118.

⁶⁰ CARVALHOSA. op. cit. 360.

⁶¹ Id.

⁶² cf. CARVALHOSA. op. cit., p. 360.

3.5.4 Argentina

Por fim, necessário destacar a manifestação legislativa Argentina a qual estabelece duas formas de consórcio: os *agrupaciones de colaboración*, modalidade duradoura de agrupamento de empresas, que objetiva estabelecer uma organização comum, com a finalidade de facilitar ou desenvolver determinadas fases da atividade empresarial; e as *uniones transitórias*, modalidade de união temporária para a execução ou desenvolvimento de determinada obra ou serviço⁶³.

Importante inovação conferida pelo ordenamento argentino, ao instituto, é a obrigatoriedade de constituição do fundo consórcil. Nos casos das uniões duradouras o fundo consórcil constitui patrimônio destacado de seus participantes, compondo uma universalidade de bens indivisos e imunes à execução de dívidas pessoas dos participantes do consórcio⁶⁴.

Quanto à responsabilidade pelas dívidas contraídas pelo consórcio os consortes respondem ilimitada e solidariamente por esta, todavia, como no ordenamento francês, há o benefício de ordem sendo a responsabilização pessoa do consorciado, somente, haverá no caso de insuficientes os recursos do fundo consórcil.⁶⁵

⁶³ cf. PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.64.

⁶⁴ cf. id.

⁶⁵ cf. *ibid.*, p. 65.

4 DO CONTRATO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS

O presente capítulo destina-se a análise minuciosa do contrato de constituição do consórcio de empresas.

4.1 NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO

Como determinado no capítulo anterior, o consórcio de empresas é forma de união de empresas pela qual várias unidades empresariais agregam esforços e capital objetivando a consecução de interesses comuns.

A natureza contratual do consórcio de empresas é taxativamente expressa na lei que o regulamenta: “a sistemática legal do consórcio possui caráter taxativamente contratual. Assim sendo, em virtude da configuração típica dada pela Lei, no que concerne à natureza jurídica dos consórcios, não se qualifica como simples contrato de união societária ou como contrato típico societário.”⁶⁶

Muito se controverte, na doutrina, sobre a natureza jurídica do contrato de consórcio de empresa. Parte o classifica como contrato de sociedade não personificada⁶⁷ e outra parcela classifica-o como um contrato plurilateral sem cunho societário⁶⁸.

Primeiramente, necessário analisar o conceito de sociedade determinado no artigo 981 do Código Civil: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Em uma leitura pouca atenta do artigo supra citado poder-se-ia estabelecer que os consórcios de empresas, união de pessoa – empresas - no intuito de conjugarem esforços para a consecução de um fim comum configurariam uma

⁶⁶ LUPATELLI, Alfredo Jr. e MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Consórcio de empresas – Aspectos Funcionais e Jurídicos. **Revista Jurídica – Síntese**. Porto Alegre, nº251, setembro, 1998. p.50.

⁶⁷ Segundo Rubens Sant Anna “A doutrina vem destacando que, pelo modelo brasileiro, à semelhança do adotado na Argentina e na Espanha, o consórcio é uma modalidade de ‘contrato plurilateral de sociedade não personificado’, figura aliás prevista no art. 989 do Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional.

É uma sociedade, não personificada, porque resulta de um tipo ou espécie de contrato em que, a teor do art. 1363 do Código Civil, pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recurso, para lograr fins comuns. (SANT’ANNA, Rubens. Consórcio de Empresas. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 18, 1997, p.26)

⁶⁸ Cf. PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 161.

sociedade. Todavia, adverte Ferri, citado por Mauro Rodrigues Penteado, apontando características que diferenciam a sociedade e o consórcio, estabelecendo que “neste (o consórcio de empresas), não se cria artificiosamente uma comunhão de interesses, em vista da preexistência, na atividade dos participantes, dos interesses que vieram a ser posto em comum. Na sociedade, ao reverso, não se coloca em comum interesse preexistente dos participantes, ‘mas se cria artificiosamente um interesse comum, precisamente aquele consistente na vantagem econômica que pode derivar do exercício da empresa’.”⁶⁹

Em suma, os consórcios não se coadunam com formas societárias pois são constituídos a fim de atender objetivo preexistente das empresas participantes, bem como inexistente a formação de estrutura autônoma independente para o exercício da atividade econômica.

O eminente Rubens Requião, em texto referente ao Consórcio de Empresas, assevera que “consórcio de empresas não se constitui como nova sociedade; elas, ao contrário, apenas se agregam umas às outras, num plano horizontal, mantendo cada uma a sua peculiar estrutura jurídica.”⁷⁰

A natureza jurídica do consórcio de empresas, disciplinado na lei das sociedades anônimas, não se coaduna com a estrutura de sociedade, sendo caracterizado como contrato associativo. Mauro Rodrigues Penteado assevera que “afastadas, assim, as figuras da associação e de sociedades, personificadas ou não, o estudo da natureza de consórcio deve partir de seu caráter contratual, taxativamente determinado em lei.”⁷¹

Pontes de Miranda estabelece que “o contrato de consórcio tem por fito a apreciação coletiva do interesses, ou de interesse. Substitui à atividade individual, singular, a atividade uniforme. As prestações são plúrimas convergentes (bilaterais e plurilaterais), o que distingue o contrato de consórcio, mesmo de duas sociedades, dos contratos bilaterais, que têm correspectividade.”⁷²

Contrato plurilateral, segundo Túlio Ascarelli, é estabelecido como “uma subespécie que poder-se-ia denominar a do contrato plurilateral, levando em conta

⁶⁹ PENTEADO. **Consórcio**..., op.cit., p. 34.

⁷⁰ REQUIÃO, Rubens. Consórcio de Empresas, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 430, 1971, p. 21.

⁷¹ PENTEADO. **Consórcio**...,loc.cit., p. 160.

⁷² PONTES DE MIRANDA, op.cit., p.238.

suas características. Essa Categoria distingue-se, como efeito: a) pela possibilidade da participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato, quer obrigações, de uma lado, quer direitos, de outro.”⁷³

O consórcio de empresas é definido com uma forma de união empresarial, mediante contrato associativo plurilateral, objetivando racionalizar a atividade e os recursos das empresas associados. Nas 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.”⁷⁴ Ademais, o contrato objetiva racionalizar as relações internas entre os consorciados, bem como destes com terceiros. Segundo as palavras de Modesto Carvalhosa, “representa este um centro autônomo de relações jurídicas internas, entre as sociedades consorciadas, e externas do consórcio com terceiros. É da natureza do contrato associativo de consórcio a sua autonomia administrativa em face das sociedades consorciadas, seja por uma direção própria, seja pelo seu exercício pela consorciada líder.”⁷⁵

Em suma, o consórcio de empresas pode ser estabelecido como forma de concentração inter-empresarial, realizada mediante contrato associativo plurilateral, sem cunho societário, visando a consecução de objetivo previamente determinado pelas empresas componentes do consórcio.

4.2 CONSÓRCIO DE EMPRESAS E FIGURAS AFINS

Visando a correta delimitação do instituto em estudo, necessário analisarmos os institutos jurídicos afins ao consórcio de empresas a fim de delimitá-lo e distinguí-lo dos institutos jurídicos assemelhados.

⁷³ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999. p.375.

⁷⁴ CARVALHOSA. op.cit., p. 340.

⁷⁵ id.

4.2.1 Consórcio e Sociedade

A primeira figura afim ao consórcio, a sociedade, foi analisada no tópico anterior, sendo desnecessária exaustiva análise neste tópico.

Em suma, destacamos a diferença apresentada por Remo Franceschelli, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, o qual determina que a diferença entre a sociedade e consórcio encontra-se na causa, pois “na sociedade ‘a causa objetiva consiste na entrega de bens e serviços para o *exercício em comum de uma atividade econômica como o escopo de dividir ganhos*’. Já no consórcio a causa não consiste no ‘exercício em comum da atividade econômica *mas apenas a disciplina da atividade econômica que cada um continua a exercer uti singulus*’.”⁷⁶

4.2.2 Consórcio e Sociedade em Conta de Participação

A sociedade em conta de participação tem nítida similitude com o consórcio de empresas, sendo que, alguns autores, determinam que “sociedade em conta de participação, de cuja prática evolui-se para o contrato consorcial, em que as partes são ostensivas embora com situação jurídico-contratual idêntica.”⁷⁷

Com a união formal do Direito Civil e Comercial os tipos societários passaram a ser regulado pelo Código Civil. A sociedade em conta de participação, disciplinada pelos artigos 991 e seguintes, não foi definida na nova codificação, sendo necessário rememorar ao estabelecido no revogado Código Comercial:

Art. 325 Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais.⁷⁸

A conta de participação é reconhecida como forma de sociedade, arrolada no subtítulo I, dedicado às Sociedades não personificadas, capítulo II, do novo Código Civil. Ao contrário, o consórcio de empresas, com anteriormente explanado,

⁷⁶ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 34.

⁷⁷ CARVALHOSA. op. cit., p. 338.

⁷⁸ Código Comercial - Lei 556/1850- revogado pela lei 10.406/2002 – Código Civil.

é contrato associativo plurilateral, sem cunho societário, disciplinado na lei de sociedade anônima.

Um segundo ponto de diferença tange ao plano estrutural das formas de associação, pois, na conta de participação, existem dois tipos de sócios os ostensivos, aqueles que segundo o artigo 991 exercem o objeto social, sendo responsáveis exclusivamente pelo empreendimento; e os sócios não-ostensivos ou ocultos, os quais prestam capital ao empreendimento, sem participar na administração. No consórcio de empresa todos os consortes são ostensivos, inexistindo cisão entre sócios ostensivos e ocultos, todos agem no intuito da conseguir o objetivo comum.

Por fim, destaca-se a questão referente ao patrimônio conferido ao “grupo”, pois, enquanto no consórcio os bens conferidos formam um fundo autônomo, fundo consórcil⁷⁹; no caso da conta de participação, os bens destinados pelo sócio oculto passam a integrar o patrimônio do sócio ostensivo.⁸⁰

4.2.3 Consórcio de Empresas e Grupo Societário

Os consórcios, como anteriormente disposto, são classificados com grupos de coordenação onde as empresas associam-se, mantendo sua autonomia, objetivando a consecução de fins em comum. Já os grupos de sociedades definem-se, segundo Modesto Carvalhosa, “como um conjunto de companhias sujeitas a um controle comum, que mediante convenção formal, visam a concentrar, sob uma direção autônoma do grupo, a política de administração, os fatores de produção, o patrimônio e os resultados (lucros), mantendo cada uma das pactuantes a sua formal personalidade jurídica.”⁸¹

O ponto de dissonância entre as duas figuras em análise refere-se à forma de administração empregada, sendo que, no caso dos consórcios, grupos de coordenação, as empresas participantes atuam de forma autônoma, sem qualquer

⁷⁹ Segundo Modesto Carvalhosa, “os recursos atribuídos pelas consorciadas à administração do consórcio constituem patrimônio que, funcionalmente, destaca-se dos das consorciadas durante todo o período de duração do consórcio.” (MODESTO. op.cit, p. 340)

⁸⁰ Os bens empregados no desenvolvimento da empresa comum, sobre os quais todos os sócios têm direito em caso de cessação daquela, integram, não obstante, o patrimônio do sócio ostensivo. (ULHOA, Fábio Coelho. **Manual de direito comercial**. 12ed., São Paulo : Saraiva, 2000. p.139.

⁸¹ CARVALHOSA. op. cit., p.266.

subordinação entre os integrantes⁸². Já nos grupos de sociedades há subordinação entre as empresas participantes, ocorrendo que a empresa controladora impõe sua vontade e sua administração às demais componentes do grupo. Conforme Rachel Sztajn, “os grupos constituídos pela controladora e suas controladas ou coligadas são ditos grupos de subordinação, pela óbvia razão do controle que uma das sociedades exerce sobre as demais.”⁸³

Por fim, Modesto Carvalhosa assevera como critério diferenciador das formas de associação de empresas o período de vigência dos contratos.

Uma das diferenças fundamentais entre o *contrato de subordinação* (grupo de sociedades – arts. 265 a 277) e o consórcio é que este é celebrado visando a consecução de determinado empreendimento (consórcio operacional) ou a contratação com terceiro (consórcio instrumental). Já no grupo de sociedades (art. 265) os objetivos empresariais são amplos e duradouros, demandando, às vezes, uma longa maturação de organizações e de métodos empresariais e a geração respectiva de recursos. Daí poder a convenção (art. 269) ser por prazo indeterminado. Já no consórcio, o prazo será sempre limitado pelo termo (prazo) ou pelo término do empreendimento (consórcio operacional) ou da celebração do contrato com terceiro (consórcio instrumental).⁸⁴

Em resumo, o consórcio de empresa diferencia-se dos grupos de sociedade pelo método de gestão administrativa empregada, pois neste há subordinação das empresas à líder, enquanto naquele prepondera a autonomia das partes que atuam livremente na busca do objetivo em comum.

4.2.4 Consórcio e Cooperativa

As cooperativas são definidas, segundo a Aliança Cooperativa Internacional “como toda a associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros, através da exploração de uma empresa sobre base da ajuda mútua.”⁸⁵ Nas palavras do eminente comercialista paranaense Alfredo Assis Gonçalves Neto, a idéia de cooperativa acentua na “... de colaboração recíproca entre seus membros, que costumam ser chamados de sócios, associados ou cooperados, e o claro propósito de afastar qualquer objetivo lucrativo do ente assim

⁸² cf. CARVALHOSA. op.cit. p. 342.

⁸³ SZTAJN. Rachel. **Contrato de sociedades e formas societárias**. São Paulo : Saraiva. 1989. p. 115.

⁸⁴ CARVALHOSA. op. cit., p.343.

⁸⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 124.

criado...⁸⁶". Continua o doutrinador destacando o objetivo das cooperativas como "... buscar a melhoria econômica e social de si próprias, através da exploração de uma empresa estruturada sob base da ajuda mútua."⁸⁷

Podemos verificar que as cooperativas apresentam certa similitude com a idéia dos consórcios de empresas como forma de reestruturação das unidades associadas na busca de fim comum. Todavia, estruturalmente verifica-se que as cooperativas são, eminentemente "constituídas pelo número máximo de 20 pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenha por objeto as mesmas ou correlatas atividades das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos."⁸⁸ Deste fato podemos apontar a separação estrutural entre os institutos, enquanto o consórcio destina-se à união de empresas individuais ou coletivas, as cooperativas destinam-se, eminentemente, à união entre pessoas físicas que desempenham atividades similares.

Outro ponto fundamental a ser destacado para diferença dos institutos é o intuito lucrativo da associação. No caso da cooperativa o lucro é rechaçado da associação, a qual se destina a ajuda mútua entre os associados, sendo, ao final, partilhadas as sobras do resultado da associação. "A distribuição dos resultados econômicos proporcionais à participação do associado nos negócios da cooperativa determinando que a equidade, sob o ponto de vista econômico possa ser preceituada como 'a cada um, segundo sua participação nos negócios cooperativos'."⁸⁹ Já em relação aos consórcios, há a distribuição dos lucros auferidos com o empreendimento desenvolvido pelos consortes.

Outra diferença refere-se à natureza jurídica dos institutos, posto que a cooperativa é "... legalmente qualificada como **sociedade de pessoas**, com forma e regime jurídico próprio, de **natureza civil** - melhor dizendo, não empresarial⁹⁰", enquanto o consórcio de empresas é configurado como contrato associativo plurilateral, sem cunho societário, eminentemente empresarial⁹¹.

Em suma, as cooperativas são constituídas mediante sociedade de natureza não comercial, com personalidade jurídica, regidas pelo regime jurídico próprio,

⁸⁶ *ibid*, p. 125.

⁸⁷ *id*.

⁸⁸ Lei 5.764 de 1971, artigo 6, I.

⁸⁹ IRION, João Eduardo Oliveira. **Cooperativismo e economia social**. São Paulo: STS, 1997. p. 50.

⁹⁰ GONÇALVES. *op. cit.*, p. 127.

definido na lei 5.764/71, e no que esta for omissa, pelo Código Civil, segundo artigo 977. Já os consórcios de empresas são constituídos via contrato plurilateral, sem formação de personalidade jurídica própria, regidas mediante o estipulado na avença estabelecida pelos consortes e pela lei de sociedades anônimas.

4. 3 A RELAÇÃO ENTRE CONSÓRCIO E *JOINT VENTURE*

A *joint venture*, instituto jurídico de origem anglo-americano, foi rapidamente incorporado pela prática internacional como meio de colaboração entre empresas.

Em consonância com a realidade jurídica mundial o Brasil incorporou a *joint venture* como forma de cooperação entre sociedades, sendo, atualmente, uma das formas de cooperação inter-empresarial mais utilizada pelos empresários pátrios segundo assevera Rasmussen, especialista em consultoria na área econômica, “cada dia mais as técnicas do ‘joint venture’ ganham mais aceitação entre executivos e empreendedores.”⁹²

Como no direito americano, a definição precisa de *joint venture* parece tarefa árdua que poucos estão dispostos a enfrentar. Patrícia Carvalho, assim a define: “basicamente, a *joint venture* retrata a cooperação de duas ou mais empresas independentes, a fim de melhor desenvolver um projeto comum (aventura comum). É normal um sócio aportar capital e o outro mercado, ou tecnologia, ou capacidade industrial etc. Esta união ou casamento de culturas e atividades está longe de ser evidente do ponto de vista prático e, também, jurídico.”⁹³

Em visão proposta pelo cientista econômico, Rasmussen, a *joint venture* define-se como “uma fusão de interesses entre uma empresa com um grupo econômico, pessoas jurídicas ou pessoas físicas que desejam expandir sua base econômica com estratégia de expansão e/ou diversificação, com propósito explícito de lucros ou benefícios, com duração permanente ou a prazos determinados.”⁹⁴

Dos conceitos apresentados, bem como de sua origem e evolução, auferida no capítulo precedente, a definição de *joint venture* apresenta-se muito ampla, fato

⁹¹ cf. CARVALHOSA. op. cit., p.341.

⁹² RASMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresariais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991 p. 137

⁹³ CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture* – um olhar voltado para o futuro. **Revistas de Direito Privado**. São Paulo, nº 6, p. 138, 2001.

corroborado pelo entendimento de Luiz Olavo Baptista, o qual aduz acerca de *joint venture* que “desde de sua origem no direito americano, até o seu uso hoje, na prática internacional, é amplo e cobre uma gama variada de formas de colaboração das empresas entre si. As variedades de formas decorrem dos objetivos que os *ventures* desejam alcançar, seja dos instrumentos jurídicos tradicionais de que se utilizam, ou da maneira pela qual combinam.”⁹⁵

Necessário rememorar o conceito de consórcio de empresas, apresentado no início do presente capítulo, como forma de concentração de empresas através da qual duas ou mais unem-se, mediante contrato associativo plurilateral, objetivando a consecução de fins comuns.

Assim, o consórcio de empresas, figura estudada no presente trabalho, pode ser utilizado com meio para formação de uma *unincorporated joint venture*, modelo californiano de *joint venture* representado na forma contratual.

Consciente da falta de definição legal de *joint venture* Luiz Olavo Baptista assevera:

No que se refere às *unincorporated joint venture*, o grande obstáculo parece ser a falta de uma definição jurídica adequada, que faz com que todos os tipos de instrumentos jurídicos sejam utilizados, desde as formas de coligação de empresas com caráter temporário, do tipo das GIE, do *Konzern*, do *consorzio* italiano, do consórcio do direito brasileiro, passando pelas sociedades atípicas e pelas em conta de participação, até os procedimentos meramente contratuais, com os riscos da legislação antitruste e da resolução de eventuais disputas.⁹⁶

Em suma, o consórcio de empresas é uma das formas por meio da qual as *joint venture* de forma contratual podem manifestar-se. Todavia, assumindo a forma de consórcio de empresa as *joint venture* seguem o regramento apropriado para esta forma de contrato tipificado em nosso ordenamento na Lei 6.404/76, Lei de Sociedade Anônima.

Comumente os empresários, a fim de preservarem a segurança de seus negócios, entabulam *joint venture corporation*⁹⁷, na qual há a formação de uma nova

⁹⁴ RASMUSSEN. loc. cit., p.135.

⁹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture” – uma perspective comparatista. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 42, p. 59, 1981.

⁹⁶ Ibid, p.58.

⁹⁷ Nos termos de Rasmussen “Um ‘joint venture’ ou ‘merger’, resumidamente, é uma fusão entre sócios de recursos financeiros, tecnológicos, produtivos, know-how, e mercadológicos, consolidado numa pessoa jurídica” (RASMUSSEN, op.cit., p. 137)

pessoa jurídica composta pelas empresas associadas. Mediante a forma de *corporation* preserva-se a segurança jurídica da relação, todavia se perde a flexibilidade da associação.

4.4 DISPOSIÇÕES ACERCA DO CONTRATO

O contrato de consórcio de empresas é disciplinado na lei nº 6.404/76, Lei do Anonimato, no capítulo XXII, nos artigos 278 e 279, sendo disposto primeiramente as matérias atinentes aos participantes do consórcio e o objeto e, posteriormente, as questões referentes aos elementos e demais disposições do contrato.

4.4.1 Partes

O artigo 278, “*caput*” estabelece que “as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste capítulo”. Muito se controverteu sobre este artigo, pois parcela considerável da doutrina estabelecia como condição necessária para a constituição do consórcio pelo menos a presença de uma companhia, Sociedade Anônima.

O eminente professor Fran Martins, posicionando-se sobre a questão, aduz que “a verdade, entretanto, é que nenhum motivo existe para fazer com que os consórcios sejam formados apenas com a participação de uma sociedade anônima.”⁹⁸

Segundo Mauro Rodrigues Penteado “a conjunção coordenativa ‘e’, empregada no texto, pode ser copulativa ou aditiva e adversativa. Parece válido admitir que a conjunção encontrada no art. 278 pertence à última espécie, que é usada para ligar dois termos de igual função, acrescentando-lhes uma idéia de contraste, donde seria lícito concluir que não é defesa a constituição de consórcio por parte de outras sociedades, sem a participação da anônima.”⁹⁹

⁹⁸ MARTINS, Fran. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. vol.3. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.486.

⁹⁹ PENTEADO. **Consórcio**...,op. cit., p. 141.

Na esteia desse entendimento a doutrina atualmente determina que “poderão participar do consórcio as companhias, bem com as sociedades mercantis de outro tipo. Podem assim firmar o mesmo contrato consorcial as sociedades anônimas privadas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, as sociedades por quota, as em nome coletivo e as comandita simples ou por ações.”¹⁰⁰

A participação de pessoas físicas na composição dos consórcios, é ponto que, ainda, encontra-se em discussão, uma vez que a legislação pátria reduz a legitimidade para participação em consórcio à sociedades. Mauro Rodrigues Penteadó tece severas críticas ao reducionismo legal aduzindo que “com a exclusão de pessoas físicas – vedação que não encontra precedentes nas melhores soluções do Direito Comparado, e que representa um retrocesso em relação à legislação anterior.”¹⁰¹

4.4.2 Ausência de Personalidade Jurídica do Consórcio

Os consórcios de empresas, como exposto anteriormente, são formas de concentração de empresas desenvolvida através de contrato plurilateral, sem cunho societário, tendo seu registro na junta comercial segundo o parágrafo único do artigo 279 da Lei do Anonimato.

Consoante Augusto Nobre o consórcio é uma forma de união contratual de empresa cujo objetivo tange “a associação de interesses sem perda da individualidade e sem a formação de uma personalidade jurídica.”¹⁰²

A ausência de personalidade jurídica do consórcio é expressamente declinada no parágrafo primeiro do artigo 278, primeira parte, o qual determina que “o consórcio não tem personalidade jurídica ...”.

¹⁰⁰ CARVALHOSA. op.cit., p. 357.

¹⁰¹ PENTEADO. **Consórcio**...,op.cit., p.141.

¹⁰² NOBRE, Augusto. Consórcio de empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 300, p.376, 1987.

4.4.3 Ausência de Solidariedade entre os Componentes do Consórcio

A solidariedade dos consortes pelas obrigações assumidas não se presume, sendo estabelecida, salvo disposição em contrário, nos limites estabelecidos no contrato de formação do consórcio.

Muitos doutrinadores aduzem que a falta de presunção das obrigações retira a segurança das relações estabelecida com os consórcios, pois, caso solidariedade existisse “haveria, com isso, maior proteção àqueles que não dispõem de poder econômico para exigira a declaração de solidariedade.”¹⁰³

Em suma, a ausência de solidariedade entre os consortes dificulta a operacionalidade deste, vez que os terceiros deixam de contratar com consórcios pois não têm assegurado que a prestação assumida será cumprida na sua integralidade.

Consoante ao problema exposto, Mauro Rodrigues Penteado postula crítica aduzindo que “a nova lei (lei do anonimato) deixou de enfrentar e resolver uma das maiores dificuldades apontadas na atuação dos consórcios antes de sua promulgação, e que consistia, exatamente, em conferir a devida proteção aos terceiros que contratam com empresas participantes de consórcios.”¹⁰⁴ Mesmo com o passar de mais de 20 anos, a crítica do mestre ainda encontra-se atual, vez que a ausência de presunção ainda subsiste dificultando a utilização do instituto.

4.4.4 Falência de Sociedade Componente do Consórcio

No caso da falência de uma das sociedades componentes do consórcio o artigo 278, § 2º, da lei 6.404/76, estabelece que a associação permanecerá íntegra, não havendo reflexo quanto à sua constituição.

Questão necessária a ser destacada tange ao caso do consórcio formado por duas sociedades, sendo que a solução ventilada pela doutrina é seu desfazimento deste por evidente impossibilidade.

¹⁰³ PENTEADO, **Consórcio**..., op. cit., p. 154.

¹⁰⁴ id.

4.4.5 Autorização para o Estabelecimento do Consórcio

O art. 279 da lei do anonimato estabelece como condição necessária de existência do contrato de formação do consórcio a prévia autorização conferida pelo órgão competente para autorizar a alienação de bens da sociedade que deseja compor a associação.

4.4.6 Do Registro do Contrato de Consórcio

O parágrafo único do artigo 279 da lei 6.404/76 estabelece que o contrato de consórcio de empresas deve ser registrado no registro de comércio do lugar de sua sede¹⁰⁵.

A publicidade do consórcio será conferida pelo arquivamento e posterior publicação desse termo, tornado eficaz externamente o consórcio¹⁰⁶. A publicidade dos consórcios visa resguardar o direito de terceiros que venham a contratar com o consórcio.

Assevera Modesto Carvalhosa, que não observância da condição estabelecido no artigo 279, parágrafo único, “acarreta a responsabilidade ilimitada e solidária das consorciadas em todas as obrigações assumidas em nome do consórcio ou em nome próprio.”¹⁰⁷

4.5 ELEMENTOS DO CONTRATO

4.5.1 Requisitos Essenciais do Contrato

A validade e a eficácia do contrato de consórcio de empresas são condicionadas à presença dos requisitos estabelecidos na lei. Segundo Modesto Carvalhosa “a lei societária, ao instituir os requisitos mínimos de literalidade do

¹⁰⁵ cf. Artigo 279, Parágrafo único – Lei 6.404/76.

¹⁰⁶ cf. CARVALHOSA, op.cit, p. 377.

¹⁰⁷ CARVALHOSA, op. cit., p.376.

contrato consorcial, visou a distinguir os consórcios das sociedades de fato, de que trata o art. 305 Código Comercial.”¹⁰⁸

Ponto essencial para a formação do consórcio é sua delimitação precisa como associação contratual sem pretensão de formar nova sociedade. Augusto Nobre adverte “por outro turno, há que se ter cuidado para que o consórcio não seja tido como contrato de sociedade, dando margem assim a que um eventual contendor alegue a existência de uma sociedade de fato irregular e pleiteie a responsabilidade solidária das consorciadas.”¹⁰⁹ Por este fato, a lei, a fim de evitar problemas como delineado pelo eminente mestre, estabelece parâmetro para diferenciar o consórcio da sociedade de fato.

Por sua vez Modesto Carvalhosa, assevera que “a presente norma (art. 279 da lei 64.04/76) determina, assim, as cláusulas necessárias à validade e à eficácia do contrato associativo do consórcio, cláusulas essas que não poderão deixar de constar desse contrato consorcial.”¹¹⁰ Para Mauro Rodrigues Penteado, a falta destas, impossibilita o registro do consórcio, pois “na elaboração do contrato de consórcio, alguns elementos deverão necessariamente estar presente, sob pena, inclusive, de ser-lhe negado o registro.”¹¹¹

Sem pretensão de profunda digressão, apresentaremos abaixo o rol dos requisitos necessário para a validade e eficácia do consórcio.

4.5.1.1 Designação

No entendimento mais acurado, mesmo contrariando o dispositivo legal, a designação é determinada como essencial vez que por meio desta se verifica a publicidade do consórcio. Nos termos de Modesto Carvalhosa “o legislador, numa infelicidade única, dá caráter facultativo a tal cláusula. Não obstante, não pode assim ser entendido, uma vez que a *função da designação* é atender ao *regime de publicidade* do consórcio, de resto expressamente previsto no parágrafo único dessa mesma norma.”¹¹²

¹⁰⁸ *ibid.* p. 369.

¹⁰⁹ NOBRE. *op.cit.*,p 381.

¹¹⁰ CARVALHOSA. *loc. cit.*, p. 369.

¹¹¹ PENTEADO. **Consórcio**...,*op. cit.*, p.146.

¹¹² CARVALHOSA. *op. cit.*, p. 370.

A designação é elemento essencial para individualizar o consórcio perante terceiro, bem como para proporcionar a publicidade deste, atendo assim o requisito da publicidade do consórcio, consagrado no parágrafo único do artigo 279¹¹³.

4.5.1.2 Objeto

O objeto, requisito estabelecido no artigo 279, II, da Lei 6.404/76, representa a descrição minuciosa do empreendimento a ser realizado pelo consórcio. Nas palavras de Modesto Carvalhosa, objeto é estabelecido como a “identificação do seu propósito específico constituindo a causa de sua celebração. Trata-se da declaração da finalidade do consórcio, a qual configura a natureza plurilateral deste, que está voltada a um objeto único e temporário, envolvendo determinadas atividades empresariais das sociedades consorciadas.”¹¹⁴ Adverte ainda o eminente doutrinador que “a declaração dessa finalidade (empreendimento que constitua o objeto do consórcio) deverá ser minuciosa e exaustiva.”¹¹⁵ Por sua vez Mauro Rodrigues Penteado estabelece que “a determinação do objeto do consórcio, ou seja, a sua explicação completa e precisa, assumirá importância na delimitação da representação das consorciadas, que deve ser feita no contrato (art. 279, inc. VI).”¹¹⁶

A doutrina estabelece que a lei brasileira se orientou no sentido de que o consórcio é constituído para realizar apenas um empreendimento, que deve ser determinado, isto é, mencionado com detalhes para identificação. Todavia, com o devido respeito da posição, entendemos que o objeto do empreendimento desenvolvido pelo consórcio deve ser delimitado precisamente, mas não nos parece correto o entendimento de que este é limitado a único ato.

4.5.1.3 Duração

O contrato de consórcio, por lei, é estabelecido como temporário, sendo necessário a determinação do tempo de vigência deste.

¹¹³ Vide item 3.4.6.

¹¹⁴ CARVALHOSA, loc cit, p. 370.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 146.

Muitas vezes, com assevera Mauro Rodrigues Penteado, “o contrato poderá vincular a duração do consórcio à execução do empreendimento que tem por objeto, refugindo assim a uma precisa delimitação temporal.”¹¹⁷

4.5.1.4 Endereço

Endereço, na acepção estabelecida na lei do anonimato, aplicável ao consórcio de empresa, significa “local que, embora sem as implicações jurídicas de um domicílio civil, centralize os assuntos de interesse do consórcio.”¹¹⁸

Necessário destacar que o endereço, indicado como requisito para o contrato do consórcio, não corresponde a “sede social” pois, para o direito brasileiro, sede social é o domicílio da pessoa jurídica. Como o consórcio de empresas não possui personalidade jurídica, inadmissível estabelecer que este possua uma sede social. Todavia, condição para a operacionalidade do consórcio, visando facilitar as relações entre o consórcio e terceiros, é o estabelecimento de um endereço localidade onde se concentrem as atividades do “grupo” de empresas.

Em geral, estabelece a doutrina, que “endereço corresponde ao domicílio ou à sede social do representante do consórcio.”¹¹⁹

4.5.1.5 Foro

É a localidade determinada para sediar o processamento de eventual demanda entre os consortes ou entre o consórcio e terceiros.

Requisito de extrema importância a fim de evitar problemas futuros, pois, “a lei ora se refere a ‘endereço’, ora ‘sede’ do consórcio, com a possibilidade de gerar dúvidas entre os aplicadores, é convincente que a indicação do foro seja efetuada com precisão.”¹²⁰

¹¹⁷ Ibid, 148.

¹¹⁸ id.

¹¹⁹ LUPATELLI, op.cit., p.53.

¹²⁰ PENTEADO, **Consórcio**...,op. cit., p.148.

4.5.1.6 Definição das obrigações, responsabilidades e prestações específicas

O requisito objetiva disciplinar as obrigações de cada consorte no empreendimento a ser desenvolvido. Segundo Modesto Carvalhosa “o presente inciso atende à natureza do contrato, qual seja, a prestação individualizada que cada consorciada se obriga a trazer para a atividade consorcial.”¹²¹

A delimitação de obrigação deve ser minuciosamente elaborada objetivando estabelecer expressa e claramente os deveres obrigacionais e a responsabilidade pelos atos de cada participante, pois como exposto no item 3.4.5, cada consorte, salvo disposição em contrário, somente se responsabiliza no limite das atribuições delineadas no contrato, sem que haja presunção de solidariedade entre as partes. Consoante a faculdade de não solidariedade entres os consortes, Modesto Carvalhosa, expressa que “a razão dessa exigência é que, no caso de inadimplência do consórcio perante terceiros – de natureza contratual ou extracontratual -, possam estes também acionar diretamente a sociedade consorciada pelas prestações que deixou de trazer ou pelos ilícitos delas decorrentes.”¹²²

Antenado aos problemas referentes à delimitação das obrigações dos consortes, adverte Mauro Rodrigues Penteado, que “cauteladas especiais, portanto, devem merecer a redação do contrato, neste particular, mormente à vista da ausência de presunção de solidariedade.”¹²³

4.5.1.7 Normas sobre o recebimento de receitas e partilha de resultados

Cabe, primeiramente, destacar a diferença entre recebimento de receitas e partilha de resultado. Recebimento das receitas tange em estabelecer as condições referentes à participação de cada empresa no consórcio, qual a proporção e a forma que cada consorciada dedicará ao “grupo de empresa”. Modesto Carvalhosa, ao comentar o referido dispositivo, estabelece que “essas normas internas de divisão de

¹²¹ CARVALHOSA, op. cit., p.372.

¹²² id.

¹²³ PENTEADO, **Consórcio...**, op. cit., p.149.

receitas são fundamentais para a recomposição dos recursos financeiros empregados pelas consorciadas.”¹²⁴

Por sua vez, partilha dos lucros dedica-se em estabelecer as condições de partilha das vantagens, lucro, auferido pelo consórcio. Mais uma vez recorremos a Modesto Carvalhosa, que, em brilhantes termos, assevera que “essa distribuição de resultados entre o capital e a indústria, que formam o consórcio, refere-se ao ‘lucro’, não tendo relação com as normas sobre recebimento de receitas. Estas têm critérios diverso.”¹²⁵

Ao final, cabe frisar a advertência asseverada por Mauro Rodrigues Penteado, o qual determina que “... 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.”¹²⁶

4.5.1.8 Administração e representação dos consórcios

A administração é elemento essencial para a operacionalidade do consórcio haja vista que “a administração do consórcio será de relevante interesse para as sociedades participantes, visto que estabelece o sistema de prestações das consorciadas e seu controle. Sem essa organização – que poderá ser atribuída à consorciada líder ou a uma direção autônoma – seria impossível regular o oportuno e pleno cumprimento das prestações convencionadas, para todos os efeitos, inclusive de configuração de inadimplemento e ilicitude.”¹²⁷

Assim, o estabelecimento de um órgão administrativo responsável pelo direcionamento do consórcio é fundamental para sua operacionalidade, sendo que o representante “administrador do consórcio, nos limites do contrato, detém os poderes de gestão interna e de representação.”¹²⁸

¹²⁴ CARVALHOSA. op.cit., p. 373.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ PENTEADO. **Consórcio**..., op. cit., p. 150.

¹²⁷ CARVALHOSA. op. cit., p.375.

¹²⁸ CRISTÓFARO, Paulo Pedro. Consórcio de sociedades. Validade eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, nº44, p.18, 1981.

Quanto à representação, necessário salientar que o consórcio não apresenta personalidade jurídica própria, sendo assim, necessário o estabelecimento de um ente que responda perante terceiros pelo consórcio. Segundo Modesto Carvalhosa, “a representação será sempre exercida ou pela sociedade líder ou pela direção autônoma. Em ambos os casos, como referido, a natureza da representação será o mandato, em nada se confundindo com a representação orgânica, própria das pessoas com personalidade jurídica.”¹²⁹

Representar significa atuar por aquele que se representa, exercer atos pela representada. Nos termos de Pedro Paulo Cristófar “A representação – tanto a contratual quanto a orgânica – envolve a prática de atos jurídicos cujos efeitos não recaem sobre quem os pratica mas sobre o representado. Quem pratica o ato (actor) não é sujeito (auctor) dos direitos e obrigações que dele surgem, se modificam ou extinguem.”¹³⁰

Desta forma o consórcio, mesmo sem personalidade jurídica (representação orgânica), possui representação contratual pela qual o representante atua no interesse do conjunto de empresas unidas através do consórcio. Seguindo os ensinamentos de Pedro Paulo Cristófar:

A esse grupos não personificados, atribui a lei representação. Os efeitos dos atos praticados pelos seus representantes não recaem, porém, como sucede nos grupos personalizados, imediatamente sobre a pessoa jurídica, só mediatamente repercutindo sobre os componentes desta. Na hipótese de grupos não personificados, os efeitos dos atos jurídicos praticados por seus representantes, porque não podem recair sobre uma pessoa jurídica que não existe, incidem imediatamente sobre os patrimônios dos seus integrantes.¹³¹

Em suma, o representante atua o interesse do consórcio, sendo que a responsabilidade por seus atos, se praticados em estrita consonância como os termos do contrato, recairá ao consórcio; ou seja, em outros termos, ao fundo consórcil se possuir, ou ao patrimônio das empresas participantes, no limite da responsabilidade assumida.

¹²⁹ CARVALHOSA, op. cit., p. 374.

¹³⁰ CRISTÓFARO, op. cit., p.18.

¹³¹ *ibid.*, p. 19.

4.5.1.9 Regras referentes às deliberações relativas a assuntos de interesse comum

As regras sobre deliberação dos interesses do consórcio são fundamentais para a participação ativa das empresas consortes no controle e na gestão do consórcio.

Consoante os objetivos desta regra necessário estabelecer expressamente a forma de deliberação e participação dos consortes nas decisões comuns do “grupo”. Segundo Modesto Carvalhosa “cabe ao contrato consorcial estipular sobre deliberação colegiada das consorciadas, indicando o peso de votos de cada uma. A liberdade de estipulação a respeito é de ampla discricionariedade.”¹³²

4.5.2 Requisitos Facultativos do Contrato de Consórcio de Empresas

Ao contrário dos requisitos essenciais, os quais devem constar necessariamente em todo contrato de consórcio de empresas sob pena de impossibilidade de registro, os elementos facultativos são dispostos voluntariamente no contrato com objetivo de facilitar a operatividade dos negócios entabulados pelo consórcio.

Cabe destacar que os requisitos, seja os essenciais ou facultativos, não esgotam o elenco de cláusulas que podem ser inseridas no contrato de constituição do consórcio de empresas a fim de viabilizar melhor operatividade de sua estrutura¹³³.

4.5.2.1 Taxa de administração

Segundo Mauro Rodrigues Penteado o conceito de taxa de administração, “equivale à contraprestação percebida pelo consorciado ou consorciados a quem incumbir a administração do consórcio, podendo as partes livremente, convencionar o que melhor lhes aprouver a respeito.”¹³⁴

¹³² CARVALHOSA. op. cit., p.375.

¹³³ cf. PENTEADO. **Consórcio...** op.cit., p.153.

¹³⁴ PENTEADO. **Consórcio...**, op. cit., p.152.

Taxa de administração é o pagamento, contraprestação pecuniária, estabelecida em face das empresas que venham a fazer parte deste grupo e, por consequência, auferem as vantagens proporcionadas por esta união.

O valor recebido a título de taxa de administração é revertido, no caso de administração exercida por uma empresa líder, à gestora líder do grupo; no caso de inexistir empresa líder, será revertido ao fundo de administração do grupo – fundo consórtil.

4.5.2.2 Fundo consórtil

A criação de um conjunto de bens para o atendimento de despesas contraídas em benefício do consórcio, em muitos casos, é condição necessária para a operatividade da união de empresas.

Segundo o eminente Pontes de Miranda, o fundo consórtil:

compõem-se com as contribuições dos consorciados, e do que, como isso, se adquiriu, e escapa a qualquer exigência de divisão, por parte dos consorciados, e a direitos, pretensões e ações de terceiros particulares desses. O patrimônio é autônomo, porque se destina a determinado fim, que estabelece a mesmidade de sorte dos consorciados. Mas, para isso, é preciso que o consórcio seja externo, como a necessária eficácia contra terceiros. Tal situação jurídica pode existir mesmo se a estruturação do consórcio não é societária.¹³⁵

O fundo consórtil constitui uma universalidade de bens proveniente da contribuição dos consortes, que se destina ao pagamento das despesas comuns assumidas em nome do consórcio.

Segundo Modesto Carvalhosa, “esses fundos apartam-se do patrimônio das consorciadas, tornando-se *patrimônio separado*, a cargo da direção autônoma ou da sociedade líder, na sua qualidade de mandatária mercantil das consorciadas.”¹³⁶

O fundo consórtil não é requisito essencial para a efetivação do consórcio; todavia, na sua falta, necessário o estabelecimento de regras para a repartição das despesas assumidas pelo consórcio. Adverte Mauro Rodrigues Penteado, ao comentar sobre as despesas comuns do consórcio, que “é conveniente que as

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 253.

¹³⁶ CARVALHOSA, op.cit., p. 376.

partes ajustem as parcelas que tocam a cada uma delas, bem como o modo e o tempo em que tais valores deverão ser transferidos à administração do consórcio.”¹³⁷

¹³⁷ PENTEADO. **Consórcio...**, op. cit., p.152.

5 CONSÓRCIO DE EMPRESAS COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DAS PEQUENAS EMPRESAS

As pequenas empresas, principalmente após a queda das barreiras comerciais, necessitaram redimensionar sua atuação no mercado, vez que se defrontaram como empresas de alto nível competitivo atuando no mercado que anteriormente lhes pertencia.

Conforme destaca Fábio Konder Comparato, ao comentar sobre as pequenas unidades produtivas, “fazia-se mister obviar as reconhecidas fraquezas devidas à reduzida dimensão empresarial, quais sejam a fragilidade das estruturas financeiras, a inacessibilidade às melhores redes de distribuição, a ausência de pesquisa e de informação tecnológica, a limitada capacidade de suprimentos em matérias-primas e produtos semi-elaborados.”¹³⁸

Atentos à nova realidade econômica mundial, as pequenas unidades procuraram redimensionar sua atuação na economia globalizada buscando soluções para sobreviverem neste novo mercado. Em conclusão de seu trabalho sobre alianças empresariais, Marcelo C. Zampieri assevera que, “tendo em vista a necessidade de haver um redimensionamento na economia de mercado, como forma de resposta às novas exigências decorrentes da globalização, aliado à formação de blocos econômicos em várias partes do mundo (Tigres Asiáticos, União Européia, Mercosul, Nafta), fizeram com que as empresas reavaliassem seus mecanismos de negociação além das fronteiras, criando-se assim um ambiente favorável a essa nova técnica de aliança empresarial.”¹³⁹

A pequena empresa, visando sobreviver na nova economia, buscou a formação de meios alternativos para seu fortalecimento, pois:

Atuando isoladamente, as micro e pequenas empresas dificilmente removerão seus obstáculos, especialmente na relação como o mercado. O Associativismo é ainda muito frágil nestes segmento, por limitações legais e principalmente culturais. Mas são incontáveis as iniciativas localizadas que atestam os ganhos da atuação conjunta, possibilitando redução de custos e ampliação da clientela. Mais do que uma prática corporativa, voltada

¹³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Consórcio de empresas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 256, p. 6, 1972.

¹³⁹ ZAMPIERI, Marcelo C. Alianças empresariais estratégicas: Considerações sobre as *joint ventures*. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. Santa Maria, v 1, n 1, p.75, 1999.

apenas para o atendimento de reivindicações, o associativismo pode ser um canal multiplicador de ações de fomento entre os pequenos empreendedores.¹⁴⁰

Em atenção aos problemas enfrentados pelas pequenas empresas no cenário econômico atual, Alfredo Lupatelli assevera que “a formação de um consórcio apresenta inúmeras vantagens ao racionalizar esforços das empresas, mobilizando as capacidades específicas e tornando as empresas consorciadas mais eficientes para a realização do objetivo do consórcio, ou em situações externas, nas quais isoladamente não teriam condições de executar determinados empreendimentos.”¹⁴¹

As formas de concentração de empresas são a solução para as pequenas empresas sobreviverem às necessidades que a globalização vem impondo às unidades produtivas mundiais. Em suma, podemos auferir que “... é imenso o potencial das práticas associativas, no universo dos pequenos empreendedores, tanto para a potencialização do acesso ao crédito e a capacitação quanto para a otimização das relações com clientes e fornecedores...”¹⁴²

Consoante ao problema em análise, o eminente professor Fábio Konder Comparato, aduz que a solução para o fortalecimento das pequenas unidades produtivas parte da união e cooperação entre as empresas.

A realidade é que as verdadeiras soluções parecem advir das próprias empresas em si, por meio de técnicas adequadas de colaboração. Esta, na verdade, a palavra-mestra. Onde a concentração se revela impossível ou inadequada a chave do êxito passa pela conjugação de esforços e recursos, sem a supressão da autonomia das diferentes unidades em causa. Cada empresa continua a perseguir o seu próprio objetivo sob controle independente de cada empresário, mas o método de trabalho não é mais individualista. Criam-se estruturas de cooperação institucional, onde antes havia um conjunto de operações isoladas. Aí está, em linhas gerais, a idéia justificadora dos consórcios empresariais.¹⁴³

Cabe esclarecer que o eminente professor Fábio Konder Comparato, ao contrário do adotado no presente trabalho, adota a nomenclatura de concentração às uniões onde haja perda da autonomia das unidades associadas.

Conforme assevera Caio Márcio Silveira, “quando articulado a uma perspectiva de sustentabilidade econômica, o associativismo têm se revelado um

¹⁴⁰ SILVEIRA, Caio Márcio. Relevância e estratégia de fomento, **Projeto Nacional de Desenvolvimento para as micro e pequenas empresas**. Rio de Janeiro: Sere, 1994. p.131.

¹⁴¹ LUPATELLI. op. cit., p. 48.

¹⁴² SILVEIRA. op. cit., p. 141.

¹⁴³ COMPARATO. op. cit., p.6.

instrumento imprescindível para a inserção e permanência das atividades de pequeno porte no mercado.”¹⁴⁴

Corroborando com esse entendimento, Fernanda Palermo, aduz que “a união entre as micro e pequenas empresas, estimulada pela inserção de regramentos que possibilitem o surgimento de cooperativas de garantia de crédito – as quais, também interligadas através de consórcio, abririam novos e importantes caminhos para o incremento das exportações no Mercosul.”¹⁴⁵

Em suma, o consórcio, como forma de concentração empresarial simples e flexível, apresenta-se em nossa realidade econômico-social atual como uma das formas mais adequadas para as pequenas unidades produtivas sobreviverem, conforme aduz Mauro Rodrigues Penteado, “... grande campo de atuação reservado aos consórcios, que mais ainda se amplia em países, como o nosso, cujo desenvolvimento econômico impõe uma série de dificuldades às empresas nacionais, tanto no mercado interno como no comércio exterior mormente em face das macro-empresas dos países altamente desenvolvidos.”¹⁴⁶

5.1 IMPORTÂNCIA DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS

A empresa de pequeno e médio porte, no cenário atual, tem papel fundamental na geração de postos de trabalho, realidade que, muito presumivelmente, é tendência irreversível¹⁴⁷. Verifica-se dos números apresentados:

No que se refere à importância dos empreendimentos de pequeno porte, na absorção de trabalhadores, os dados deste último ano são absolutamente eloqüentes: em torno de metade (49,5%) da população trabalha em empreendimentos com até 5 ocupantes, percentual que se eleva para 56%, se considerarmos os estabelecimentos com até 10 ocupantes (52,7% para a população masculina e 58,5% para a feminina)¹⁴⁸

Em contra partida, as pequenas empresas sofrem com a falta de recursos monetários e tecnológicos, requisitos indispensáveis para sobreviverem em condições competitivas no mercado atual. Caio Márcio Silveira, estabelece que “...

¹⁴⁴ SILVEIRA. loc. cit., p.131.

¹⁴⁵ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social – contribuição para o incremento das atividades no âmbito do mercosul. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, v, 124. p.197, 2001.

¹⁴⁶ PENTEADO. op. cit., p.161.

¹⁴⁷ cf. SILVEIRA. op. cit., p.121.

os pequenos empreendimentos enfrentam condições nitidamente adversas, experimentando na verdade uma luta diária pela sobrevivência...”¹⁴⁹

Para além da ação governamental em prol do fortalecimento das pequenas empresas, necessária a consciência da importância dos pequenos empreendimentos no cenário atual. Este fato vem estimulando, em todas as regiões do país, o surgimento de múltiplas iniciativas de apoio institucional a estas empresas.¹⁵⁰ Uma das importantes iniciativas desenvolvidas é o estímulo na conquista de novos mercados através do consórcio de exportação¹⁵¹.

Necessário ainda destacar a conclusão de Caio Márcio Silveira em texto sobre a relevância e estratégias de fomento para as pequenas empresas: “Resta fortalecer o vínculo entre as duas idéias e, principalmente, criar laços que permitam a criação de estruturas mais sólidas de apoio, que contribuam para a competitividade de pequena empresa, segmento fundamental para a absorção de mão-de-obra, no quadro atual e no horizonte do desenvolvimento brasileiro.”¹⁵²

A queda das barreiras e o aumento da competitividade mundial impulsionaram as empresas buscarem novos mercados, internacionalizando sua atuação, a fim de sobreviverem nesta nova ordem mundial. Conforme Patrícia Carvalho, a globalização apresenta-se em três estágios, sendo que, “... o terceiro estágio mostra a necessidade de se internacionalizar. Para conseguir isso em meio ao avanço das empresas estrangeiras, só unindo forças. A globalização pressupõe competição sem fronteiras. Só é possível fazer isso com ganhos de economia por meio de escala. Portanto, é inevitável que empresas do país se unam.”¹⁵³

Segundo o relatório do Governamental referente ao Balanço do Comércio Exterior “A política comercial brasileira, nos últimos oito anos, passou por duas fases distintas. A primeira foi a de abertura comercial, abertura do mercado interno às importações. A segunda é marcada pela prioridade dada às exportações.”¹⁵⁴

¹⁴⁸ ibid. p.119.

¹⁴⁹ id.

¹⁵⁰ cf SILVEIRA. op. cit., p. 122.

¹⁵¹ vide item 5.3.

¹⁵² SILVEIRA. op. cit., p.133.

¹⁵³ PALERMO. op. cit., p. 163.

¹⁵⁴ BRASIL. Balanço do Comércio Exterior. Disponível em <www.desenvolvimento.gov.br/progacoes/govern/BalancoComext.PDF> Acesso em 11mar. 2003.

Em decorrência da globalização, segundo comenta o relatório, “hoje, a ênfase (das empresas) se desloca, progressivamente, para as exportações e para a internacionalização da empresa brasileira ...”¹⁵⁵

A falta de compasso à nova realidade econômica mundial, leva à derrocada das empresas que resistirem a atuar globalmente. Desta forma, “... a não-expansão na hora certa pode provocar tal perda de mercado que a única solução acaba sendo também a venda ou a associação com empresa de maior porte. Estes fatos indicam a necessidade de a empresa manter um acompanhamento constante de seu vetor de crescimento e execução de um planejamento de cada fase do processo de expansão.”¹⁵⁶

Conforme já abordado em parágrafo anterior, a ampliação da empresa visando a atuação em novos mercados é necessidade fruto das exigências da nova realidade global da economia.

Nicola Minervine, ao comentar sobre o porquê de exportar, determina como fator fundamental para a internacionalização da atuação da empresa a busca pelo equilíbrio “... contra a entrada de competidores no mercado interno. Com a globalização da economia, é cada vez mais freqüente bater de frente com os competidores na porta de casa. A exportação reduz o impacto da presença dos concorrentes.”¹⁵⁷ Em suma, a atuação da empresa exportando reduz o impacto avassalador da entrada de seus competidores no nicho comercial em que atua.

Atentas à nova realidade, “as empresas se preocupam com estratégias de desenvolvimento de mercados externos de longo prazo e de produção no mercado interno com padrões produtivos internacionais. Surgem estratégias de alianças, parcerias e cooperação para conseguir melhor performance no mercado nacional e também no mercado internacional.”¹⁵⁸

Exportar não é uma tarefa fácil, pois atuar além das fronteiras territoriais do país de origem demanda produtos competitivos que estejam em conformidade às exigências do mercado exterior, habilidade empresarial e demais fatores que necessitam de considerável investimento monetário. As empresas de pequeno e

¹⁵⁵ id.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças, **Holding, administração cooperativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática**. São Paulo: Atlas, 1995. p. 59.

¹⁵⁷ MINERVINI, Nicola. **O exportador : Ferramentas para atuar com sucesso nos mercados internacionais**. São Paulo: Makron, 3. ed., 2001. p. 74.

médio porte, na grande maioria, não têm condições para sustentar os investimentos dessa empreitada. Segundo Saumíneo da Silva Nascimento, "os custos que uma empresa sozinha precisa incorrer para participar do mercado externo, às vezes inviabiliza a sua inserção no mercado internacional."¹⁵⁹ Todavia, como a inclusão das empresas no mercado exterior é condição para sua sobrevivência, as pequenas unidades produtiva vêm buscando alternativas para atingir os mercados exteriores. Uma das alternativas desenvolvidas é o consórcio de exportação.

Em consonância a esta realidade, Igor Hasselmann Marques aduz que:

... a luta diária das micro, pequenas e médias empresas para se fixarem no mercado como seus produtos e/ou serviços não tem sido uma tarefa fácil. As estatísticas demonstram que essas empresas, a maioria micro e pequenas, encerram suas atividades sem mesmo completar o segundo ano de constituição. A forma associativa dessas empresas por meio de consórcio de exportação apresenta-se, então, como uma das promissoras oportunidades de elas participarem do mundo dos negócios no âmbito nacional e internacional, assimilando, inclusive, o processo de globalização que hoje permeia todas as áreas dos setores econômicos.¹⁶⁰

5.2 CONSÓRCIO DE EXPORTAÇÃO

Segundo Nicola Minervini, consórcio de exportação "é um agrupamento de empresas com o objetivo de juntar sinergias e aumentar a sua competitividade, reduzindo os riscos e os custos da internacionalização."¹⁶¹

No processo de exportação, o consórcio significa a associação de diversas empresas na busca de objetivo determinado, a realização de operações de exportação, repartindo os diversos custos e riscos da empreitada.

Diante das dificuldades das pequenas empresas adentrarem sozinhas nos mercados internacionais, a solução mais fácil e adequada para seu fortalecimento é formação de grupos, consórcios, destinados a introduzir seus produtos em mercados internacionais.

A atuação das empresas em consórcio visando a exportação de seus produtos proporciona grandes vantagens aos participantes, dentre as quais:

¹⁵⁸ MARQUES. op. cit., p.7.

¹⁵⁹ NASCIMENTO, Saumíneo da Silva. Consórcio de Exportação. Disponível em <www.guiadelogistica.com.br/ARTIGO413.htm> Acesso em 3 jun. 2003.

¹⁶⁰ MARQUES, Igor Hasselmann. Disponível em <<http://coralx.ufsm.br/mila/resumos/res53.htm>> Acesso em 3 jun. 2003.

¹⁶¹ MINERVINI. op. cit., p. 262.

penetração em mercados novos; estabelecimento de contrato com novos tipos de compradores; melhor segurança para uma diversificação de mercados; melhor poder contratual como entidades governamentais para gerar mais divisas estrangeiras; melhor poder contratual em geral com fornecedores e clientes; redução dos gastos da exportação dentre outros benefícios que, dificilmente, as empresas individualmente conseguiriam¹⁶².

5.2.1 Consórcio de Exportação na Itália

Os consórcios de exportação, no modelo italiano, regulados nos artigos 2.602 e ss. do Código Italiano, são denominados como:

... associações de pequenas empresas constituídas como a finalidade de: (i) promover as exportações das firmas consorciadas e, ainda, que não necessariamente; (ii) comercializar os produtos dessas mesmas empresas no mercado externo. Outros objetivos dos consórcios são: promover a competitividade de seus associados, minimizar os custos e os riscos do processo de internacionalização e reunir recursos visando o desenvolvimento de atividades promocionais no exterior.¹⁶³

A legislação italiana estabelece incentivos fiscais à instituição e manutenção dos consórcios para o fim de exportação.

5.2.1.1 Surgimento do consórcio de exportação na Itália

O consórcio de exportação teve seu surgimento no norte da Itália, região de Varese, localidade em que se desenvolvia a indústria produtora de sapatos, a qual destinava sua produção ao mercado norte-americano.

Como a remuneração dos produtos vendidos no mercado norte-americano não era satisfatória, surgiu uma empresa líder a qual propôs a união dos produtores a fim de vender seus produtos com preço mais atraentes. Nas palavras de Nicola, “surgiu um líder entre eles que convocou uma reunião na associação da categoria, cujo tema foi ‘Chega de exploração: temos de nos unir e vender o que queremos e

¹⁶² id.

¹⁶³ MARTINS, Gustavo do Amaral. Exportação de pequenas e médias empresas: problemas e sugestões para um associativismo. Disponível em <<http://www.mdic.gov.br/progacoes/MPMe/doc/estudoConsortorios.PDF> > Acesso em: 11 mar. 2003. p. 8.

com um preço mais interessante.’ O apelo do líder deixou um pouco perplexo o público presente e entre eles (que eram concorrentes) havia uma natural desconfiança. A alternativa era deixar-se explorar ou fechar, por uma crise ameaçadora que estava chegando”.¹⁶⁴

Após várias reuniões, formou-se o agrupamento que contou com a adesão de 10 empresas subscreventes do acordo de constituição do consórcio de exportação.

Os primeiros passos da associação foram estabelecer o orçamento para os primeiros anos e a contratação de profissional de exportação, diretor do consórcio, que, após check-up nas empresas componentes, promoveu uma série de adaptações nestas a fim de adequá-las à nova realidade.

Realizada a pesquisa no mercado consumidor, Estado Unidos, bem como aberta a loja de vendas do consórcio de exportação, iniciou-se a promoção dos produtos e seleção dos agentes de venda em território americano.

Em consequência da nova realidade econômica proporcionada com a associação das empresas para a exportação, “... os dez produtores em agrupamento puderam racionalizar a produção dividindo as tarefas; tiveram capital para comprar maquinarias mais novas e participar em feiras especializadas nos Estados Unidos com uma própria marca como ‘único’ exportador.”¹⁶⁵

5.2.1.2 Consórcio de exportação na atualidade italiana

Conforme estimativa do *Istituto Italiano per Il Commercio Estero*, cerca de 98% das empresas exportadoras da Itália, no ano de 1998, enquadravam-se no conceito de pequenas e médias empresas, com menos de 250 empregados. Estas foram responsáveis por parcela considerável da exportação total do país, atingindo cerca de 38% do valor total de exportações do país.

A participação das pequenas empresas como importante pólo exportador é corolário do sucesso da formação dos consórcios de exportação. Segundo dados da *Federexport* (Federação Italiana dos Consórcios de Exportação), órgão responsável pela coordenação das atividades dos consórcios de exportação na Itália, há cerca de

¹⁶⁴ Cf. MINERVINI, op. cit., p. 265.

¹⁶⁵ MINERVINI, op.cit., p.266.

300 consórcios envolvendo 7.000 pequenas e médias empresas, sendo que 120 destes se encontram associados a esta Federação.

5.2.2 Consórcio de Exportação no Brasil

A primeira manifestação do consórcio destinado à exportação verifica-se na Lei 5.025 de 1966, a qual previa a criação do Conselho Nacional do Comércio Exterior¹⁶⁶.

No I Plano Nacional de Desenvolvimento elaborado em 1972/1974, o qual apresentava como finalidade a programação do Modelo Econômico de Mercado, determinava, em seu item 3:

*Modernização e reorganização do comércio, na área de produtos manufaturados e semimanufaturados, para os mercados interno e externo, através do Programa de Modernização e Reorganização da Comercialização (PMRG), que objetiva o gradual acesso do comércio brasileiro à nova tecnologia, criando modernas estruturas de comercialização e distribuição de manufaturas, realizando fusões de empresas, implantando novos métodos de gestão e controle, e introduzindo no país consórcios de exportação.*¹⁶⁷

Este método de associação para a exportação não foi utilizado, conforme destaca Mauro Rodrigues Penteado, “o que se observa, contudo, é a pouca divulgação dessa modalidade de colaboração empresarial com fins de exportação, não obstante os comando legais.”¹⁶⁸

A partir de 1998 a Apex (Agência de Promoção de Exportação), vislumbrando o potencial da forma associativa do consórcio, vem estimulando a formação de associação de produtores a fim de estes formarem consórcios destinados a exportação de seus produtos. Segundo Nicola Minervini, a APEX tem conseguido implementar um vasto programa de consórcio de vendas, e com resultados muito interessantes, aliando parte da ‘tecnologia italiana com a criatividade e flexibilidade brasileiras.’¹⁶⁹

Conforme estabelece o relatório referente ao balanço do comércio exterior do Brasil:

¹⁶⁶ vide item 3.4.2.

¹⁶⁷ BULGARELLI, op. cit., p. 110.

¹⁶⁸ PENTEADO. op. cit., p. 53.

¹⁶⁹ MINERVINI. op.cit., p.267.

A Apex, criada por decreto presidencial de novembro de 1997, iniciou suas atividades em abril de 1998. Desde então vem desenvolvendo projetos de promoção das exportações em conjunto com diversas associações de classe, Federações de Indústrias Estaduais, Sebrae e outras organizações representativas do segmento das empresas de pequeno porte, segundo orientações da Câmara de Comércio Exterior - CAMEX e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.¹⁷⁰

Segundo comenta o relatório, “A Apex busca o engajamento maciço de novas empresas no processo exportador, com uma significativa interiorização da atividade exportadora. Os projetos desenvolvidos pela Apex atingem 400 municípios e envolvem 6.000 empresas.”¹⁷¹

5.2.2.1 As experiências do consórcio de exportação no Brasil

A forma de exportar através de consórcio vem sendo utilizada com grande sucesso na prática cotidiana. Verifica-se que a participação da APEX bem como do Sebrae, vem sendo fundamental para o sucesso desta nova forma de incremento da exportação nacional .

Exemplo de consórcio de exportação bem sucedido verifica-se em Santa Catarina, junto à FIESC, a qual tem implementado dois consórcios destinados à associação de pequenos e médios produtos do ramo de vestuário e calçados, os quais formam o consórcio buscando fortalecer sua atuação a fim de buscar novos horizontes no mercado internacional¹⁷².

Além da experiência citada, necessário destacar a formação de consórcio de exportação em Minas Gerais, destinado a introduzir os produtos mineiros no mercado internacional¹⁷³; Consórcio Pantanal Fashion, destinado a fomentar o melhoramento da produção dos associados, bem como internacionalizar os produtos fabricados por estes¹⁷⁴; Consórcio de Exportação Tropical Spice, destinado a ampliar e a exportação das indústrias têxteis¹⁷⁵; dentre outras tantas manifestações bem sucedidas.

¹⁷⁰BRASIL. Balanço Comércio Exterior. Op. cit.

¹⁷¹ id.

¹⁷² cf. MINERVINI. op.cit., p. 267.

¹⁷³ Maiores informações em <www.moveisdevalor.com.br/Site_Mv_Ind06/Materua_04.html>

¹⁷⁴ Maiores informações em <www.ms.sebrae.com.br/noticias/view?ma_id=650>

¹⁷⁵ Maiores informações em <www.tropicalspice.com.br>

5.2.3 Dificuldade na formação do consórcio de exportação à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Os consórcios para a exportação vem sendo regulamentados juridicamente através da formação de associação sem fins lucrativos, mediante a qual as empresas agrupadas estabelecem seu estatuto e o registram no cartório de registro de pessoas jurídicas, constituindo-se uma sociedade civil como fins específicos.

A formação de uma pessoa jurídica demanda custos e procedimentos que podem vir a inviabilizar a formação da associação, seja pela falta de flexibilidade na forma do agrupamento, seja pelo custo operacional deste. Segundo Gustavo do Amaral Martins:

A constituição de uma nova sociedade demanda o *affectio societates*, a existência de sinergia e confiança entre as partes para a formação de nova empresa. De igual sorte, a criação dessa empresa, sem qualquer alteração no plano normativo, poderá causar problemas para as pequenas empresas que desejam ficar enquadradas no SIMPLES (...). Demais disso, a criação de uma nova empresa, além dos custos administrativos inerentes, potencializa a ocorrência de novas incidências tributárias seja na venda de mercadorias das empresas 'produtoras' para a empresa proposta, seja na prestação de serviços feita por essa nova empresa às empresas exportadoras, caso a exportação seja efetivada diretamente por elas.¹⁷⁶

A forma de associação destinada à exportação aplicável às pequenas empresas deve pautar-se pela flexibilidade, haja vista a alta rotatividade e o surgimento e fechamento das empresas. Ademais, necessário buscar a efetivação destes projetos com baixo custo operacional, uma vez que as associadas não dispõem de vultuosos recursos.

Outra solução adequada para a formação do consórcio de exportação, não obstante as críticas apresentadas, é a utilização da forma do consórcio de empresas, associação contratual disposta na lei de sociedades anônima.

Parcela da doutrina vem entendendo inadmissível a formação do consórcio de exportação através do instituto disposto na Lei de sociedade anônima, uma vez que "a figura prevista na lei societária destina-se mais a situações transitórias, para atender a empreendimentos determinados. O emprego desse tipo jurídico para associar empresas como vistas à prospecção do mercado externo em geral e não a

¹⁷⁶ MARTINS, Gustavo. op. cit., p.17.

atender a uma demanda específica gera risco ao entendimento que as autoridades administrativas possam adotar...¹⁷⁷

Os doutrinadores que se empenharam no estudo da forma de concentração empresarial através do consórcio de empresas, estabelecem tratar-se de união de contratual de empresa, de cunho não permanente, que visa a busca de objetivos comuns das associadas, mantendo-se íntegra a personalidade jurídica das participantes¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ibid. p. 14.

¹⁷⁸ cf. item 3.2.

6 CONCLUSÃO

Necessário salientar que as pequenas e médias empresas têm importância fundamental na sociedade contemporânea seja como pólo empregador ou, como ente unidade econômica geradora de renda para o Estado.

Com efeito, o incentivo à sobrevivência das pequenas e médias unidades produtivas deve partir de ações diretas que venham conferir condições adequadas destas atuarem no mercado.

A queda das barreiras dos Estados, corolário da globalização, impôs às empresas atuarem além de suas divisas, vez que atuar em um único mercado consumidor torna-se muito arriscado neste novo cenário econômico mundial.

Atento a esta necessidade de atuação além de suas fronteiras as pequenas empresas vêm buscando alternativa para conseguirem inserção em mercados externos.

Ao que nos parece, a formação de consórcio de empresas destinado a exportação, é uma das formas mais adequadas para inserir as pequenas e médias empresas no mercado exterior. Através deste meio associativos estas empresas podem juntar-se formando um grupo que possuirá maior poder econômico para desempenhar a vendas dos produtos elaborados pelos consortes.

Esta técnica de associação possuiu inúmeras vantagens seja a flexibilidade da estrutura desenvolvida, baixo custo operacional ou as vantagens conferidas diretamente aos consortes inserção dos produtos em mercados promissores, diluição dos riscos da operação de exportação dentro outras tantas vantagens.

Em relação à regulamentação legal destes grupos destinados à exportação verifica-se uma lacuna na legislação brasileira, vez que não existe regulamentação adequada para disciplinar esta nova modalidade de consórcio.

Na busca pelo preenchimento da lacuna legal, em relação da regulação dos consórcios destinados à exportação, necessário interpretar o ordenamento de forma extensiva no intuito dos institutos jurídicos existentes, somado às novas realidades surgidas, bem como aos demais princípio jurídicos, venham responder as necessidades das relações presentes.

Cabe destacar o ensinamento de Jorge Lobo que estabelece a necessidade de interpretação extensiva dos institutos de Direito Comercial:

Em resumo podemos enunciar as seguintes hipóteses (de interpretação): a) o direito comercial possui norma disciplinadora da hipótese: basta interpretá-la consoante a teoria da interpretação das leis, inclusive, se for o caso, corrigindo, restringindo ou estendendo os seus efeitos; b) a norma antiga não é perfeita adequada para a solução do litígio, porque a situação de fato se modificou como o tempo: é mister um esforço de adaptação do texto legal; c) o direito positivo não possui norma expressa: o jurista, criando, como base no conhecimento dos dados técnicos e econômicos que possui, suprirá a lacuna, alçando-se assim à condição de autêntico hermeneuta.¹⁷⁹

Desta forma, na busca pela interpretação integrativa do ordenamento necessário ao hermeneuta recorrer à analogia e as experiências do direito comparado visando a interpretação mais adequada dos institutos existentes a fim de resolver a lacuna legislativa.

Com efeito, ao que nos parece, a solução mais recomendada até a edição de uma lei específica regulamentando o consórcio destinado à exportação, é regulamentar o consórcio de exportação mediante a legislação aplicável ao consórcio de empresa, artigo 278 e 279 da lei de sociedades anônimas, vez que ambos possui inegável similitude.

Quanto ao argumento de que o consórcio disciplinado pela lei do anonimato destina-se a um único ato, o que impossibilitaria sua utilização com forma de regulamentar o consórcio de exportação, vez que este pressupõe uma seqüência de atos destinado a exportação, não nos parece que esta crítica possa elidir aplicação desse com forma de regular o consórcio de exportação.

Ao que parece o ato de exportar conjuga-se um único empreendimento, cindidos em fases, sendo que a cisão não desnatura a unicidade do ato de exportar. Assim, não obstante as críticas ventiladas, parece possível admitir a regulamentação do consórcio de exportação mediante a aplicação da regulamentação disposta na Lei de Sociedades Anônima, referente ao consórcio de empresas.

Ademais, a criação de meios ágeis e flexíveis para facilitar as pequenas e médias empresas, seja no acesso a novos mercados ou na facilitação de cooperação entre elas, atendendo ao princípio disposto no artigo 170, IX, da Constituição, é necessária indispensável à sobrevivência das mesmas.

¹⁷⁹ LOBO, Jorge lobo. Interpretação do Direito Comercial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 4, p. 148, 2001.

REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture” – uma perspectiva comparatista. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 42, p. 37 – 59, 1981.
- BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. A fusão e cisão de sociedades anônimas, na lei nova das sociedades por ações. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 23, p. 39 – 52 , 1976.
- BRASIL. Balanço do Comércio Exterior. Disponível em <www.desenvolvimento.gov.br/progacoes/govern/BalancoComext.PDF>
- CARON, A. Cooperação Empresarial e Internacionalização. **Revista da FAE**, Curitiba, n 1/2, p. 1-8, jan/ dez, 1998.
- CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture* – um olhar voltado para o futuro. **Revistas de Direito Privado**. São Paulo, nº 6, p. 162 – 172, 2001.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas v. 4 tomo II**, São Paulo: Saraiva, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. Consórcio de empresas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 256, p. 5 - 10, 1972.
- _____. **Ensaio e pareceres de direito comercial**, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CRISTÓFARO, Paulo Pedro. Consórcio de sociedades. Validade eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade. Titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, nº44, p. 13 - 21, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GONÇALAVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

IRION, João Eduardo Oliveira. **Cooperativismo e economia social**. São Paulo: STS, 1997.

LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 99-131, jan/jun. 1999.

_____. Interpretação do Direito Comercial. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 4, p. 134 – 143, 2001.

LUPATELLI, Alfredo Jr. e MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Consórcio de empresas – Aspectos Funcionais e Jurídicos. **Revista Jurídica – Síntese**. Porto Alegre, nº251, p. 47 – 57, setembro, 1998.

MAGALHAES, José Carlos de e SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. Concentração de empresas e a competência do Cade. **Revista de Direito Mercantil**, n. 113, p. 30 – 44, jan/mar, 1999.

MAIA, José Mota. **Fusão e incorporação de empresas: doutrina, procedimento administrativo e fiscais, legislação**. São Paulo: Universitária, 1972

MARTINS, Fran. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. vol.3. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MICHAELIS. **Moderno dicionário de língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MINERVINI, Nicola. **O exportador : Ferramentas para atuar com sucesso nos mercados internacionais**. São Paulo: Makron, 3. ed., 2001. p. 74.

MARTINS, Gustavo do Amaral. Exportação de pequenas e médias empresas: problemas e sugestões para um associativismo. Disponível em <<http://www.mdic.gov.br/progacoes/MPMe/doc/estudoConsoorcios.PDF> >.

MARQUES, Igor Hasselmann. Disponível em <<http://coralx.ufsm.br/mila/resumos/res53.htm>>.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de Direito v. 51**. 2ª ed., Borsoi: Rio de Janeiro, 1966.

NASCIMENTO, Saumíneo da Silva. Consórcio de Exportação. Disponível em <www.guiadelogistica.com.br/ARTIGO413.htm>.

NOBRE, Augusto. Consórcio de empresas. Falta de personalidade jurídica. Impossibilidade de ser proprietário de bens. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 300, p.375 - 385, 1987.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças, **Holding, administração cooperativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática**. São Paulo: Atlas, 1995.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social – contribuição para o incremento das atividades no âmbito do mercosul. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, v, 124. p.193 - 198, 2001

PENTEADO, Mauro Rodrigues, **Consórcio de empresas**, São Paulo: Pioneira, 1979.

_____. Associações voluntárias de empresas. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo, n. 52, p. 44-63, out/dez. 1983

_____. **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PRADO, Viviane Muller. Noção de grupo de empresas para o direito societário e para o direito concorrencial, **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 2, p. 141 - 156, 1998: Revista dos Tribunais.

RASMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresariais**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991 p. 137

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Consórcio de Empresas, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 430, p. 20 – 24, 1971.

SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito Concorrencial as estruturas**. São Paulo : Malheiros, 1998.

SANT'ANNA, Rubens. Consórcio de Empresas. **Revista Direito e Justiça**, v. 18, p 23-28.1997.

SILVEIRA, Caio Márcio. Relevância e estratégia de fomento, **Projeto Nacional de Desenvolvimento para as micro e pequenas empresas**. Rio de Janeiro: Sere, 1994.

SZTAJN. Rachel. **Contrato de sociedades e formas societárias**. São Paulo : Saraiva. 1989.

ULHOA, Fábio Coelho. **Manual de direito comercial**. 12ed., São Paulo : Saraiva, 2000.

ZAMPIERI, Marcelo C. Alianças empresariais estratégicas: Considerações sobre as *joint ventures*. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. Santa Maria, v 1, n 1, p.69 - 77, 1999.