

MYCHÈLLE FORTUNATO

CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Societário, Curso de Pós-Graduação em Direito Societário, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eduardo Talamini

CURITIBA

2001

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	03
2. HISTÓRICO	04
2.1 Concentração Empresarial	04
3. O CONSÓRCIO	06
3.1. Consórcio e Comunhão	08
3.2. Consórcio e Grupo de Sociedades	10
3.3. Consórcio e Cartel	10
3.4. Abuso Do Poder Econômico e Crimes Contra A Economia Popular	13
3.5. Natureza Jurídica	14
3.6. Conceito	14
3.7. Classificação	15
4. CONSÓRCIO DO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 6404/76	16
4.1. Consórcio e Mercado de Capitais	19
5. LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES - Nº 6404/76	20
6. TIPOS DE CONSÓRCIO	21
6.1. Ausência de Personalidade Jurídica	23
6.2. Aspectos Processuais	23
6.3. Consórcio e legislação tributária	24
6.4. Consórcio e o direito do trabalho	25
7. DA ADMINISTRAÇÃO DOS CONSÓRCIOS	27
7.1. Patrimônio do Consórcio	29
8. CONSÓRCIO E OBRAS PÚBLICAS	30
9. O CONSÓRCIO NO DIREITO COMPARADO	32
9.1 França	32
9.2 Itália	33
9.3 Joint Ventures	33
10. CONCLUSÃO	35
11. REFERÊNCIAS	36

1.INTRODUÇÃO

Dentro da evolução do processo econômico no país, notadamente na última década, após o início dos processos de privatização, verificou-se um acentuado crescimento da utilização do instituto do consórcio de empresas, pouco disciplinada pela legislação pátria.

Assim, o propósito deste estudo consiste na análise deste instituto, através de retrospecto histórico para melhor elucidação do consórcio na atualidade, passando por uma breve análise ao direito comparado.

Restringe-se o estudo, em uma compilação resumida dos principais aspectos que o norteiam, o tratamento recebido pela legislação sem adentrar nas minúcias atinentes à matéria ou avaliar o aproveitamento de toda a potencialidade do instituto.

2.HISTÓRICO:

A figura do consórcio surgiu da necessidade do agrupamento de pessoas jurídicas ou pessoas físicas, para a comunhão de interesses e atividades, na associação de esforços, recursos, tecnologias, para execução de empreendimento específico e de tarefas que ultrapassam a competência individual de cada consorciada, sem que para tanto surja uma nova sociedade, contribuindo cada consorciada com sua parcela e auferindo lucro a ela correspondente.

Assim, face fenômenos econômicos que exigiam a criação desta instituição, surgiu no Brasil a figura do consórcio ligada à execução de obras públicas, não se restringindo, porém, a este tipo de atividade.

Desta atividade-realidade econômica surgiu a necessidade da constituição jurídica do consórcio.

2.1 Concentração Empresarial

A concentração empresarial, nos moldes definidos modernamente, teve suas origens a partir da Segunda metade do século XIX.

O consórcio figura como uma das modalidades de concentração empresarial, juntamente com a fusão, incorporação e constituição de grupos de sociedades.

Enquanto a fusão, incorporação e constituição de grupos de sociedades apresentam caráter permanente, o consórcio responde a casos, nos quais o aspecto da temporariedade prepondera.

Abordaremos os aspectos de maior interesse deste fenômeno.

Mister classificar o processo de concentração empresarial sob a perspectiva econômica e jurídica:

Dentro do aspecto econômico, esta forma de concentração empresarial objetiva identificar empresas no mercado, agrupando os processos concentracionistas em horizontais e verticais, na medida em que as empresas agrupadas exerçam as mesmas atividades ou atividades complementares.

Ainda, há quem defenda uma outra modalidade de concentração, “representada pelos conglomerados, onde a integração não mais leva em conta o setor econômico em que militam as empresas, mas espraia-se pelos mais variados setores da economia, buscando a dispersão dos riscos, mediante a atenuação das flutuações cíclicas.”¹

Dentro da perspectiva jurídica e, quanto à origem podem ser classificadas como voluntárias ou obrigatórias;

Quanto à intensidade do vínculo entre as empresas: “gentlemen agreements”, “pools”, “trade associations”, “trusts”, “holding companies” e fusões e incorporações;

Quanto à natureza do vínculo que une as empresas entre si: vínculo real, obrigacional e pessoal ou orgânico.

Dentro das classificações, em um conjunto mais completo, cita-se a proposta de Hausmann².

Nesta visão, o mencionado autor distingue as formas de concentração empresarial em puras e mistas.

¹ Mauro Rodrigues Penteadó, Consórcio de Empresas, Ed. Pioneira, 1979, p. 9

² Mauro Rodrigues Penteadó, , Consórcio de Empresas, Ed. Pioneira, 1979, p. 9

As puras são agrupadas em dois grandes segmentos, o primeiro acolhendo a concentração da propriedade, e o segundo, a concentração da administração.

Dentro da classificação de Hausmann, o consórcio de empresas estaria inserido, a princípio, como uma forma de concentração da administração, em relação de coordenação, decorrente da comunhão parcial de interesses.

Porém, dentro de uma visão pouco divergente, concluir-se-ia que o consórcio poderia, ainda, contar com a participação de empresas que teriam entre si uma relação de controle³, neste caso, o consórcio de empresas passaria a ter a forma mista de concentração, em que seriam combinadas duas das subespécies de concentração empresarial citadas pelo autor.

Vantagens da concentração:

- participação em grandes empreendimentos;
- exploração de serviços comuns;
- fortalecimento da posição das participantes, na obtenção de empréstimos e financiamentos.

3. O CONSÓRCIO

Aurélio Buarque de Holanda define consórcio como “associação, ligação, união”, indicando o seu emprego no sentido de “casamento” como último sinônimo, após “reunião de empresas, de interesses”.⁴

Para De Plácido e Silva, “no sentido da economia política, indica a associação de interesses promovida por várias empresas, que juridicamente se conservam

³ Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 278.

⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário da língua portuguesa, 1ª edição, 4ª impr., Rio, Ed. Nova Fronteira, 1975, p. 371.

independentes. É uma das modalidades de cooperação econômica, em virtude da qual as empresas associadas regulam entre si a maneira de executar as suas operações, alienando, por ela, parte de sua autonomia econômica, pois que ficam, neste particular, sob a dependência da direção do consórcio”⁵

Modesto Carvalhosa⁶ afirma que “constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam.”

Continua, dividindo o consórcio em duas espécies:

Consórcio Operacional: este é formado para agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades ou pesquisas para consecução de fim específico.

Consórcio instrumental: é formado para habilitar as consorciadas a contratarem com terceiros obras, serviços ou concessões, através da soma de seus recursos e aptidões. Nestes o Poder Público, geralmente determina que, em vez de uma direção apartada, as sociedades consorciadas atribuam a uma delas a liderança. Atualmente a tendência destes consórcios é transformarem-se em uma nova sociedade com propósito específico ou único (SPE), tema este que será abordado em tópico posterior.

Poderão ainda serem abertos ou fechados, conforme admitam ou não o ingresso de novos participantes.

Sendo *intuitu personae* poderão os atuais consorciados vetarem o ingresso de outros por razões subjetivas. Sendo *intuitu rei*, o veto somente poderá ocorrer por

⁵ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol 1, 4ª edição, Rio, Forense, 1975, vol. II, p. 412.

⁶ Modesto Carvalhosa, Comentários à lei de sociedades anônimas, Ed. Saraiva, 1998, art. 278, pág. 340

razões objetivas, v. g., falta de preenchimento de requisitos técnicos previstos no contrato de consórcio.⁷

3.1 Consórcio e comunhão:

Na comunhão, o uso e gozo em comum dá-se quanto ao objeto, sem comungar objetivos, o que difere das sociedades, cuja comunhão de interesses é essencial.

O mesmo ocorre com relação ao consórcio, cuja comunhão de objetivos consiste na busca de vantagens, notadamente quando o objeto do consórcio consistir em determinado empreendimento.

Na distinção entre consórcio e sociedade Giuseppe Ferri⁸ apontou como característica distintiva essencial o fato de que, no consórcio, não se cria artificialmente uma comunhão de interesses, em vista da preexistência, na atividade dos participantes, dos interesses que vieram a ser postos em comum. Na sociedade, ao reverso, não se coloca em comum interesses preexistentes dos participantes, "mas se cria artificialmente um interesse comum, precisamente aquele consistente na vantagem econômica que pode derivar do exercício da empresa."

Nesta esteira, Remo Franceschelli⁹ destacou que a diferença entre consórcio e sociedade reside na causa. "Na sociedade, a causa objetiva consiste na entrega de bens e serviços para o exercício em comum de uma atividade econômica com o escopo de dividir os ganhos. Já no consórcio a causa não consiste no exercício em

⁷ Modesto Carvalhosa, obra citada, pág. 346

⁸ In "Enciclopedia Del Diritto", vol, IX, Varese, Giuffré Editore, 1ª ed., 1961, verbete "Consorzio", pp. 371 e segs.

⁹ in "Comentário Del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca, Libro Quinto, Del Lavora, reimpressão atualizada, 1971, Roma, Foro Italiano, pp. 53-54.

comum da atividade econômica, mas apenas na disciplina da atividade econômica que cada um continua a exercitar *uti singulis*.”

No direito brasileiro, não existe tal distinção entre consórcio e sociedade, ao que tange à causa objetiva. Neste sentido Pontes de Miranda, em relação aos posicionamentos mencionados visualizando o “consórcio como uma finalidade própria, diversa do fim social inerente à sociedade: “ Ora, isso seria estreitar-se, extravagantemente, o conceito de social, de fim social, de objeto social e de sociedade.”¹⁰

No entender de Pontes de Miranda¹¹ deve distinguir-se os consórcios contratuais dos consórcios societários e que, em sua opinião, “se foi escolhida a estrutura societária, o consórcio é na verdade sociedade.”

Por certo é isto o que as pessoas que se consorciam não querem estabelecer.

O tipo societário que mais se aproxima do consórcio é a sociedade em conta de participação, pelo fato de ambas não terem personalidade jurídica.

Essa sociedade é disciplinada pelo Código Comercial de 1850, no artigo 325.

Neste tipo societário, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiros, ao passo que o sócio não ostensivo (oculto) fica obrigado para com o mesmo sócio pelos resultados das transações e obrigações sociais.

A doutrina reconhece a natureza societária da conta de participação.

¹⁰ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 12, pp. 3 e segs. e vol. 31, pp 243, Rio Editora Borsoi, 1955 e 1965.

¹¹ citado por Augusto Nobre, Revista Forense. Companhia Ed. Forense, Volume 300 -

O fator distintivo entre esta sociedade e o consórcio, no plano estrutural, é a existência dos sócios ostensivos e os ocultos, não existindo esta última figura no consórcio.

A sociedade em conta de participação não está sujeita ao arquivamento de seus atos constitutivos no registro do comércio, o que por certo, criaria dificuldades práticas na contratação com terceiros, em especial na contratação com a administração pública.

Mauro Rodrigues Penteado¹² menciona outras aplicações da sociedade em conta de participação com objetivos igualmente atingíveis pelo consórcio de empresas (v.g., colocação de títulos ou valores no mercado, gestão ou controle de produção e vendas, etc.).

3.2 Consórcio e Grupos de Sociedades

Os grupos societários, de modo geral, ocorrem quando várias empresas, agem em conjunto com o grupo, de forma determinada pela sociedade no comando, sem perder a personalidade jurídica própria e vinculadas por uma relação de subordinação.

A diferenciação principal dá-se quanto ao objeto, sendo nos grupos de sociedade permanente e duradouro, objetivando benefícios ao grupo como um todo; já os consórcios não têm caráter permanente e objetiva o favorecimento individual para as sociedades consorciadas.

3.3 Consórcio e Cartel

¹² Obra citada pág. 38

Diferentemente dos monopólios individuais, chamados “trustes”, o consórcio pode objetivar a constituição de um monopólio coletivo.

Constitui, ainda, a principal modalidade de cartelização de atividades setoriais.

J. X. Carvalho de Mendonça¹³ preleciona que “o cartel é o acordo temporário entre diversas empresas que explorem o mesmo ramo de produção, com o objetivo de exercer o monopólio no mercado, conservando, entretanto, cada uma dessas empresas, com a sua personalidade, uma parte da independência econômica”.

Modesto Carvalhosa¹⁴ apresenta a clássica definição de cartel, dada pelo art. 2.602 do antigo Código Comercial Italiano, como sendo “o consórcio entre empresas que exercem uma mesma ou conexas atividade econômica, visando a discipliná-la regulando a recíproca concorrência entre os consorciados, do que resulta uma limitação da própria atividade individual que não poderá desenvolver-se senão com a observância da disciplina estabelecida.”

Em seguida define o cartel “como a comunhão de interesses, organizada sob a forma de contrato associativo ou consorcial, de caráter normativo ou de contingenciamento, externo ou interno, visando a propiciar vantagens econômicas às sociedades consorciadas, através de seus serviços, abrangendo apenas determinados (específicos) aspectos dos negócios desenvolvidos pelas empresas envolvidas”.

O objetivo do cartel consorcial é aumentar o lucro dos cartelizados ou evitá-los a diminuição através de limitações às suas atividades.

¹³ cit, Mauro Penteadó, pág. 40

¹⁴ obra citada, pagina 347

O que figurará o cartel consorcial ilícito, será o efetivo emprego da aptidão monopolística para impor preços e suprimir a concorrência. Sua característica é a finalidade de eliminação da concorrência.

Assim, afigura-se como típico do cartel a limitação à concorrência em direção ao monopólio.

O conceito inicial de consórcio foi associado a noção de cartel, posto que ambos circunscritos aos negócios de limitação de concorrência.

Porém, esta noção de consórcio sofreu evoluções, estabelecendo-se novas funções, em especial com o advento da lei de Sociedades Anônimas que tratou de desassociá-lo do conceito de cartel.

Neste sentido, interessante destacar a posição de José Ferreira de Souza¹⁵: “Uma certa corrente pretende que os cartéis ou consórcios não se limitam às empresas reciprocamente concorrentes, mas se alargam para abranger outras combinações, como as relativas à racionalização, condições, etc. Tendo embora à sua frente as autoridades notáveis de Isay, e de Goldschimidt, seguidas na Itália, por Caputo, sofreu justa repulsa. Realmente o conceito de um instituto qualquer se deve prender não propriamente a sua forma, mas sobretudo, aos seus fins, à sua substância, tomando em consideração a maioria dos casos. Como já ficou exposto, o que fez surgir o cartel ou consórcio foi a necessidade de se pôr um paradeiro aos desastres da concorrência absoluta. Se assim é, o conceito do instituto se deve prender aí. Quando os comerciantes e industrias se unem para estudar em comum os respectivos problemas de ordem técnica, ou qualquer outro não condizente com a concorrência recíproca, teremos uma associação ou convenção de outro caráter, mas nunca um cartel ou consórcio”

¹⁵ citado Mauro, pág 41

Na visão de Ascarelli¹⁶ "a justificativa da luta contra os cartéis e da tutela da livre concorrência está no princípio que, por força da livre concorrência, aumenta a produção com a conseqüente baixa do preço para o consumidor."

3.4 Abuso Do Poder Econômico e Crimes Contra a Economia Popular

Adotou-se entre nós o sistema de repressão dos abusos do poder econômico, através da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão criado pela lei 4137 cuja incumbência é apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

A lei que primeiro regulou a repressão ao abuso do poder econômico foi a lei nº 4134/62.

Segundo Mauro Penteado¹⁷, para a caracterização de crime contra a economia popular, dentro da hipótese do consórcio, mister se faz a concorrência de três elementos: a) promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais; b) com o fim de impedir ou dificultar a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio, e c) para efeito de aumento arbitrário de lucros.

Ascarelli¹⁸, em parecer proferido em 1950, porém com maestria atual, afirma, referindo-se ao princípio da livre concorrência e os ajustes em forma de cartéis ou consórcios, face o D. Nº 869/1938 e Dec. 9840/1946, "o que a lei pune é o convênio que, dificultando a livre concorrência, visa proporcionar aos que dele participam um lucro "anormal" e, postanto, inatingível de outra forma; não pode o convênio que tem apenas por efeito garantir uma benefício "normal"."

Hoje a matéria está disciplinada pelas Leis n. 8.884 de 1994 e 9.021 de 1995.

¹⁶ Tullio Ascarelli, Ensaios e Pareceres. Ed. R.E.D. Livros, 2000, página 336

¹⁷ obra citada pág. 80

¹⁸ obra citada, pág. 337

A primeira dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, enquadrando o consórcio de cartelização na ampla conceituação contida em seu art. 15.

Os consórcios normativos ou de contingenciamento que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes devem submeter-se à prévia apreciação pelo CADE.

3.5 Natureza Jurídica:

Constitui o consórcio um contrato associativo desprovido de personalidade jurídica.

Existe, porém, personalidade judicial e negocial, exercidas através de uma administração comum. Esta será exercida através de uma direção própria ou pela consorciadas líder.

Os consórcios têm natureza de contratos plurilaterais, ainda que seja limitado o número de seus participantes.

3.6 Conceito

Modesto Carvalhosa¹⁹ afirma que "constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam."

Continua, dividindo o consórcio em duas espécies:

Consórcio Operacional: este é formado para agregar meios capazes de levá-las a desenvolver atividades ou pesquisas para consecução de fim específico.

Consórcio instrumental: é formado para habilitar as consorciadas a contratarem com terceiros obras, serviços ou concessões, através da soma de seus recursos e aptidões. Nestes o Poder Público, geralmente determina que, em vez de uma direção apartada, as sociedades consorciadas atribuam a uma delas a liderança. Atualmente a tendência destes consórcios é transformarem-se em uma nova sociedade com propósito específico ou único (SPE), tema este que será abordado em tópico posterior.

Poderão ainda serem abertos ou fechados, conforme admintam ou não o ingresso de novos participantes.

Sendo *intuiuo personae* poderão os atuais consorciados vetar o ingresso de outros por razões subjetivas. Sendo *intuitu rei*, o veto somente poderá ocorrer por razões objetivas, v. g., falta de preenchimento de requisitos técnicos previstos no contrato de consórcio. (Modesto Carvalhosa, obra citada, pág. 346).

3.7 Classificação

Consórcios nacionais, estrangeiros e internacionais

Consórcios celebrados entre sociedades nacionais, reger-se-ão pelo respectivo contrato.

Consórcios estrangeiros, em especial celebrado entre sociedades estrangeiras que deverão contratar com o Poder Público ou sociedade privada

¹⁹ Modesto Carvalhosa, Comentários à lei de sociedades anônimas, Ed. Saraiva, 1998, art. 278, pág. 340

brasileira, deverão submeter-se às leis brasileiras, na execução do respectivo contrato.

Consórcios internacionais ou multinacionais (ex. Itaipu Binacional), reger-se-ão pelo ordenamento jurídico escolhido. Sendo consórcio internacional de natureza regional (Mercosul, Alça), submeter-se-ão aos termos do respectivo Tratado e das Diretivas aplicáveis a tais negócios, prevalecendo a jurisdição internacional quanto ao contrato consorcial, até mesmo em matéria contenciosa e de arbitragem.²⁰

Em todas as modalidades o arquivamento do consórcio deverá ser efetuado no Registro do Comércio dos Estados Membros abrangidos pela sua atuação (art. 279, parágrafo único).

Tratando-se de consórcio operacional, o foro será o de eleição. Sendo instrumental, o foro será aquele determinado pelo edital do respectivo certame. Sendo consórcio internacional, a sociedade estrangeira deverá ter representante no Brasil e a liderança, necessariamente, será exercida pela consorciada com sede no país (art. 33, § 1º. Lei 8.666 de 1993), advindo tal exigência do regime concorrencial estabelecido pela lei 8.667 de 1993 e não do diploma societário.

4. CONSÓRCIO DO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 6404/76.

Antes da Lei das Sociedades por Ações, o consórcio era objeto de algumas normas esparsas.

A lei 4728/65, foi a primeira a fazer menção expressa ao consórcio na legislação brasileira, disciplinando o mercado de capitais, estabelecendo medidas para o seu desenvolvimento.

²⁰ Modesto Carvalhosa, obra citada, pág. 346.

Regulamentou a organização do consórcio para o fim de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado.

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 (caput).

Ainda qualificou o consórcio como um *contrato*, do qual devem constar cláusulas a respeito da coobrigação dos participantes e “designação da instituição líder do consórcio e a outorga a esta de poderes de representação dos demais participantes.”²¹

No art. 14 da mesma lei, atribuiu-se ao Conselho Monetário Nacional competência para fixação de normas relativas à organização e ao funcionamento dos consórcios mencionados no art. 15.

Outras referências legislativas, anteriores a Lei 6404, citadas por Paulo Pedro Cristóforo²² são o decreto-lei 57.651 de 19.1.66 – o qual regulamentou a Lei 4726 de 13.7.65 – que determina serem suscetíveis de arquivamento no registro do comércio, “atos de constituição de *consórcios* ou de agrupamento de empresas, suas alterações e dissoluções...”

Com a lei 5.025 de 10.06.66, os consórcios passaram a serem tidos como forma jurídica apta na colaboração empresarial nas atividades de exportação.

Com a finalidade de propiciar a absorção da tecnologia, o Dec. 64345 de 10.4.69 disciplinou a contratação de serviços de consultoria técnica e de engenharia pelos órgãos da Administração Federal.

²¹ Pedro Paulo Cristóforo, Ed. RT, RDM nº 44, out/dez de 1981, pág. 44

²² Obra citada, pág. 44

Decreto 73.140 de 9.11.73, que regulamentou as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, disciplinou nos arts. 22 e 23 a participação de consórcios nas licitações.

O art. 22 previa a hipótese de pessoas físicas ou jurídicas se reunirem em consórcio e, desde que previstas no ato convocatório, permitia sua participação nas licitações, proibindo porém, a participação individual de empresa participante do consórcio na mesma licitação (isolada ou por meio de participação em outro consórcio).

Ainda analisando o art. 22, estabelecia que o edital deveria estabelecer o número máximo de empresas que poderiam agrupar-se em consórcio

Na visão de Augusto Nobre²³ “ o art. 22 deixou clara a possibilidade de constituição de consórcios através não só de pessoa jurídica mas também de pessoas físicas. E lembre-se, esse dispositivo não está revogado, mesmo com a entrada em vigor dos arts. 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações. Tal possibilidade tem sua razão de ser no fato de que certas obras públicas às vezes exigem um conhecimento técnico específico que só certos técnicos dele dispõem e muitas vezes esses técnicos ainda não se dispuseram a formar uma pessoa jurídica ou dela fazer parte.”

Neste regulamento, estabeleceu-se a responsabilidade solidária para as consorciadas, contrariando a idéia central da formação dos consórcios, que seria cada parte contribuir parcialmente e ser por ela responsável. Infere-se que a Administração quer responsabilidade individual e solidária.

Diferentemente ocorre no setor privado.

Também diverso o posicionamento adotado pela lei das Sociedades por Ações. Assim dispõe o § 1º do art. 278: “O consórcio não tem personalidade jurídica

e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Por esta lei, o legislador propendeu a não criar a presunção de solidariedade entre os contratantes.

Neste diapasão, pode-se afirmar que a falência de uma consorciada não se estende às demais.

O art. 23, VII dispõe que “o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta dos seus membros”.

Neste sentido, afirma Augusto Nobre²⁴ “importante também que o empreendimento visado não seja estranho às atividades jurídicas das consorciadas, ou seja, esteja de acordo com o seu objeto social, a fim de se evitar a caracterização da intenção de se formar nova sociedade e não consórcio.”

4.1 Consórcio e Mercado de Capitais

Prevêem a constituição de consórcios as seguintes instruções:

CVM n. 67, de 1987 que dispõe sobre as condições para concessão de autorização para a constituição e administração de carteira de títulos e valores mobiliários;

CVM n. 82 de 1988 que dispõe sobre a administração da carteira de valores mobiliários;

²³ Augusto Nobre, Revista Forense, Cia Ed. Forense, volume 300 – 1987, pág. 378.

²⁴ Obra citada, pág, 381

CVM n. 88 de 1988 que dispõe sobre distribuições secundárias de valores mobiliários e venda de sobras de ações não subscritas durante o prazo de preferência na subscrição particular de companhia aberta, sujeiras a prévio registro na CVM.

CVM n. 134 de 1990 quando dispõe acerca da emissão de nota promissória para distribuição pública;

CVM n. 205 de 1994 no que respeita ao funcionamento e à administração dos fundos de investimentos imobiliários;

CVM n. 223 de 1994 na emissão de opções não padronizadas (warrants);

CVM n. 260 de 1997 que dispõe sobre a emissão e distribuição de certificados de investimentos para a produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras.

5. LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES - Nº 6404/76

A lei de 1949 que disciplinava a lei das sociedades anônimas anteriormente ao diploma atual, não regulou os consórcios.

O novo diploma disciplinou a matéria muito embora não se tratar especificamente de matéria atinente somente as sociedades por ações. A justificativa principal, deve-se ao caráter institucional da lei atual, diferentemente da anterior que fundava-se no regime contratual.

A matéria era carente de regulação, mesmo sendo ampla a adoção para consecução de empreendimentos além da capacidade individual de cada empresa consorciada.

Infere-se, então, que antes de ser regulada pelo legislador, os consórcios já existiam e eram amplamente utilizados.

O consórcio de que trata a lei, tem caráter mercantil, no entanto sem a finalidade de distribuição de lucros, até porque não possui capital próprio.

Não obstante, poderá o Poder Público, em caso de licitação, exigir que todas as consorciadas, para se matriculem no certame, revistam a forma anônima.

Da mesma forma, a presença de pessoas físicas poderá não ser admissível, o que não significa que o consórcio não possa ser constituído entre pessoas físicas.

A lei disciplinou o consórcio dando-lhe caráter mercantil, porém sem a finalidade de distribuição de lucros, até mesmo por que não possui capital próprio, sendo este das sociedades consorciadas, afetados aos interesses do consórcios, dentro dos limites e participação de cada consorciada.

6. TIPOS DE CONSÓRCIO

Na classificação proposta por Remo Franceschelli²⁵, tendo em vista a maior ou menor complexidade que a matéria negocial apresenta, os consórcios seriam de 1º grau quando a atuação das partes se limita a estipulação de um pacto, que regerá as respectivas atividades, geralmente visando a disciplina da concorrência, assim, sem uma direção ou organização que centralize as suas atividades, indentificando-se nesta categoria os consórcios de cartelização que evitam-se expor-se através de uma direção que possa evidenciar suas práticas anticoncorrenciais.

De 2º grau, em virtude da conveniência ou necessidade de coordenação da atividade dos participantes, com a finalidade de fiscalizar a ação dos participantes,

prestar-lhes serviços ou representa-los perante terceiros através de uma direção única, sem personalidade jurídica; nos de 3º grau, o papel de coordenação é desempenhado por uma das sociedade consorciadas, sendo este grau geralmente exigido nas concorrências públicas para a prestação de serviços, obras ou outorga de concessões.

Ainda quanto aos consórcios de 1º e 2º grau, cumpre ressaltar outra distinção que pode ser encontrada nos consórcios, baseada na existência ou não de manifestação externa (consórcios “externos” e “internos”).

Outra classificação, proposta por Pontes de Miranda²⁶, separa os consórcios em igualitários (sem relação de controle entre os participantes) e hegemoniais (com relação de controle entre os participantes), misto (ocorrem relação de controle entre apenas alguns dos consorciados).

A grande conveniência em se apartar estes dois tipos de consórcio, é para efeito de proteção de acionistas e terceiros.

Nos hegemoniais e mistos a incidência de regras próprias dá-se nas legislações comercial, econômica, tributária e trabalhista.

Outra classificação, de caráter econômico, é a que distingue os consórcios em horizontais e verticais.

Se exploram o mesmo ramo econômico, diz-se consórcio horizontal; atuando em etapas sucessivas do ciclo econômico, vertical.

Grande importância ganha esta distinção perante o Direito Tributário.

²⁵ citado Mauro pág 67 e 68

²⁶ Tratado ..., cit., vol. 51, p.236

Existem os consórcios fechados e abertos, permitindo este último o ingresso de novos participantes.

Comum em nosso país, é o consórcio formado por empresas estrangeiras e nacionais, seja para realização de grandes empreendimentos, seja para o fornecimento de equipamentos sofisticados.

6.1 Ausência de Personalidade Jurídica

Na definição de Modesto Carvalhosa²⁷ “o consórcio constitui um contrato associativo, sem personalidade jurídica.

As implicações advindas da ausência de personalidade jurídica, seria não ser uma pessoa no mundo do Direito, não ter existência real no campo jurídico.

Não tendo personalidade jurídica, na visão de Augusto Nobre²⁸ “o consórcio não teria capital próprio, nem seria titular de direitos e obrigações. Seus efetivos titulares são os consorciados, que se fazem representar por meio do consórcio.”

Nada obstante a ausência de personalidade jurídica, apresenta personalidade judicial e negocial, expressado pela existência de uma representação e uma administração, com capacidade negocial-contratual e processual, o que será examinado mais detidamente em tópicos posteriores.

6.2 Aspectos processuais

²⁷ Modesto Carvalhosa, Comentários à lei de sociedades anônimas, Ed. Saraiva, 1998, art. 278, pág. 339.

²⁸ obra citada, pág. 383

Augusto Nobre²⁹ cita um acórdão de 1975 em que a 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil da Capital de São Paulo. Ap. n. 208293, equiparou o consórcio a uma sociedade sem personalidade jurídica para efeito de legitimidade *ad causam*.

O consórcio tem legitimidade ativa e passiva. Não se trata de substituição processual (art. 6º do CPC)

No que tange à citação inicial, vez que o art. 12 no Código de Processo Civil não menciona expressamente a forma de citação de consórcios, porém menciona a forma como será feita em outras instituições sem personalidade jurídica (inciso VII), temerário seria afirmar que poderia ser citado na pessoa do seu representante nomeado em contrato, salvo se este tivesse poderes especiais para receber citação.

Uma solução parcialmente adotada e que persiste nos contratos é equiparar o consórcio às sociedades sem personalidade jurídica, já que não há regra expressa a este respeito.

O consórcio, pela sua direção, somente poderá acionar uma consorciada pelo inadimplemento de obrigações consorciais, se assim estiver expressamente convencionado no contrato associativo. Na falta deste ajuste não deve ser admitida.

6.3 Consórcio e a Legislação Tributária

A instrução normativa do SRF n. 105, de 19 de outubro de 1984, instituiu a obrigação de se inscreverem no Cadastro Geral de Contribuintes – CGC, atualmente Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, os consórcios constituídos na forma dos arts. 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações e que paguem rendimentos sujeitos a retenção na fonte ou que auferiram rendimentos em decorrência de suas atividades.

²⁹ obra citada, pag 383

O ato declaratório (normativo) CST n. 21 de 8 de novembro de 1984, afirmou que os consórcios não estariam obrigados a apresentar declaração de rendimentos e que, para efeito de aplicação do regime tributário próprio das pessoas jurídicas os rendimentos de suas atividades (principais e acessórias) seriam computadas nos resultados das empresas consorciadas, proporcionalmente à participação de cada uma no empreendimento.

Através de norma tributária complementar (parecer normativo CST/%, de 28.1.76), a administração Tributária Federal, em face dos consórcios normativos previstos no Dec. 73.140, de 1973, já fixara a orientação normativa de que os consórcios não constituem pessoas jurídicas, nem a elas se equiparam para efeitos fiscais; assim, em termos de Imposto de Renda, cabe a cada empresa consorciada apropriar individualmente suas despesas e receitas, visando incluí-las na respectiva Declaração de Rendimentos.³⁰

O mesmo autor segue afirmando que "a ausência de uma disciplina fiscal abrangente tem-se constituído em fator inibidor à maior utilização dessa forma de colaboração empresarial (...)".

6.4 Consórcio e o Direito do Trabalho

Ao adentrar na análise da responsabilidade pelas obrigações trabalhistas das empresas participantes do consórcio, há que se considerar a regra contida no art. 2º § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe *verbis* " *Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*"

Um dos elementos de identificação do grupo econômico é o "controle". O consórcio de empresa, como grupo de coordenação, apresenta relação de controle limitada aos objetivos do empreendimento comum, posto que podem estar sob o mesmo controle ou não, razão pela qual, para efeitos de grupo trabalhista, não estaria inserido no disposto no § 2º do art. 2º da CLT, para efeitos de grupo trabalhista.

Para configuração do grupo econômico, existem três correntes, sustentando a primeira que configuraria grupo econômico para efeitos trabalhistas quando houvesse estrutura hierarquizada (empresa controladora e outras controladas); a segunda, pelo contrário, entende pela caracterização do grupo, ainda que dispostas horizontalmente, exercendo em conjunto o controle; finalmente, a terceira, em posição intermediária, entende ser dispensável a presença de empresa líder, porém deve estar presente um controle.

Consustanciando o entendimento da posição intermediária, transcreve-se a seguintes ementa:

Para efeitos trabalhistas, não é indispensável a existência de uma empresa líder para que se caracterize o grupo econômico, sendo suficiente que haja uma unidade de comando, ainda que composta por uma pessoa física, proprietária das empresas agrupadas horizontalmente. (TRT - 18ª Região - Ac 1644/2000 - Relator: Juiz Octávio José de Magalhães Drummond Maldonado - DJE de 03/05/2000).

Contudo, muito embora os consórcios possuam caráter transitório, não deixam de ser solidários para efeitos de relação de emprego, sendo aplicável a regra contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor: "as sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código."

³⁰ Mauro Rodrigues Penteado, RDM nº 52, Ed. RT, pág. 52

Quanto ao grupo empresarial rurícola, manifesta-se na Consolidação das Leis do Trabalho como grupo de subordinação, muito embora também seja caracterizado como grupo de coordenação, face a imprescindibilidade do controle das empresas por uma entidade.

Destarte, nas relações de emprego envolvendo rurícola, as empresas coligadas são solidárias e passivamente responsáveis (art. 3º, §2º da Lei 5889/73).

7. DA ADMINISTRAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

Segundo Augusto Nobre³¹ face o traço temporário do consórcio, não é suprimida individualidade dos consorciados. Porém, coloca-os, ao que concerne ao empreendimento comum, sob uma administração centralizada.

No que se refere ao objeto, empreendimento comum do consórcio, os poderes da administração, são transferidos pelos consorciados a um deles, denominado líder do consórcio. Isto porque é da natureza do consórcio a autonomia administrativa em face das sociedades consorciadas, sendo necessário uma direção própria ou até mesmo pelo exercício da administração pela sociedade líder.

Assim, muito embora não possua personalidade jurídica, tem, por força de lei, uma administração.

O art. 279 da Lei 6404/76, dispõe, no inciso VI, que no respectivo contrato do consórcio, devem constar normas a respeito da administração.

Poderiam cogitar que, pelo fato do consórcio não ser sujeito de direitos e obrigações, por ausência de personalidade jurídica, os administradores estariam impedidos de praticar atos jurídicos.

Porém, tal conclusão somente seria possível na visão de quem desconhece o instituto do consórcio.

Nos consórcios, como nos grupos de sociedades que também não possuem personalidade jurídica (Lei S/A art. 266), os atos praticados por seus administradores vinculam imediatamente os patrimônios dos consorciados.

Neste sentido, Fábio Konder Comparato, afirma: " ... o consórcio é mero contrato, não dá ensejo à criação de um novo ente jurídico, e pode existir apenas no âmbito das estruturas internas das empresas consorciadas, ou manifestar-se também exteriormente perante terceiros. Neste último caso, há necessidade de se criar uma representação comum, sendo que as responsabilidades assumidas gravam diretamente o patrimônio dos consorciados solidariamente."³²

Assim, infere-se que o administrador do consórcio, agindo dentro do objeto do contrato, o faz representado os interesses dos consorciados, naquilo em que detiverem titularidade comum, como representante de todos os membros.

O fato da existência de um líder, indica a obrigação dos consorciados em indicar alguém que fale em seu nome. Segundo Augusto Nobre³³ este líder age na qualidade de mandatário. Afirma que "apenas por um ficção de direito, admite-se a formação dessa nova figura que em muito facilita as negociações e o relacionamento com a contratante, que passa a lidar com apenas um daqueles componentes do consórcio. Mas o sujeito de direitos, a nosso ver, não é o consórcio e sim cada uma das suas co-partícipes e na medida do que disponha o contrato."

³¹ obra citada, pág. 381

³² Fábio Konder Comparato, *Novas Formas Jurídicas de Concentração Empresarial*, RDM, Nova Série, 1972, 5/139)

³³ Obra citada, página 380.

Modesto Carvalhosa³⁴, ao tratar da autonomia administrativa do consórcio afirma que para o exercício do poder de direção do consórcio haverá “mandato para o consórcio exercer sua capacidade negocial ou judicial, junto a terceiros e delegação quando, internamente, a direção consorcial ou a sociedade líder delibera sobre matéria de administração do consórcio.”

7.1 Patrimônio Do Consórcio

A atividade comum das consorciadas envolve, freqüentemente, a aquisição de bens, sob propriedade comum, administradas pelo consórcio. Mauro Penteado³⁵ designa como “fundo consórcil”, afirmando que a lei societária não cuidou de equacionar, posto que restringiu-se a elencar, como elemento não essencial do contrato (art. 279, VIII)

As consorciadas não têm ingerência sobre o patrimônio afetado ao consórcio durante sua existência. Até mesmo os credores de cada sociedade, individualizadamente, não têm direito sobre o patrimônio destinado, por negócios alheios ao âmbito consorcial.

Quando se trata de sociedades sob o controle comum, caracteriza-se o consórcio como de “coordenação” diferentemente dos grupos de sociedade que se caracterizam como de “subordinação”.

Portanto, pode-se afirmar que na relação de coordenação existente no consórcio, não há vinculação ou subordinação das atividades empresariais das consorciadas à direção do consórcio, mantendo a autonomia de cada uma.

³⁴ Obra citada, pág. 341

³⁵ Mauro Penteado, RDM Out/Dez de 1983, Editora Revista dos Tribunais nº 52

O que há é a comunhão de interesses fundada na autonomia de cada sociedade conorciada quanto às suas atividades e administração, mesmo sob controle acionário único dentro do consórcio

Internamente, no âmbito do consórcio, respondem as consorciadas umas perante as outras pelo fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato consorcial.

Perante terceiros, responderão individualmente pelas obrigações que assumiram em virtude do consórcio firmado.

“Os terceiros não poderão alcançar os recursos atribuídos pela sociedade ao consórcio, a não ser que não tenha bens suficientes para responder por essas mesmas obrigações e responsabilidades contratuais ou extracontratuais.”³⁶

A solidariedade não se presume, ainda que o consórcio tenha direção única, típica dos consórcios de 2º grau e ainda que se trate de consórcio com outorga de liderança à empresa participante, típico de 3º grau.

Poderá, porém, ser estabelecida a solidariedade no contrato consorcial. Ou até mesmo por imposição, nos consórcios instrumentais.

Existindo o consórcio entre apenas duas sociedades, falindo uma delas e, não havendo previsão convencional acerca de substituição, ocorrerá a extinção. Havendo previsão, o consórcio subsistirá até a substituição por outra sociedade.

8. CONSÓRCIO DE OBRAS PÚBLICAS

A primeira disciplina desta matéria surgiu com o D. nº 73.140.

Pela primeira lei, vê-se que no âmbito das licitações públicas os consórcios podem ser civis e não necessariamente mercantil, posto que duas ou mais pessoas físicas profissionais podem consorciar-se para a contratação de serviço de natureza técnica , objeto do certame.

Muito embora o art. 23 do D. nº 73.140 exigisse que as consorciadas instruisse seu pedido de habilitação com a prova da constituição do consórcio já registrado, segundo Augusto Nobre³⁷ tal prática não ocorria. Na sua visão “usualmente o que elas apresentam é o chamado “protocolo de intenção”, que é um compromisso de formar o consórcio caso vençam a licitação, já se estabelecendo desde logo as condições mínimas de divisão de trabalho e de participação nos resultados.”

Com o advento da lei 8.666 de 1993, institui-se normas para licitações e contratos com a Administração Pública, sendo que os artigos 9º e 33º requisitam a formação de consórcios de terceiro grau, com a existência de uma empresa líder que represente o consórcio.

Com a lei 8.666 de 1993, ocorreu uma evolução substancial da forma de participação dos consórcios em licitações.

Desta forma estabeleceu o referido diploma que para licitar deveria ser celebrado um compromisso de formação de consórcio que, na hipótese de adjudicação, contrataria as obras, serviços ou concessões. Neste sentido trata o artigo 33 da lei. 8.666 de 1993.

Notadamente em decorrência da nova lei de concessões – Lei n. 9074 de 1995 – “o Poder Público passou a exigir desde logo a celebração de um consórcio instrumental entre sociedades licitantes, para em seguida – em caso de adjudicação

³⁶ Modesto Carvalhosa, obra citada, pág. 343

³⁷ Obra citada, página 378.

– determinar que fosse ele extinto e, em seu lugar, constituída uma sociedade de propósito específico – SPE”.³⁸

Neste sentido, a Administração Pública passou a exigir a constituição de uma sociedade que pudesse separar os capitais, recursos e aptidões, voltada para a execução do contrato público celebrado, ultrapassando-se o regime do consórcio operacional com propósito específico e sem personalidade jurídica, para adotar-se uma sociedade de propósito específico com personalidade jurídica.

Importante frisar que, muito embora implantado pela Administração em editais que são normas específicas, podendo regulamentar cada licitação, o regime de consórcio instrumental seguido de sociedade de propósito específico – SPE não está regulamentado por lei.

Da interpretação do art. 278 do diploma societário não se infere que uma das empresas deva ser necessariamente uma sociedade por ações, porém poderá o Poder Público, em caso de licitação, exigir esta forma societária às consorciadas.

9. O CONSÓRCIO DO DIREITO COMPARADO

9.1 França

A par de normas esparsas, estruturou-se na França, uma fórmula de colaboração empresarial, de forma coordenada, sem subordinação, designada *groupement d'intérêt économique*, definido como "uma pessoa jurídica constituída livremente entre duas ou mais pessoas ilimitadamente e em princípio solidariamente

³⁸ Modesto Carvalhosa , obra citada, pág. 354.

responsáveis, que se reúnem tendo em vista agenciar os meios aptos a desenvolver suas atividades econômicas que permanecem independentes."³⁹

Os *groupements* são disciplinados pela *Ordonnance* nº 67.821, de 23 de setembro de 1967, completada pelos decretos nºs 67.237, de 23 de março de 1967 e 68.109, de 2 de fevereiro de 1968, estes últimos tratando de matéria pertinente ao registro do Comércio.

9.2 Itália

O consórcio é disciplinado pelo Código Civil Italiano.

A Lei 377 de 1976 veio alterar a definição de consórcio disciplinada pelo art. 2.602 do Código Civil de 1942, que na redação original dispunha poder ser celebrado entre os exercentes de uma mesma atividade econômica ou atividades econômicas conexas.

Pela nova lei, "com o contrato de consórcio vários empresários constituem uma organização comum para a disciplina ou para o desenvolvimento de determinadas fases das respectivas empresas"⁴⁰, de forma a ampliar a finalidade dos consórcios.

9.3 Joint Ventures

A *joint ventures*, originária dos Estados Unidos, apresenta finalidade semelhante a do consórcio, embora limitada.

³⁹ Mauro Rodrigues Penteadó, obra citada, pag 116.

⁴⁰ Mauro Rodrigues Penteadó, obra citada, pag 124.

Trata-se de modalidade de parceria temporária, organizada para execução de um único empreendimento com fins lucrativos.

A direção e operação do empreendimento, em regra é atribuída a um dos integrantes da *joint venture*, não tendo este poderes para obrigar os demais, muito embora possa existir a outorga destes poderes.

A vinculação legal entre as partes dá-se pelo acordo expresso ou tácito, interesse comum, participação nos lucros e nas perdas e no direito do mútuo controle sobre o empreendimento.

A associação com empresas detentoras de tecnologia adequada para a produção de determinado produto, traz vantagens aos participantes que para tanto formam a *joint venture*.

O consórcio não é a única forma prevista pela Lei 6.404/76 para a realização da *joint venture*, podendo ser efetivada sob a forma de uma nova sociedade, com a estipulação de mais de uma classe de ações ordinárias (art. 16 da Lei das S.A.).

CONCLUSÃO

Encerrando o presente estudo, destaca-se a carência de regulamentação específica atinente ao consórcio no Brasil, face o grande campo de atuação deste instituto que se amplia cada vez mais.

A utilização da experiência do direito comparado seria de grande valia na disciplina do presente diploma legal.

O campo de atuação dos consórcios do Brasil é notório, especialmente face as dificuldades de desenvolvimento econômico imposto às empresas nacionais pelo grande número de empresas provenientes de países desenvolvidos com forte atuação do mercado globalizado.

Assim, o consórcio vislumbra-se como uma boa alternativa no desenvolvimento das empresas nacionais, com chances reais de competitividade e aprimoramento do desempenho.

Por derradeiro, as considerações efetuadas certamente não esgotam os temas ligados ao consórcio de empresas.

Bibliografia:

Augusto Nobre, Revista Forense. Companhia Ed. Forense, Volume 300 – 1987.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo dicionário da língua portuguesa, 1ª edição, 4ª impr., Rio, Ed. Nova Fronteira, 1975.

De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol 1, 4ª edição, Rio, Forense, 1975, vol. II.

Fábio Konder Comparato, Novas Formas Jurídicas de Concentração Empresarial, RDM, Nova Série, 1972.

Giuseppe Ferri, “Enciclopedia Del Diritto”, vol, IX, Varese, Giuffré Editore, 1ª ed., 1961.

Mauro Rodrigues Penteado, Consórcio de Empresas, Editora Pioneira, 1979.

Mauro Rodrigues Penteado, RDM nº 52, Editora RT.

Modesto Carvalhosa, Comentários à lei de sociedades anônimas, Ed. Saraiva, 1998.

Pedro Paulo Cristóforo, Ed. RT, RDM nº 44, out/dez de 1981.

Remo Franceschelli “ Comentário Del Codice Civile, a cura di Scialoja e
Branca, Libro Quinto, Del Lavora, reimpressão atualizada, 1971, Roma, Foro
Italiano.

Tullio Ascarelli, Ensaio e Pareceres. Ed. R.E.D. Livros, 2000.