

LUISA TORTOLANO BARRETO

**Obrigações das partes e dever de colaboração nos
contratos de consórcio**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Prof^a. Titular Paula Andrea Forgioni

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

LUISA TORTOLANO BARRETO

**Obrigações das partes e dever de colaboração nos
contratos de consórcio**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob orientação da Professora Titular Paula Andrea Forgioni.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2018**

Barreto, Luisa Tortolano

Obrigações das partes e dever de colaboração nos contratos de consórcio
/ Luisa Tortolano Barreto: orientadora Paula Andrea Forgioni -- São Paulo, 2018.

158 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018).

1. Consórcio de empresas. 2. Contratos associativos. 3. Lei nº 6.404/76. 4. Deveres de Colaboração. 5. Obrigações das partes. I. Forgioni, Paula Andrea, orientador. II. Título.

Aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa, nunca tem medo e nunca se arrepende. Leonardo da Vinci

Dedico este trabalho à minha mãe, Elisabeth Pataro Tortolano. O que quer que aconteça, estas palavras já estão escritas, e são para você.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer, de início, à minha orientadora, Professora Paula Andrea Forgioni, pela oportunidade de aprendizado e por todos os ensinamentos durante os últimos três anos, sem os quais o presente trabalho não existiria.

Aos Professores Sheila C. Neder Cerezetti e Rodrigo Octávio Broglia Mendes, pela sugestão do tema de pesquisa e pelas orientações em banca de qualificação.

À minha mentora profissional, Rosi Costa Barros, agradeço pelo apoio e principalmente, pela compreensão nos momentos difíceis.

A todos os amigos que me acompanharam durante a elaboração desse trabalho, pela paciência e pelo suporte emocional.

Aos colegas do Neiva Barros Figueiró Advogados e do Garrigues, por sua compreensão e pelo apoio aos meus projetos acadêmicos.

Com distinção, agradeço aos meus pais, pelo incansável incentivo durante toda a minha vida, por todo o apoio na realização desse trabalho e, principalmente, pelo amor que sempre recebi. Fui afortunada em muitos sentidos, mas esse é o principal.

RESUMO

BARRETO, Luisa Tortolano. *Obrigações das partes e dever de colaboração nos contratos de consórcio*. 2018. 158 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O consórcio é um tipo contratual frequentemente empregado para a realização de obras ou projetos complexos, sendo, portanto, forma colaborativa de importante papel para o desenvolvimento de setores essenciais, tais como infraestrutura, construção civil e prestação de serviços públicos. O contrato de consórcio pode ser considerado contrato híbrido, associativo, relacional, de organização e/ou de colaboração. Dentre os contratos associativos, o consórcio se destaca, no Brasil, por ser contrato típico, dotado de estatuto legal próprio, o que lhe confere relativa segurança jurídica em relação a pactos de colaboração atípicos. Apesar disso, a lei não estabeleceu regras claras de governança do instituto, ficando esse tipo contratual amparado nas regras dos contratos comuns de intercâmbio. Nos contratos associativos e de colaboração, os deveres de colaboração impostos às partes são, não raro, mais intensos do que nas relações contratuais em geral, em decorrência do objeto e da função econômica desses negócios jurídicos. Outrossim, é de se notar que os consórcios, por sua natureza relacional, são contratos incompletos, o que também demanda alto grau de colaboração das partes no cumprimento de suas obrigações. Contudo, a Lei nº 6.404/76 não reflete esse caráter do consórcio, determinando que as consorciadas se obriguem somente nos termos do contrato, o qual deve delimitar as prestações específicas atribuídas a cada parte. Assim, a lei confere tratamento um tanto individualista ao contrato de consórcio, destoando de sua natureza associativa. Sem embargo, a ausência de positivação não impede a imposição dos deveres de colaboração às partes. Essa situação, entretanto, pode gerar certa insegurança jurídica, ao permitir ao intérprete do contrato a imposição de deveres que podem extrapolar as expectativas da parte no momento da celebração do pacto. Ademais, a estruturação das obrigações das partes nos contratos de consórcios pode impactar a intensidade dos deveres de colaboração decorrentes da relação contratual, além de poder implicar maior dependência entre as partes e suprimir o afastamento da presunção de solidariedade, previsto na lei.

Palavras-chave: Consórcio de empresas. Contratos associativos. Lei nº 6.404/76. Deveres de Colaboração. Obrigações das partes.

ABSTRACT

BARRETO, Luisa Tortolano. *Obligations of the parties and duty of collaboration in consortium agreements*. 2018. 158 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

Consortium is a type of contract often applied for the implementation of complex works or projects and is therefore an important collaborative form for the development of key sectors such as infrastructure, construction and public services. The consortium agreement may be considered a hybrid, associative, relational, organizational and/or collaboration contract. Among the associative contracts, the consortium stands out in Brazil as a typical contract, with its own legal statute, which awards relative legal certainty in relation to atypical cooperation agreements. Despite this, the law did not establish clear rules of governance regarding the institute, and as a result this contractual category is grounded on the rules of the common exchange contracts. In associative and collaborative contracts, the duties of collaboration imposed on the parties are often more intense than in contractual relations in general, as a result of the purpose and economic function of these legal transactions. It is worth noting that consortiums, due to their relational nature, are incomplete contracts, which also requires a high degree of collaboration of the parties in the fulfillment of their obligations. However, Law No. 6,404/76 does not reflect this trait of the consortium, determining that the consortium members are bound only under the terms of the agreement, which should set the specific provisions attributed to each party. Thus, the law confers somewhat individualistic treatment to the consortium agreement, disregarding its associative nature. Notwithstanding, the absence of legal affirmation does not prevent the imposition of the duties of collaboration to the parties. This situation, however, can generate some legal uncertainty by allowing the contract interpreter to impose duties that can exceed the expectations of the party at the time of the conclusion of the agreement. In addition, the structuring of the parties' obligations in consortia agreements may impact the intensity of the collaborative duties arising from the contractual relationship, as well as imply greater dependence between the parties and suppress the withdrawal of the presumption of solidarity foreseen by the law.

Keywords: Consortium. Associative Contracts. Law No. 6.404/76. Duties of collaboration. Obligations of the parties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 Relevância do tema.....	9
2 Objetivos e hipóteses	13
3 Esclarecimento terminológico.....	14
4 Metodologia e divisão do trabalho	14
PARTE 1 – CARACTERIZAÇÃO E TRATAMENTO LEGAL DOS CONSÓRCIOS...	16
1. O CONSÓRCIO ENTRE EMPRESAS	16
1.1 Conceituação e Natureza Jurídica	16
1.2 Tipos de Consórcio de Empresas	24
1.3 Consórcio como Contrato Associativo ou de Colaboração.....	26
1.4 Histórico	32
1.5 Outros Tipos de Consórcio	36
1.5.1 Consórcio Público	36
1.5.2 Consórcio para aquisição de bens e serviços	39
1.5.3 Consórcio de <i>underwriting</i>	40
1.6 Constituição do Consórcio.....	42
1.7 Função Econômica do Consórcio entre Empresas	44
1.8 Distinção entre Consórcio e Outras Figuras.....	47
1.8.1 Sociedade	48
1.8.2 Grupo de Sociedades.....	51
1.8.3 Sociedade em Conta de Participação	53
1.8.4 Agrupamentos de Interesse Econômico.....	54
1.8.5 <i>Joint Ventures</i>	57
1.9 Consórcio no Direito Antitruste.....	64
2. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO – A LEI Nº 6.404/76 E OUTROS ORDENAMENTOS	67
2.1 Elementos Essenciais do Contrato de Consórcio no Ordenamento Brasileiro	67
2.1.1 Designação do consórcio	69
2.1.2 Objeto do consórcio	70
2.1.3 Duração, endereço e foro.....	71
2.1.4 Normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados.....	72

2.1.5 Administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração	72
2.1.6 Deliberação sobre assuntos de interesse comum	73
2.1.7 Contribuição de cada consorciado para as despesas comuns.....	77
2.1.8 Responsabilidade das consorciadas na Lei nº 6.404/76 e em outras áreas do Direito	77
2.2 Enquadramento Legal do Consórcio de Empresas em Outros Ordenamentos...	81
2.2.1 Portugal.....	81
2.2.2 Itália.....	86
PARTE 2 – OBRIGAÇÕES DAS PARTES E OS DEVERES DE COLABORAÇÃO NOS CONSÓRCIOS	90
3. OS DEVERES DE COLABORAÇÃO DAS PARTES NO CONTRATO DE CONSÓRCIO	90
3.1 O princípio da cooperação e a boa-fé objetiva	90
3.2 Os deveres de colaboração ou cooperação	97
3.3 O Elemento da Colaboração no Contrato de Consórcio entre Empresas	107
3.2.1 Ausência de previsão legal dos deveres de colaboração.....	114
4. TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO DE CONSÓRCIO NO BRASIL	121
4.1 Definição das obrigações e prestações específicas.....	121
4.2 Estruturação das Obrigações no Contrato de Consórcio	128
4.2.1 Integração das Obrigações	131
4.2.2 Individualização das Obrigações.....	133
4.3 Consequências da Estruturação das Obrigações no Contrato de Consórcio....	135
4.4 Problemas do Contrato de Consórcio no Brasil.....	138
4.4.1 Obrigação de contribuição para despesas comuns.....	138
4.4.2 Falência de consorciada.....	140
4.4.3 Ausência de mecanismo sancionador	142
4.4.4 Consequências da classificação como contrato plurilateral	143
CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

1 Relevância do tema

“O mundo mudou e os modelos colaborativos são uma forma melhor de fazer negócios”¹. A frase é de Mitch Barns, presidente da Nielsen, uma das maiores empresas de pesquisa de mercado do mundo.

De fato, é possível observar no mercado uma tendência à organização horizontal de empresas, resultando na criação de estruturas capazes de realizar projetos maiores e mais complexos.

Com efeito, a atual fase do capitalismo pressupõe uma aliança entre a eficiência e a equidade, conciliando as funções econômicas e sociais das diferentes instituições, mediante uma negociação construtiva na qual os acordos, os pactos e os contratos podem e devem substituir o constrangimento que decorre de leis, decretos e regulamentos. As relações de hierarquia, que existiam no passado, transformam-se em vínculos baseados na cooperação e na confiança.²

Destarte, o mercado passa a demandar de seus agentes econômicos uma constante adaptação, exigindo a realização de grandes investimentos em desenvolvimento de novos produtos, bem como maior flexibilidade dos meios de produção, que devem estar aptos para rápidas modificações.³

Nesse cenário, a associação de empresas para realização de um projeto assume relevância ao gerar inúmeros benefícios do ponto de vista financeiro, proporcionando a redução de custos de transação⁴ e de implementação, o aumento do capital a ser empregado no projeto em razão do investimento

¹ BORTOLOZI, Tatiane. Em tempos de crise, colaborar é preciso. *Valor Econômico*, Caderno de Empresas, 25 de junho de 2015.

² WALD, Arnaldo (org.). Direito empresarial: direito societário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, p. 27, 2011.

³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *A empresa contemporânea e direito societário*. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 87.

⁴ “Os contratos de colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários.” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.174).

conjunto dos agentes envolvidos, o compartilhamento de *know how*, de estruturas físicas, de recursos humanos e de público-alvo, entre outros aspectos.

É de se notar que, quando a finalidade da colaboração está adstrita a um determinado prazo, curto e pré-estabelecido, os interessados procuram materializá-la sob a forma de um contrato flexível que lhes permita dissolvê-la, sem restrições, quando da finalização do projeto a que se destina⁵.

Surgem, assim, os contratos de cooperação e associação empresarial, dentre os quais os consórcios, objeto do presente estudo.

O consórcio é negócio jurídico amplamente empregado para o desenvolvimento de empreendimentos ligados ao ramo de engenharia e construção de maior complexidade, nas indústrias automobilística, alimentícia, no setor de tecnologia, nas concessões de obras e serviços públicos, no setor financeiro e no mercado de capitais, no ramo de seguros, na exploração de recursos energéticos, no setor bancário, dentre outras áreas.

De fato, ao realizar-se uma busca⁶ por empresas ativas no sítio da Junta Comercial do Estado de São Paulo, a pesquisa retorna o número de 4.617 consórcios ativos, registrados apenas no Estado de São Paulo.

Contudo, não poderia ser mais pertinente a asseveração de FORGIONI (2010) de que “o direito ainda não desenvolveu instrumental satisfatório para operar os contratos de colaboração, calcando-se a teoria geral nos negócios de intercâmbio.”^{7 8} O mesmo pode ser dito acerca dos contratos associativos.

⁵ SILVA, Susana Costa e; SOUSA, Maria João de. Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, abr/jun 2009.

⁶ Busca realizada em 11.12.2017, às 17h20m.

⁷ Segue-se, no mesmo tema: “A observação da prática comercial e das decisões judiciais demonstra que a solução de problemas derivados da incompletude dos contratos de associação tem se socorrido de institutos tradicionais do direito comercial, que há muito pertencem ao nosso patrimônio jurídico, tais como a proteção da legítima expectativa, o respeito à sua função econômica e, principalmente, a boa-fé.” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.198 e 210).

⁸ Em unísono, Ferro-Luzzi: “Ora, se si ammette che con l’inclusione del fenomeno associativo l’instituto contrattuale si distacca dalla matrice che ne hà improntata la nozione positiva e la disciplina generale nelle codificazioni moderne, e cioè il fenomeno di scambio, e quindi il contratto bilaterale, consensuale obbligatorio di compravendita, ed acquista una comprensione sempre maggiore, è chiaro che qualunque costruzione dei contratti associativi non può prescindere da un

Conforme afirma RATYNSKI (2005), o interesse em comum das empresas que se associam em consórcio é a realização de um projeto, preservando a autonomia de cada um dos seus membros. Cada uma das partes contribui para o projeto com seu próprio *know-how* e se beneficia do *know-how* dos demais membros, de forma que todos possam assumir as suas próprias responsabilidades de acordo com suas próprias habilidades, o que permite uma melhor compreensão dos riscos assumidos pelas partes.⁹

São fatores como o investimento, o risco, a flexibilidade, a dimensão e as barreiras à entrada que funcionam como motivações à formação de consórcios e estão relacionados com as especificidades do projeto, do mercado e da empresa.¹⁰

Nesse panorama, o contrato de consórcio se destaca das demais modalidades de contratos associativos no ordenamento pátrio por ser contrato típico, dotado de estatuto próprio regulado em lei, o que lhe atribui maiores robustez e segurança jurídica em relação aos demais instrumentos de cooperação. De tal modo, na comparação entre as diferentes alternativas contratuais associativas, o consórcio se mostra como uma opção interessante e flexível, dado o relativo conforto jurídico resultante de sua tipicidade.

Apesar disso, a lei, no intuito de conceder maleabilidade ao contrato de consórcio, deixou de estabelecer regras claras de governança do instituto, mormente no que tange à natureza do consórcio como contrato associativo.

contestuale accurato controllo del concetto al quale intende riportare questi fenomeni. In mancanza di ciò è evidente il rischio di tentare di applicare loro ordini concettuali inadeguati e pertanto deformanti." (FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 31).

⁹ *"L'intérêt commun des entreprises qui s'associent em consortium est la réalisation d'un projet. Ce regroupement s'opère en association, c'est-à-dire sans partage des résultats : en préservant l'autonomie de chacun de ses membres, le consortium est fidèle au principe fondateur de nos métiers de constructeurs, l'esprit d'entreprise. La réciprocité du profit naît de l'adjonction de forces complémentaires : chaque partie apporte son propre savoir-faire au profit du groupe et bénéficie des compétences différenciées apportées par les autres parties. Autonomie et complémentarité permettent à chacun d'assumer ses propres responsabilités – pour la part qu'il est le plus à même d'entreprendre - et de porter ainsi les risques qu'il maîtrise le mieux."* (RATYNSKI, Phillippe. Prefácio. In CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005).

¹⁰ SILVA, Susana Costa e; SOUSA, Maria João de. Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, abr/jun 2009.

É desse aspecto peculiar que surge o interesse pelo estudo dessa modalidade contratual, que permite às empresas agruparem-se, num determinado período de tempo, para partilhar recursos, dividir riscos e dissolver facilmente a cooperação, após a finalização do projeto.¹¹

Isso porque há pouca ou nenhuma positivação, no regramento do consórcio no direito pátrio, de normas ou preceitos que se amoldem à sua natureza jurídica, como contrato associativo e plurilateral que é, gerando insegurança jurídica para os agentes econômicos que empregam este tipo contratual em suas atividades.

Essa realidade é particularmente acentuada no que concerne à natureza do vínculo contratual dos membros integrantes de consórcio de empresas, já que, embora associativo, o consórcio recebe tratamento legal breve e individualista, especialmente em relação às obrigações e aos deveres das partes, o que não é condizente com seu caráter relacional e associativo.

No mesmo sentido é o entendimento de COMPARATO, que afirmou, tratando da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei nº 6.404/76”):

Seja como for, o fenômeno consorcial, pela sua importância crescente, está a exigir uma disciplina jurídica que atenda, harmonicamente, aos múltiplos interesses em causa. A nova lei de sociedades por ações, obra excelente sob muitos aspectos, não se limitou a repetir, sem julgamento crítico, as ideias e modelos alienígenas, nessa matéria. Podemos discordar da orientação adotada sobre pontos menores, como tenho feito, num intuito construtivo. Mas não podemos negar que o novo diploma representa, em seu conjunto, um expressivo exemplo de imaginação criadora no direito brasileiro, uma exceção notável à lei do mimetismo nacional, a que aludi no início.¹²

Com efeito, assim no caso dos consórcios, como nos demais contratos híbridos, o direito tem se socorrido de institutos tradicionais do direito comercial, dada a ausência de regramento específico para esses tipos contratuais¹³, o que se mostra longe do ideal, em razão das especificidades dos referidos negócios

¹¹ Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. (SILVA, Susana Costa e; SOUSA, Maria João de. Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, abr/jun 2009).

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 225.

¹³ Conf. FORGIONI, nota 7.

jurídicos.

Assim, o estudo das obrigações das partes e de seus deveres de colaboração no âmbito do contrato de consórcio justifica-se em razão da relevância do tipo contratual ora analisado para o cenário econômico atual e futuro, e de sua positivação deveras escassa, destoante da natureza do próprio instituto, como será explorado.

2 Objetivos e hipóteses

Como dito acima, no ordenamento pátrio, o contrato de consórcio, embora contrato típico, possui regramento lacônico, especialmente se analisado em oposição à complexidade da relação entabulada pelas partes, e dos empreendimentos para os quais os consórcios costumam ser constituídos.

Nesse cenário, verifica-se que a Lei nº 6.404/76 limita-se a determinar que as consorciadas obrigam-se somente nos termos do contrato, o qual deve elencar, dentre outras disposições essenciais, as prestações específicas atribuídas a cada parte para a consecução do empreendimento objeto do contrato.

Contudo, como geralmente ocorre nos contratos híbridos, a pormenorização de todas as obrigações, nuances, e demais disposições contratuais necessárias à consecução do objeto nem sempre é possível ou economicamente interessante, em vista da racionalidade limitada dos agentes envolvidos e dos altos custos de transação que um detalhamento desse nível implicaria, o que acabaria por inviabilizar o projeto, ou por torná-lo menos atrativo.

Dessa forma, o contrato de consórcio, assim como os demais contratos associativos, pode ser considerado contrato incompleto, o que possui implicações para o sucesso de seu objeto, dentre elas a necessidade de maior colaboração das empresas consorciadas no cumprimento de suas obrigações, em relação aos contratos de intercâmbio.

Destarte, o objetivo do presente trabalho é, primeiramente, analisar o papel e a extensão dos deveres de colaboração das partes nos contratos de consórcio de empresas, bem como as consequências da ausência de um regramento específico para esses deveres no ordenamento brasileiro, de forma a propor a uma reflexão que possa resultar em avanços no tratamento legal dos consórcios no Brasil.

Ademais, o presente estudo também objetiva analisar a importância da definição das obrigações específicas das partes no contrato de consórcio, sob a perspectiva da Lei nº 6.404/76, além das possíveis consequências da estruturação das obrigações nesses contratos, inclusive em contraste com os deveres de colaboração aludidos no parágrafo *supra*, em razão de sua natureza associativa.

3 Esclarecimento terminológico

Como será demonstrado no Capítulo 1 deste estudo, o termo “consórcio” possui distintas acepções jurídicas, que não se confundem com o consórcio de empresas, regulado pela Lei nº 6.404/76 e objeto deste trabalho.

Por essa razão, é importante esclarecer que todas as referências a “consórcio”, “contrato de consórcio”, “consórcio de empresas” e “consórcio empresarial”, no presente trabalho, estão relacionadas ao consórcio previsto nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, exceto nos itens deste estudo voltados à distinção deste contrato dos demais institutos homônimos, no Capítulo 1.

4 Metodologia e divisão do trabalho

O presente estudo foi elaborado pela metodologia de pesquisa bibliográfica e legal, e foi dividido em duas partes, compostas por quatro capítulos descritivos, sendo os dois primeiros voltados à conceituação do contrato de consórcio e análise de seus elementos essenciais, e os dois últimos dedicados ao enfrentamento do tema e dos problemas dele decorrentes, além da introdução e da conclusão.

Destarte, no capítulo inaugural, será traçado um panorama do contrato de consórcio, sem a pretensão de se estabelecer conceitos ou ideias finais acerca deste tipo contratual. Assim, serão trazidos, de início, a conceituação, a natureza jurídica e, ainda, um breve histórico do tratamento legal do consórcio de empresas no Brasil. Serão analisadas, igualmente, a formação e a função econômica do consórcio, para, em seguida, estabelecer-se a distinção entre este tipo contratual e outras figuras afins, bem como a relevância do consórcio para o direito antitruste.

No segundo capítulo, serão analisados os elementos essenciais do contrato de consórcio, trazidos pela Lei nº 6.404/76, bem como o enquadramento legal do consórcio em outros ordenamentos.

Na sequência, passaremos à segunda parte do presente estudo, na qual serão analisadas as hipóteses levantadas *supra*, tendo como base os conceitos e as apreciações trazidos na primeira parte do trabalho.

Portanto, no terceiro capítulo, serão apresentados e analisados os deveres de colaboração das partes nos contratos de consórcio, sua extensão e seu papel nesses negócios jurídicos, segundo a doutrina.

Finalmente, o quarto capítulo tratará da importância da definição das obrigações específicas das partes no contrato de consórcio, sob a perspectiva da Lei nº 6.404/76, além das possíveis consequências da estruturação das obrigações nesses contratos.

PARTE 1 – CARACTERIZAÇÃO E TRATAMENTO LEGAL DOS CONSÓRCIOS

1. O CONSÓRCIO ENTRE EMPRESAS

1.1 Conceituação e Natureza Jurídica

Nas palavras de AZEVEDO (2005), “a habitual tensão da atividade jurídica, oscilando entre os fatos concretos da vida e as normas abstratas do ordenamento, exige sempre uma série de precisões prévias relativas aos conceitos a utilizar.”¹⁴ Assim, de forma a permitir adequada análise do tema proposto para o presente trabalho, impera traçarmos inicialmente o conceito do objeto de estudo ora examinado, o consórcio de empresas.

Neste capítulo inicial, trataremos apenas do conceito e da natureza jurídica do consórcio empresarial, reservando a análise da regulação do instituto para o próximo capítulo deste trabalho.

CHENUT conceitua consórcio como um acordo momentâneo de cooperação, de natureza exclusivamente contratual, concluído entre duas ou mais pessoas físicas¹⁵ ou jurídicas que se comprometem, cada uma no que lhe concerne, a executar prestações distintas em vista da realização de uma operação comum determinada.¹⁶ Interessante notar, na definição proposta pelo jurista francês, a expressão “cada uma no que lhe concerne” (*chacune en ce qui la concerne*), pois está perfeitamente alinhada com a redação dos artigos que regem o consórcio de empresas na Lei nº 6.404/76, como veremos mais adiante no presente trabalho.

Na definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, consórcio “não é uma

¹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

¹⁵ No Brasil, não há previsão legal para constituição de consórcio por pessoas físicas.

¹⁶ Tradução livre. CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p.16.

pessoa jurídica, mas associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas”.¹⁷

No entendimento de SILVA (2015), por sua vez, consórcio constitui modalidade associativa que se produz mediante contrato, destituída de personalidade jurídica, por meio do qual se conjugam aptidões, recursos e esforços para a consecução do empreendimento objeto, sem perda da autonomia administrativa e patrimonial das partes consorciadas.¹⁸

Segundo LEÃES (2004), a lei disciplina consórcio como modalidade de contrato de colaboração interempresarial, no gênero dos grupos de sociedades, na espécie dos “grupos de coordenação”. Isso porque a legislação pátria, em matéria de grupos de sociedades, prevê os chamados grupos de subordinação, em que as empresas se põem em relação de controle uma com as outras (Lei. 6.404, art. 265 e seguintes), e os chamados grupos de coordenação, em que as empresas se põem em relação de colaboração, sem subordinação de uma com outras (Lei 6.404, arts. 278-279).¹⁹ O contrato de consórcio estaria, destarte, inserido nesta última categoria.

Para EIZIRIK, “a natureza empresarial do consórcio, aliás, é indiscutível, dada a exigência de inscrição do contrato constitutivo no Registro Público de Empresas Mercantis.”²⁰

A Lei nº 6.404/76, de fato, regula o consórcio como modalidade de “sociedade não personificada” que tem por objeto a execução de determinado empreendimento²¹. À semelhança das sociedades, o contrato de consórcio é constituído mediante contrato associativo plurilateral, que deve ser obrigatoriamente arquivado no Registro de Comércio para que obtenha os seus

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 610.

¹⁸ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 55.

¹⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, p. 523.

²⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 565, v. III.

²¹ Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda.

efeitos legais perante terceiros, sobretudo no que diz respeito ao regime de responsabilidade. A classificação desse tipo contratual como “sociedade não personificada”, entretanto, não foi adotada por parte da doutrina.²²

Para CARVALHOSA (2011), o consórcio constitui uma sociedade de segundo grau, pois, embora não tenha personalidade jurídica, é titular de obrigações e de direitos, tendo capacidade processual, à semelhança das demais sociedades sem personalidade jurídica de que trata o Código Civil.²³

Entretanto, como será demonstrado, não há consenso doutrinário acerca da classificação do consórcio como sociedade não personificada. Essa classificação, ou a falta de consenso a ela atribuída, é deveras relevante para o presente estudo, tendo em vista que, nas sociedades, os deveres de colaboração dos sócios são ativamente presentes²⁴.

Sem prejuízo, não adentraremos a questão no momento, pois a adequada distinção entre consórcio e sociedade será apresentada mais à frente, neste mesmo capítulo.

Sobre a natureza do contrato de consórcio, afirma ASCARELLI (1937) tratar-se de contrato evidentemente plurilateral.²⁵ Com efeito, a prática nos mostra que o consórcio é frequentemente celebrado entre partes de número variado, as quais são, todas elas, protagonistas do contrato, e não antagonistas.^{26 27}

Todavia, ainda que sejam duas as partes integrantes do contrato, permanece a característica plurilateral, como ensina CARVALHOSA (2011), tratando da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9 de

²² Cf. SZTAJN, LOBO e EIZIRIK, notas nº 112, 113 e 157, respectivamente.

²³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 437, 4. vol., tomo II.

²⁴ Conforme COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 20. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.399, v. 2.

²⁵ “*Ammessa la natura contrattuale del consorzio non è difficile ravvisare nel contratto di consorzio (con accentramento della vendita) un contratto plurilaterale (o di organizzazione), conforme a quanto ho precedentemente osservato nei riguardi del contratto di cartello.*” (ASCARELLI, Tullio. *Consorti Volontari tra Impreditori*. 2. ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1937, p.101).

²⁶ CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 20.

²⁷ No mesmo sentido, EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 555, v. III.

fevereiro de 2005):²⁸

Os consórcios têm natureza de contratos plurilaterais, ainda que seja limitado o número de seus participantes (consórcios fechados). E são plurilaterais porque visam um objetivo comum, não havendo contraprestação entre as prestações das diversas consorciadas, típica dos contratos bilaterais. Embora no consórcio a contribuição de cada uma seja sempre diversa em gênero e quantidade, a existência de um interesse comum é inquestionável. Isto posto, a presente norma estabelece a exclusão da falida do consórcio que esteja integrando, prosseguindo este com as demais consorciadas. Está aí claramente delineada a natureza de contrato plurilateral do consórcio, como típico negócio associativo que é.

Essa classificação é relevante pois, para ASCARELLI (2008), nos contratos plurilaterais, a relação das partes, em lugar de ter um caráter direto e imediato, como nos contratos de permuta, adquire um caráter indireto e mediato, pois a inexecução das obrigações de uma parte não exclui, automaticamente, a permanência do contrato entre as demais, a não ser quando torne impossível a consecução do objetivo comum²⁹.

No entendimento de AZEVEDO, por outro lado, o consórcio, como os contratos em geral, inclui-se entre os bilaterais/plurilaterais. Na concepção do jurista, não há grande relevância na distinção dessas duas classes de contratos, pois as consequências que normalmente se atribuem à classificação de contratos como plurilaterais são decorrentes do princípio geral de que o útil não é "contaminado" pelo inútil.³⁰

²⁸ Prossegue o autor: "Outra questão é a da existência de um consórcio entre apenas duas sociedades. Falindo uma delas, pergunta-se se o consórcio ipso facto se extinguiria. Se não houver previsão convencional sobre eventual substituição, ocorrerá efetivamente a extinção. Havendo a previsão, o consórcio com uma única consorciada subsistirá até o preenchimento da posição da falida por outra sociedade. Prevalecem, no caso, as regras de restauração do quadro acionário previstas nos arts. 206,d, e 80, I." (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 452, 4. vol., tomo II).

²⁹ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 420.

³⁰ Nas palavras do docente: "O consórcio, como os contratos em geral, se inclui entre os bilaterais/plurilaterais. Os últimos, os atos coletivos ou decisões colegiadas (por exemplo, as decisões de assembleia de condomínio, idem de associação, idem de sociedade anônima), tendo em vista a situação prévia de comunhão existente entre os agentes, obrigam também a minoria - o que não acontece com os contratos. Há, todavia, quem distinga os negócios jurídicos bilaterais dos plurilaterais. De fato, o Código Civil (LGLV2002V400) italiano traz alguns dispositivos (arts. 1.420, 1.446, 1.459 e 1.466) que estabelecem que a nulidade, a anulabilidade, a resolução por

Nessa linha, assevera AZEVEDO que a classificação que importa para o consórcio é a que contrapõe os contratos de interesses colidentes, como a troca e a compra e venda, e os de colaboração, ditos às vezes de escopo comum ou com causa associativa, estes últimos sendo aqueles contratos cujo objeto é cooperação ou parceria.³¹

Também para COMPARATO, no contrato de sociedade, bem assim em outros contratos plurilaterais, como a associação ou o consórcio, o elemento fundamental não é o sinalagma, mas o escopo ou objetivo comum. Segundo o jurista, trazendo à luz o entendimento de Ascarelli, esse fim comum exerce uma função instrumental, no sentido de que a satisfação do interesse pessoal das partes passa pela realização desse escopo, o que não significa que a comunhão de finalidade exclua a possibilidade de conflitos de interesses.³²

Na opinião de WALD, porém, em se tratando do contrato de sociedade, a classificação do contrato como multilateral talvez não seja a mais adequada, pois sua etimologia pressuporia a existência de mais de dois contratantes. Para o

inadimplemento e a impossibilidade de prestação, se relacionadas somente a uma das partes do contrato plurilateral, não produzirão efeitos em relação ao contrato como um todo, a menos que a participação do contratante em questão deva ser considerada essencial, à luz das circunstâncias concretas. Na verdade, porém, essas regras são meras confirmações do princípio geral de que o útil não é "contaminado" pelo inútil, utile par inutile non vitiatur, aplicado aqui aos casos específicos de nulidade parcial subjetiva (art. 1.420), anulabilidade parcial subjetiva (art. 1.446), resolução parcial subjetiva (art. 1.459) e impossibilidade parcial subjetiva (art. 1.466). Não são, pois, nada que possa pôr os contratos plurilaterais em uma classe diversa da dos bilaterais. (...) Às vezes, a insistência em separar os atos plurilaterais dos bilaterais resulta de certa confusão com os atos coletivos ou decisões colegiadas, já referidos, ou, então, conforme logo veremos, com atos de constituição de sociedade, que resultam da classificação dos atos por outro critério, o critério de seus efeitos. Repetindo, pelo número de partes, atos bilaterais e plurilaterais não constituem classes distintas. São, por exemplo, plurilaterais, o seguro em grupo feito por uma empresa para seus funcionários (há: a seguradora, a empresa e o grupo de empregados segurados - três partes); ou a assunção de dívida, conforme o art. 299 do CC/2002 (LGL\2002\400) (há: o terceiro que assume a dívida, o devedor e o credor que concorda com a transferência). As diferenças são muito pequenas em relação a atos semelhantes, bilaterais. Sob o critério que estamos tendo em vista, o contrato de consórcio, portanto, pode ser bilateral ou plurilateral e as regras a utilizar serão as mesmas." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011. DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

³¹ Idem.

³² COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial, vol. 2, p. 477, dez/2010.

autor, é preferível qualificar o contrato como de colaboração ou de parceria.³³

Como se verificou, os autores citados concordam que a principal característica que distingue os contratos plurilaterais desses contratos dos contratos sinalagmáticos é a presença do escopo comum, da causa associativa. Ver-se-á, mais adiante no presente trabalho, que a natureza plurilateral do contrato de consórcio acarreta implicações para a relação entabulada entre as partes contratantes.³⁴

Não obstante, mais que plurilateral, o contrato de consórcio pode ser, ainda, considerado um contrato relacional. Na concepção de AZEVEDO, o consórcio é um contrato relacional, pois que, sendo de duração, tem como objeto a colaboração:

Procurando adaptar essas ideias ao nosso mundo conceptual, o que se

³³ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XIV, livro II: Do direito de empresa. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72.

³⁴ Sem prejuízo do que se verá mais adiante, exemplo das possíveis implicações da caracterização do contrato de consórcio como contrato plurilateral pode ser observado na seguinte decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual trata da incidência do tributo “Taxa sobre Valor Agregado” sobre atividades de um consórcio português, com destaques nossos: “À cet égard, EDM relève que l’obligation, assumée par chaque entreprise membre du consortium, de réaliser des travaux déterminés, auxquels une valeur donnée est attribuée, n’a pas la nature de contrepartie des obligations analogues assumées par les autres entreprises membres du même consortium. Les prestations prévues ne sont pas la contrepartie les unes des autres, mais viseraient plutôt à obtenir un résultat commun. Les valeurs que les parties leur attribuent ne seraient pas déterminées pour être payées. Au contraire, le contrat conclu entre les membres du consortium aurait précisément pour objectif qu’un tel paiement ne se produise pas, en stipulant que chaque entreprise réalise les travaux qui lui incombent. Lesdites valeurs serviraient donc seulement à mesurer économiquement la part de chaque entreprise. Il en résulterait que ces travaux ne peuvent pas être qualifiés d’opérations «effectuées à titre onéreux», ni pour la partie égale ou inférieure à la part attribuée à l’entreprise concernée ni pour la partie excédant cette part. (...) Dès lors, des travaux tels que ceux en cause dans l’affaire au principal, effectués par les membres d’un consortium conformément aux clauses d’un contrat de consortium et correspondant à la part assignée dans ce contrat à chacun d’eux, ne constituent pas une livraison de biens ou une prestation de services «effectuées à titre onéreux» au sens de l’article 2, point 1, de la sixième directive ni, par conséquent, une opération taxable en vertu de celle-ci. Le fait que ces travaux sont réalisés par le membre du consortium qui gère celui-ci est sans pertinence à cet égard. (...) Dès lors, il y a lieu de répondre à la deuxième question que des travaux tels que ceux en cause dans l’affaire au principal, effectués par les membres d’un consortium conformément aux clauses d’un contrat de consortium et correspondant à la part assignée dans ce contrat à chacun d’eux, ne constituent pas une livraison de biens ou une prestation de services «effectuées à titre onéreux» au sens de l’article 2, point 1, de la sixième directive ni, par conséquent, une opération taxable en vertu de cette directive. Le fait que ces travaux sont réalisés par le membre du consortium qui gère celui-ci est sans pertinence à cet égard. En revanche, lorsque le dépassement de la part des travaux fixée par ledit contrat pour un membre du consortium entraîne le paiement par les autres membres de celui-ci de la contrepartie des travaux excédant cette part, ces derniers constituent une livraison de biens ou une prestation de services «effectuées à titre onéreux» au sens de ladite disposition.” Cour de Justice des Communautés Européennes, (5ème chambre) Arrêt du 29 avril 2004, Dans l’affaire n° C-77/01.

percebe é que há, no contrato relacional, um contrato de duração e que exige fortemente colaboração. São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos. O consórcio, sendo de colaboração e de duração, não resta dúvida, é um contrato relacional.³⁵

Com efeito, o contrato de consórcio é também um contrato duradouro, de execução continuada, isto é, que não se executa de forma instantânea, mas exige o decurso do tempo, prolonga-se no tempo.³⁶

A propósito, leciona FORGIONI que a doutrina moderna costuma referir-se aos contratos marcados pelo espírito colaborativo como contratos relacionais, cujas principais características são (i) longa duração; (ii) disciplina de questões futuras relacionadas ao comportamento colaborativo; (iii) certa interdependência entre os contratantes.³⁷

Em que pese a Lei nº 6.404/76 não imponha qualquer interdependência entre as partes em consórcio, não nos parece haver debate acerca da classificação deste como contrato relacional, classificação essa que também possui suas implicações, como se verá mais adiante no presente trabalho.

Prosseguindo à classificação do consórcio, trata-se este, no ordenamento pátrio, assim como em outros países de tradição civilista, tais como Portugal e Itália, de contrato típico e nominado, tendo em vista ser previsto em lei, a qual estabelece requisitos e formalidades para sua constituição. Na França, todavia, o consórcio de empresas não possui previsão legal, sendo considerado contrato atípico ou socialmente típico, graças à sua fisionomia característica, o que não

³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Revista dos Tribunais*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

³⁶ VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995, p. 212.

³⁷ FORGIONI, Paula A. Voto Parcialmente Divergente. Caso Inepar Indústria e Construções X Itiquira Energética S.A. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.17, abr-jun/2008. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

reduz a sua peculiaridade, conforme ensina CHENUT (2003)³⁸:

Sans conteste, le consortium est bien ainsi un contrat, époussant sa définition, suivant ses moeurs. Mais c'est un contrat spécial. Non parce que il s'insère dans une catégorie de contrat nommé par le Code Civil, puisée dans l'arsenal du « droit spécialisé des contrats », mais parce que, bien qu'uniquement soumis à la théorie générales des obligations, il se démarque avec une netteté des autres accords de coopération – et de tout autre accord – grâce à une physionomie particulière. En d'autres termes, si le législateur n'a pas conféré au consortium un statut propre, celui-ci se profile néanmoins grâce aux éléments caractéristiques qui forgent son l'originalité.

Ademais, segundo leciona AZEVEDO, o contrato de consórcio é considerado contrato oneroso, causal e de duração.³⁹

Finalmente, sustenta SILVA que o contrato de consórcio é considerado contrato normativo, posto que disciplina não só a relação entre as partes, mas também as relações com terceiros e os negócios a serem celebrados entre as consorciadas e o próprio consórcio, sendo fonte de produção de normas, deveres e direitos.⁴⁰

Portanto, temos que o contrato de consórcio pode ser classificado como contrato típico, oneroso, plurilateral, causal, normativo, associativo, relacional e de duração.

³⁸ Em tradução livre: “Sem dúvida, o consórcio é, portanto, um contrato, superando sua definição, segundo seus costumes. Mas é um contrato especial. Não porque se enquadre numa categoria de contrato denominada pelo Código Civil, extraída do arsenal do "direito especial dos contratos", mas porque, embora apenas sujeita à teoria geral das obrigações, destaca-se com uma clareza dos outros acordos de cooperação - e qualquer outro acordo - graças a uma fisionomia particular. Em outras palavras, se o legislador não conferiu ao consórcio seu próprio status, ele é, no entanto, moldado pelos elementos característicos que forjam sua originalidade.” (CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 18).

³⁹ “Por outro lado, embora o consórcio seja contrato oneroso (e sinalagmático, nos termos afirmados no parecer), a cláusula de contribuição de contingência justamente por ser unilateral impede a utilização da exceção do contrato não cumprido. (...) É contrato de duração (ainda que de duração limitada) e há, nele, prestação e contraprestação, com conexão causal (por isso, pode ser qualificado como sinalagmático, além de oneroso).” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Revista dos Tribunais*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

⁴⁰ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 60-61.

Inda, CATAPANI afirma que se aplica aos contratos associativos a distinção entre comutativos e aleatórios, posto inexistir correspondência entre as prestações de cada uma das partes e entre o conferimento e os resultados.⁴¹

1.2 Tipos de Consórcio de Empresas

Superada sua classificação na teoria geral dos contratos, importa verificarmos quais os tipos de consórcio empresarial são reconhecidos pela doutrina. Essa distinção dos tipos de consórcio possui implicações para o objeto do presente trabalho, notadamente no que se refere à estruturação das obrigações e prestações específicas das partes, como será tratado na segunda parte desse estudo.

Na lição de Pontes de Miranda, o consórcio pode ser horizontal (formado por empresas do mesmo ramo, que buscam integração financeira, ou de produção, ou de transporte, ou de distribuição), como pode ser vertical (uma das empresas por sobre as outras, com entrosamento gradativo de potencial).⁴²

A importância dessa classificação pode ser facilmente identificada no direito antitruste⁴³, dado que, a depender da atuação dos agentes econômicos em determinado mercado relevante, a concentração por meio do consórcio poderá prejudicar a livre concorrência.^{44 45}

Além disso, os ordenamentos estrangeiros, e notadamente o italiano, como

⁴¹ CATAPANI, Marcio Ferro. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 97.

⁴² PONTES DE MIRANDA. *Direito das obrigações*. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 317, t. LI.

⁴³ Art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011: Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: (...) IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

⁴⁴ A esse respeito, leciona FORGIONI: “Essa distinção entre os tipos de acordo não se opera simplesmente para fins didáticos, pois evidencia os diversos efeitos produzidos para a concorrência. Enquanto os acordos horizontais neutralizam a competição principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (encontrando-se, portanto, em relação de competição), os acordos verticais podem produzir efeitos anticoncorrenciais em três mercados relevantes (mercado do fornecimento de matéria-prima, mercado da produção e da distribuição) como será visto adiante.” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 337).

⁴⁵ Ainda segundo PENTEADO (1979), referida classificação teria caráter eminentemente econômico e possuiria relevância para o direito tributário, já que a administração fazendária se pautaria nessa distinção para a concessão de incentivos fiscais às exportações. (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 70–71).

será demonstrado em capítulo futuro no presente trabalho, frequentemente classificam o consórcio em interno e externo, distinção essa que não encontra equivalente na legislação pátria.

Sob esse prisma, os consórcios internos são aqueles criados para permitir que as consorciadas realizem negócios entre si, compartilhando estruturas e fornecendo serviços e bens umas às outras, sem pressupor a atuação de uma ou mais consorciadas perante terceiros em nome do consórcio, enquanto nos consórcios externos, as consorciadas interagem com terceiros.⁴⁶

Por sua vez, JUSTEN FILHO (2010) propõe distinguirem-se os consórcios em homogêneos e heterogêneos, sendo os primeiros aqueles formados por empresas de objeto similar, que se associam para conjugação de recursos ou experiências equivalentes, e os últimos os formados por empresas que atuam em diferentes segmentos, objetivando a união de qualificações distintas e inconfundíveis⁴⁷.

CARVALHOSA (2011), por seu turno, distingue os consórcios em instrumentais e operacionais. Operacionais são aqueles formados para a consecução de um projeto empresarial comum, por meio da associação das aptidões e dos recursos das partes, enquanto são instrumentais aqueles criados com o objetivo de contratar com terceiros a execução de determinado serviço, concessão ou obra pública. No caso destes, pontua o autor que o Poder Público costuma determinar que as sociedades consorciadas atribuam a uma delas a liderança, a direção, a representação e a administração do consórcio, ficando a líder responsável perante as demais consorciadas, perante terceiros e perante a própria contratante pelas obrigações assumidas pelo consórcio.⁴⁸

Inobstante, segundo SILVA (2015), em se tratando de consórcio constituído para adjudicação de obra objeto de licitação, quando o edital não exigir a criação

⁴⁶ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 30 – 31.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 496.

⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436 e 439, 4. vol., tomo II.

de sociedade de propósito específico, o consórcio será concomitantemente operacional, para execução do objeto do contrato com a administração pública, e instrumental, para participação no certame e celebração do instrumento contratual.⁴⁹

Os consórcios podem, ainda, ser diferenciados em graus, segundo a complexidade de sua organização e de seus objetivos. Com efeito, leciona CARVALHOSA que, nos consórcios de primeiro grau, a execução de suas atividades não é centralizada por meio de direção ou organização única. No caso dos consórcios de segundo grau, por sua vez, a execução das atividades comuns têm direção única e organização centralizada. Por fim, nos consórcios de terceiro grau, as atividades comuns são atribuídas a um dos seus membros do consórcio, que ficará responsável pela a direção e representação dos demais membros na execução dessas atividades⁵⁰.

A doutrina admite, ainda, outras distinções de tipos de consórcios, tais como os consórcios voluntários e coativos⁵¹, fechados e abertos (conforme a possibilidade de adesão de novos membros), nacionais e internacionais⁵².

1.3 Consórcio como Contrato Associativo ou de Colaboração

A classificação mais relevante para o objeto do presente estudo, entretanto, é a que coloca o consórcio como contrato associativo, ou de colaboração ou cooperação, como será explicitado neste item.

Foi na Idade Média que o fenômeno das associações ganhou destaque, com as corporações de mercadores de artes e ofícios, formadas a partir do século XI. A partir daí, aparecem, com mais clareza, preocupações semelhantes às que se encontram nos consórcios.⁵³

A partir da segunda metade do século XIX e durante o século XX, a

⁴⁹ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 30.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 446-447, 4. vol., tomo II.

⁵¹ Estes são tratados no próximo capítulo, o item que explora o consórcio no ordenamento italiano.

⁵² PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 71.

⁵³ *Ibidem*, p. 22.

Revolução Industrial e a globalização resultaram em uma evolução do fenômeno associativo, que passou a envolver a associação entre agentes econômicos para possibilitar empreitadas mais ousadas e com maior potencial comercial. Segundo FORGIONI (2016),

(...) essa interação assume veste jurídica diversa daquelas que eram normalmente empregadas. Ela não se dá apenas por meio dos contratos de sociedade – forma típica de associação entre agentes econômicos (...) – as empresas passam a se valer de ‘formas híbridas’.⁵⁴

Williamson (1991)⁵⁵ define as relações híbridas como

(...) various forms of long-term contracting, reciprocal trading, regulation, franchising, and the like (...) characterized by semi-strong incentives, an intermediate degree of administrative apparatus, displays semi-strong adaptations of both kinds, and works out of a semi-legalistic contract law regime⁵⁶.

Estruturas híbridas se desenvolvem a partir da combinação de investimentos e no compartilhamento de despesas. Tais estruturas são almeçadas pelos agentes em razão da possibilidade de conjugar esforços, permitindo que o projeto pretendido seja alcançado com maior facilidade e flexibilidade.

Sobre esse aspecto, afirma FRAZÃO (2015) que “tais conclusões casam-

⁵⁴ Afirma a jurista que “a viabilidade jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns. (...) Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem luz a contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos.” (FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.173).

⁵⁵ Williamson descreve os negócios híbridos, diferenciando-os dos contratos clássicos no que concerne à relação das partes contratantes: “(...) hybrid modes of contracting are supported by neoclassical contract law. The parties to such contracts maintain autonomy, but the contract is mediated by an elastic contracting mechanism. Public utility regulation, in which the relations between public utility firms and their customers are mediated by a regulatory agency, is one example. Exchange agreements or reciprocal trading in which the parties experience (and respond similarly to) similar disturbances is another illustration. Franchising is another way of preserving semi-autonomy, but added supports are needed. (...) By contrast with a classical contract, this contract (1) contemplates unanticipated disturbances for which adaptation is needed, (2) provides a tolerance zone (of + 10%) within which misalignments will be absorbed, (3) requires information disclosure and substantiation if adaptation is proposed, and (4) provides for arbitration in the event voluntary agreement fails.” (WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. Berkeley: University of California, 1991, p. 271).

⁵⁶ Em tradução livre: “várias formas de contratação a longo prazo, negociação recíproca, regulação, franqueamento e similares (...) caracterizados por incentivos semifortes, um grau intermediário de aparato administrativos, exige adaptações semifortes de ambos os tipos e funciona em um regime contratual semilegalista” (Ibidem, p. 280 e 281).

se perfeitamente com a definição de Ascarelli de contratos plurilaterais, vistos essencialmente como contratos de organização”.⁵⁷

Nesse sentido, cabe às partes estabelecer o nível adequado de interdependência, bem como conceber mecanismos para regular a relação, tais como a tomada de decisões e a divisão das receitas. Não obstante, as partes permanecem, última e fundamentalmente, independentes, não havendo qualquer ingerência de uma parte na outra.

Nas organizações híbridas, os agentes precisam desenvolver uma estrutura de governança que permita o investimento conjunto de recursos, a tomada de decisões e a divisão dos lucros, sem, entretanto, caracterizar qualquer tipo de vínculo societário ou criar uma personalidade jurídica. No entanto, ainda que mantida a independência societária e econômica dos agentes, é imperativo que as partes regulem a intensidade da interdependência, estabelecendo as políticas de governança necessárias para coordenar e verificar parceiros que são juridicamente independentes.⁵⁸

Dentro do gênero de contratos híbridos, destacam-se os contratos associativos, em razão da existência do escopo comum entre os contratantes, conforme FRAZÃO:

Na busca de critérios diferenciadores mais específicos, é necessário fazer menção à categoria dos contratos associativos, que, embora possam ser considerados espécies de contratos híbridos, têm como característica essencial a existência de um propósito comum entre os contratantes. É tal aspecto que distingue os contratos associativos não somente dos contratos híbridos em geral, mas também dos contratos

⁵⁷ Nas palavras da autora: “Consequentemente, é a organização, ainda que em grau distinto e mais flexível do que o existente na sociedade ou no consórcio, que reforça o fato de as joint ventures se tratarem de estruturas intermediárias entre a empresa e o mercado, que possam dar suporte ao objeto comum sem, por outro lado, engessar desnecessariamente as participantes ou comprometer significativamente a independência jurídica e econômica de cada uma delas.” (FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016).

⁵⁸ “In other terms, hybrid organizations exist because partners need to develop coordination, which requires interdependent investments. With ownership remaining separate, what matters most for understanding what form of hybrid is chosen is the intensity of this interdependence, i.e., the degree of centralization and of formalization in the mode of governance required for coordinating and checking partners that are legally independent.” (MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, p. 357, 2002).

tradicionais de troca, permuta ou intercâmbio.⁵⁹

Com efeito, ao tratar dos contratos de consórcio, DUARTE (2010) insere esse instituto na classe dos “contratos associativos”, a dos “contratos de organização”, a dos “contratos de fim comum” e dos “contratos de cooperação”.⁶⁰

Do mesmo modo, FRAZÃO entende que não há maiores discussões no sentido de que os consórcios são efetivamente contratos associativos.⁶¹

Nessa nota, cabe notar, na esteira do quanto afirmado por CATAPANI, que o contrato associativo gira em torno da constituição, modificação e extinção da organização, que seria o complexo de bens e pessoas organizados para a busca de um fim comum.⁶²

Ademais, afirma EIZIRK tratar-se o consórcio de contrato de colaboração.⁶³

Na mesma esteira, AZEVEDO afirma não haver dúvida acerca da classificação do consórcio como contrato de colaboração:

Por outro lado, a dificultar ainda mais a classificação pelo objeto, não são poucos os contratos que, por força de alguma obrigação a ele anexa, acabam se aproximando muito dos de outra espécie. A franquia e a distribuição, por exemplo, são de fornecimento de atividade ou produto, e exigem intensa colaboração - mas não são contratos de colaboração. Quanto ao consórcio, porém, não resta dúvida, ele é contrato de colaboração; seu objeto é regular a cooperação.⁶⁴

⁵⁹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>.

Acesso em 05.07.2016.

⁶⁰ DUARTE, Rui Pinto. In *Direito das Sociedades em Revista*, v. 4, ano 2, p. 157, set. 2010. Semestral.

⁶¹ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Op. cit., p. 187-211.

⁶² CATAPANI, Marcio Ferro. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 94.

⁶³ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 555, v. III..

⁶⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. *Revista dos Tribunais*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167.

Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

Contudo, percebe-se que não há um conceito último do que vem a ser um contrato associativo, podendo ser assim chamado contrato que possua as características acima enumeradas. Há, de fato, certa miscelânea nos conceitos de contrato associativo, de colaboração e de cooperação, que, por vezes, acabam se confundindo.

Com efeito, a característica comum a todas essas modalidades contratuais é a cooperação⁶⁵.

Inegavelmente, ensina ASCARELLI (1937) que a característica mais marcante da relação associativa é a mutualidade (que podemos relacionar com a cooperação), sendo essa a peculiaridade que diferencia a associação da sociedade. Afirma o jurista:

Il carattere fondamentale che ho posto come distintivo tra società e associazioni si identifica in realtà con la mutualità. Appunto perchè l'associazione, a differenza della società, mira a procurare direttamente ai soci determinati servizi e non a realizzare un guadagno da distribuire tra i soci, le operazioni senzialmente luogo nei confronti degli stessi

⁶⁵ Talvez o maior estudo empírico já feito sobre o tema seja o de Robert Axelrod, na obra "The Evolution of Cooperation". Nessa obra, o autor descreve um experimento em que os participantes foram submetidos a um jogo de computador chamado Dilema do Prisioneiro iterado. No Dilema do Prisioneiro, há dois jogadores, sendo que cada um tem duas opções: cooperar ou desertar. Cada jogador faz sua escolha sem saber o que o outro vai fazer, e a recompensa pela deserção é sempre maior que a da cooperação. O dilema do jogador reside no fato de que, se ambos desertarem, o resultado para ambos é pior do que se ambos cooperassem. Dessa forma, o jogo permitia que os jogadores, a fim de ganhar pontos, cooperassem entre si, mas também permitia a possibilidade de que um jogador explorasse o outro, ou a possibilidade de nenhum deles cooperar com o outro. O jogo foi aplicado a vários jogadores ao mesmo tempo, sendo que os jogadores eram identificáveis, de forma que os padrões de comportamento e a reputação dos jogadores exerciam influência nas escolhas. Os resultados desse experimento, que apesar de se basear num jogo simples, revelou estratégias de cooperação e exploração entre os jogadores, mapeando os resultados de cada uma delas, demonstraram que a estratégia mais benéfica para ambos jogadores era a chamada TIT FOR TAT, na qual o jogador começa cooperando, e depois reflete as escolhas do outro jogador. Entretanto, tal resultado não era obtido caso um dos jogadores utilizasse outra estratégia, como a de sempre desertar. Dessa forma, como se poderia deduzir de antemão, não há uma estratégia absoluta para sucesso no Dilema do Prisioneiro. Como vimos, trata-se de uma questão muito abstrata, que não pode ser reduzida a números ou fórmulas definitivas. Quando as condições apresentadas são consideradas adequadas, os jogadores podem vir a cooperar uns com os outros através de tentativa e erro aprendendo sobre possibilidades de recompensas mútuas. Se os jogadores confiam uns nos outros ou não é menos importante, a longo prazo, do que se as condições estão favoráveis para que eles construam um padrão estável de cooperação uns com os outros. (AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. ed. rev. EUA: Basic Books, 1984). No mesmo sentido, afirma Douglas C. North "cooperation is difficult to sustain when the game is not repeated (or there is an endgame), when information on the other players is lacking, and when there are large numbers of players." Concluiu-se, assim, que a cooperação é tanto mais provável quanto maior for a quantidade de informações disponíveis sobre os agentes, mais longa for a relação de cooperação vislumbrada e menor o número de agentes envolvidos. (NORTH, Douglas C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, nº 1, p. 97, winter 1991).

*associati; appunto perchè costituisce quell'organismo di integrazione al quale ho precedentemente accennato e costituisce uno strumento per l'organizzazione degli appartenenti a determinate categorie, la sua opera è necessariamente contrassegnata dall'impronta della mutualità.*⁶⁶

Assim, pode-se aduzir que a mutualidade distingue as associações das sociedades na medida em que, nestas, a cooperação é direcionada à sociedade, para posterior partilha dos lucros, enquanto que, naquelas, a cooperação ocorre direta e mutuamente entre os associados.

Em qualquer caso, entretanto, a independência dos participantes é fundamental para caracterizar o contrato associativo. Os participantes contribuem com bens, recursos, *know-how*, infraestrutura, empregados, entre outros, porém permanecem mutuamente independentes, sem qualquer forma de subordinação e sem a formação de uma personalidade jurídica.⁶⁷

Conforme já mencionado, não há, na doutrina, uma definição pacífica e taxativa do que seriam os contratos de colaboração, de cooperação e associativos. Entretanto, importa trazer à luz a conceituação de BONVICINI, ao diferenciar os contratos associativos (no caso específico, o consórcio) dos contratos de colaboração ou de cooperação:

La realtà è, invece, che la nozione di associazione temporanea non è sufficientemente individuata se non dal profilo socio-economico,

⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. *Consorti Volontari tra Impreditori*. 2. ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1937,p. 97.

⁶⁷ A jurisprudência reconhece a natureza jurídica do consórcio de empresas, sem atribuir-lhe ou dele exigir personalidade própria, conforme se aduz, com destaque desta autora: “**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTIGO 515, § 3º DO CPC. INAPLICABILIDADE. Consolidado o entendimento na doutrina de que o consórcio de empresas, normalmente formado para a participação de licitações que envolvem valores vultosos e técnicos, não detém personalidade jurídica. No consórcio de empresas, há um acordo transitório de vontades das partes para consecução de fins comuns que cada qual, individualmente, não conseguiria atingir.** Ilegitimidade ativa das autoras participantes do consórcio que se afasta. Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, do CPC), o Tribunal poderá julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condição de imediato julgamento, conforme dispõe o § 3º, do artigo 515, do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Limitando-se as apelantes em pleitear o reconhecimento da sua legitimidade ativa e a conseqüente nulidade da sentença, com a remessa dos autos ao MM. Juízo a quo, avançar no julgamento do mérito, seria ofensa ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. Apelação provida para anular a r. sentença, com o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguimento do feito.” (TRF-3 - AC: 67429 SP 92.03.067429-2, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Data de Julgamento: 09/09/2010, QUARTA TURMA)

essendosi sino ad ora privilegiato il solo aspetto dell'unicità dell'affare, che è difficilmente inquadrabile in termini giuridici. Così, col medesimo termine si identificano situazioni collaborative eterogenee, ove l'esigenza associativa è più o meno intensa. Di qui la necessità – vista anche l'insufficienza della figura consortile ad apprestare un rivestimento giuridico rispondente ad ogni possibile forma di collegamento momentaneo tra imprese – di predisporre legislativamente uno strumento meno rigido del consorzio stesso. L'altro tipo di accordi di unione è, come si è detto, rappresentato dai contratti di collaborazione o di cooperazione che, a differenza dei primi, hanno carattere più duraturo, non essendo necessariamente circoscritti ad un solo affare, ma comportano un'unificazione solo parziale delle attività delle imprese associate. In essi, infatti, le parti perseguono il fine di sottomettere ad un'unità decisione – e, quindi, di razionalizzare – soltanto certi settori delle loro attività o determinate fasi di queste, al riguardo dovendosi osservare come i contratti di collaborazione, pur potendo indirettamente comportare una diminuzione della concorrenza, tra le imprese associate, non sono funzionalmente caratterizzati dal perseguimento di una disciplina della reciproca concorrenza.⁶⁸

Percebe-se que, na visão do autor, os contratos de colaboração ou cooperação são mais amplos que os acordos associativos, pois não se restringem a um negócio específico, mas, sim, à unificação parcial das atividades das empresas associadas.

Pelo exposto, temos que o consórcio é considerado contrato associativo e de colaboração pela maior parte da doutrina, ainda que, a depender de seu objeto e de seu tipo, possa não ser classificado como contrato de colaboração, na visão de Bonvicini acima refletida.

1.4 Histórico

Na lição de PENTEADO, o clima de livre concorrência apresentado no século XIX propiciou o desenvolvimento do processo concentracionista, o que contribuiu para o surgimento dos cartéis e consórcios, os quais foram, de início, coibidos, a exemplo do *Sherman Act*.⁶⁹

Segundo OLIVEIRA (2014), na Itália, a figura do consórcio empresarial

⁶⁸ BONVICINI, Daniele. *Le Joint Ventures: Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, p. 163.

⁶⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 23.

surgiu com uma conotação de cartel.⁷⁰

Até 1965, não havia, no ordenamento pátrio, previsão legal que regulasse a celebração de contratos de consórcio, existindo, contudo, regra jurídica repressora de ajustes ou acordos entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interesses, no objeto de suas atividades.^{71 72}

A esse respeito, assevera SILVA (2015) que nas décadas de 1930, 1950 e 1960, o uso dos consórcios no Brasil já era admitido, todavia as normas jurídicas que regulavam o instituto não o faziam de forma suficientemente completa, gerando insegurança jurídica, especialmente no que tange aos limites da responsabilidade das consorciadas, o que acabava por desencorajar a utilização desse tipo contratual.⁷³

REQUIÃO afirma que, em 1970, em simpósio sobre reforma das leis das sociedades anônimas, reunido em São Paulo, foi sugerido que se incluíssem

⁷⁰ OLIVEIRA, Karina Cardozo de. Breve Análise sobre o Contrato de Consórcio Empresarial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 66, out.dez/2014. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

⁷¹ Nas palavras de REQUIÃO: “*Há cerca de dez anos, precisamente em 1967, fomos consultados sobre a validade de organização, por determinado construtor civil, de um consórcio de empresas que pretendia constituir, a fim de atender certa obra. Tínhamos conhecimento de que em nosso meio já se havia elaborado documentos dessa espécie, talvez como contratos atípicos, sem apoio nos padrões legais consagrados, cuja validade era discutida por alguns. A se opor, duvidosamente, à validade de tais documentos, apresentava-se a Lei n. 4.137, de 10 de novembro de 1962, que regulara a repressão ao abuso de poder econômico e que proibia, entre outras hipóteses, ‘o ajuste ou o acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interesses, no objeto de suas atividades’. E, mais tarde, o art. 72 da Lei n. 4.728, de 1965, determinava, ainda, que as Juntas Comerciais ‘não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão ou agrupamentos de empresas, bem como qualquer alteração de seus estatutos, sem que dos mesmos conste a declaração precisa e detalhada de seu objeto, o capital de cada sócio e a forma de sua realização’ e outras indicações plausíveis. A nebulosa que envolvia o Direito brasileiro a respeito, ainda não afeito à tendência moderna comezinha de aglutinação econômica de empresas para o seu maior dimensionamento, foi então, a seguir, rompida e definida, embora com insuficiência legal. Com efeito, o Regulamento da Lei de Registro de Comércio, Decreto n. 57.651, de 19 de janeiro de 1966, apenas aludiu à constituição do ‘consórcio ou agrupamento de empresas’ (art.48,II,5º), muito embora a Lei n. 4.726, de 13 de julho de 1965, que dispunha sobre os Serviços do Registro do Comércio e que ensejam aquele Regulamento, não a tivesse contemplado. Surgiu, pois a figura do consórcio ou agrupamento de empresa como insuficiente figura regulamentar, e não legal, sem que se estabelecesse o padrão formal do instrumento de sua integração contratual. Havia apenas, no Regulamento, vale insistir, a simples referência aos ‘atos de constituição de consórcios ou agrupamento de empresas’ ”. (REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva 1976-1980).*

⁷² No mesmo sentido: “*No Direito brasileiro, até o advento da lei de sociedades por ações de 1976, o consórcio empresarial não tinha um tratamento unitário.*” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 225).

⁷³ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 39.

disposições disciplinadoras da figura do consórcio de empresas na legislação societária futura. Segundo declara o jurista, a sugestão foi acolhida, e entre as “recomendações” aprovadas figurou: “86 – que a lei deveria disciplinar o instituto do consórcio de empresas, com base na experiência do Direito comparado”. Assim, quando da elaboração do primeiro esboço de estudo da reforma da lei societária pela comissão nomeada pelo governo, as normas do consórcio de empresas foram contempladas.⁷⁴

O antigo Código das Águas, de 1934, admitia que, “a fim de prover ao exercício, conservação e defesa dos seus direitos, podem-se reunir em consórcio todos os que têm interesse comum na derivação e uso da água” (art. 201). No mesmo artigo, no § 2º, admitia igualmente a formação coativa de consórcios, pela administração pública. O Código de Águas de 1938 fez menção a consórcios de Estados ou de Municípios⁷⁵ para aproveitamento de queda d’água.⁷⁶

Por sua vez, a Lei nº 4.728, de 1965, previu, em linha com a prática internacional, a criação de “consórcio para o fim especial de colocar títulos ou valores mobiliários no mercado”, exigindo que constem sempre, do contrato a ser registrado no Banco Central, “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”. Acrescentou, ainda, que a responsabilidade de cada uma das instituições participantes é limitada ao montante do risco que assumir no contrato.⁷⁷

Igualmente, o Decreto-Lei nº 32/1966 (Código Brasileiro do Ar), determinava que os acordos entre exploradores de serviços aéreos de transporte regular, que implicassem consórcio, “pool”, conexão, consolidação ou fusão de serviços ou interesses, dependiam de prévia aprovação da autoridade aeronáutica competente.

⁷⁴ SIMPÓSIO SOBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS. São Paulo, FCIESP, p. 37, 1970. REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva 1976-1980.

⁷⁵ Entendemos tratar-se, aqui, de consórcio público.

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 224.

⁷⁷ Idem.

Em 1966, o Decreto-Lei nº 73 atribuía competência ao Instituto de Resseguros ao Brasil - IRB para organizar e dirigir consórcios e deles participar, sendo considerado ressegurador.

Posteriormente, o Código de Mineração, de 1967, (Decreto-Lei nº 227), determinou que os titulares de concessões e minas próximas ou vizinhas, poderiam obter permissão para a formação de consórcio de mineração, objetivando incrementar a produtividade da extração ou a sua capacidade.

Entretanto, somente em 1977, com a entrada em vigor da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), o consórcio passou a ter regência legal, tornando-se contrato típico em nosso ordenamento.

A esse respeito, quando da elaboração da atual lei do anonimato, que já vinha tratar dos grupos de sociedades, valeu-se do ensejo para tratar dos consórcios.⁷⁸

Segundo SILVA (2015), no plano societário, a normatização dos consórcios pela Lei nº 6.404/76 veio para resolver confusões e incertezas decorrentes da falta de positivação, de forma a incentivar a utilização desse tipo contratual, o que, entretanto, não solucionou todas as dúvidas e tampouco impediu as divergências doutrinárias que persistem até os dias atuais, restando, portanto, desafios a

⁷⁸ Nas palavras de LAMY FILHO e BULHÕES PEDREIRA, que participaram da elaboração do projeto de lei que resultou na Lei nº 6.404/76: “As normas dos artigos 278 e 279 da LSA, foram as primeiras a regular o consórcio em termos genéricos, e o novo Código Civil é omissivo sobre a matéria. Alguns comentadores da LSA a criticam por regular o consórcio, que pode ser utilizado por qualquer tipo de sociedade empresária, e não apenas pelas sociedades por ações. A orientação da LSA se explica porque seu anteprojeto foi elaborado segundo diretrizes fixadas pelo Presidente da República ao decidir destacar do anteprojeto do Código Civil o regime de sociedades por ações a fim de essas fossem reguladas por lei especial, decisão que foi fundamentada na inconveniência de as normas sobre sociedades anônimas ficarem sujeitas à inevitável inflexibilidade dos códigos e tendo em conta sua importância como instrumento de política econômica e forma de organização da grande empresa, essencial no processo de desenvolvimento econômico; a necessidade de integração da sua legislação com a que disciplina os mercados de valores mobiliários; a conveniência de preservar a flexibilidade de adaptação da lei às frequentes transformações da economia; e na tendência para a homogeneização internacional do regime legal. O objetivo de criar quadro que facilitasse a formação de grandes empresas privadas de capital nacional impunha a regulação dos grupos de sociedades, pois já naquela época eram raras as grandes companhias isoladas – que não comandavam nem integravam grupo de sociedades; e se a lei regulava esses grupos, podia dispor também sobre o consórcio, como outra modalidade de associação de sociedades empresárias já amplamente utilizada, embora sem disciplina legal que definisse sua natureza e principais características.” (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. atualizada e reformulada: Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 1515).

serem superados no plano societário.⁷⁹

1.5 Outros Tipos de Consórcio

A denominação “consórcio” possui distintas acepções jurídicas, que não se confundem com o consórcio de empresas, regulado pela Lei nº 6.404/76 e objeto deste trabalho. Nesta parte do presente estudo, serão identificados três tipos de consórcio alheios ao consórcio de empresa, destacando-se suas principais características, de forma a permitir a correta diferenciação dos institutos.

1.5.1 Consórcio Público

Os consórcios públicos estão previstos no artigo 241 da Constituição Federal, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O objetivo da previsão constitucional de criação de consórcios públicos é permitir a gestão associada entre os entes federados para a consecução de fins de interesse comum. Trata-se, na maior parte das vezes, de serviços e matérias que de competência comum dos entes federados, consoante disposto no artigo 23 da Constituição. O dispositivo permite, então, a conjugação de esforços entre os entes para melhor execução do serviço ou atividade.⁸⁰

A criticada Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem⁸¹

⁷⁹ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 23.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Consórcio Público na Lei Nº 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 3, jul/ago/set. 2005. Disponível na internet <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017.

⁸¹ Segundo Di Pietro, “na realidade, a lei não trata de contratação de consórcios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas de constituição de pessoa jurídica, o que se dá por meio de todo um procedimento, que abrange várias fases, conforme se verá. O contrato corresponde a uma das fases do procedimento de constituição da entidade. Talvez o objetivo do legislador fosse o de dar a impressão de que a lei, dispondo sobre o contrato, insere-se na competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratos administrativos, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Constituição.” (Idem).

consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum.

De fato, afirma BORGES (2006) que, em se tratando de cooperação entre entes federados e de gestão associada de serviços públicos, e tendo-se em vista que os convênios e consórcios sempre foram considerados, na melhor doutrina e segundo a tradição pátria, a forma ótima de instrumentalização da referida cooperação, a matéria havia de ser disciplinada por lei complementar, integrativa da Constituição, e não por norma legal ordinária.⁸²

Sem prejuízo, é imperativo destacar que consórcio público pouco se assemelha ao consórcio de empresas, objeto do presente estudo.

Verifica-se, de início, que o artigo 1º, §1º da lei estabelece que o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, o que não ocorre no consórcio de empresas. Sobre esse aspecto, o artigo 6º do referido diploma determina que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, e de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. No primeiro caso, inclusive, a lei é expressa em afirmar que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados⁸³.

⁸² BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos, Nova Sistemática e Controle. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº 6, mai.jun.jul, 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017.

⁸³ Sobre esse tema, afirma Di Pietro: “Se tiver personalidade de direito público, constitui-se como associação pública (art. 6º, caput, inciso I) e ‘integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados’ (conforme § 1º do art. 6º). Nesse caso, terá todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, como imunidade tributária, impenhorabilidade dos bens, processo especial de execução, juízo privativo, prazos dilatados em juízo, duplo grau de jurisdição etc. Se tiver personalidade de direito privado, o consórcio, que se constituirá “mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil” (art. 6º, inciso II), “observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 6º, § 2º). Do exposto decorre que o chamado consórcio público passa a constituir-se em nova espécie de entidade da Administração Indireta de todos os entes federados que dele participarem. Embora o artigo 6º só faça essa previsão com relação aos consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público, é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade de direito privado. (...) Ainda quanto à natureza jurídica do consórcio público, existe outra incongruência na lei. Embora prevendo dois tipos de consórcios públicos (um com personalidade de direito público e, o outro, com personalidade de direito privado), o artigo 15 determina que “no que não contrariar esta Lei, a organização e

A esse respeito, afirmou DI PIETRO (2005):

A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática. Algumas normas da lei são de difícil senão impossível aplicação. Havia, antes da lei, certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o de empresas previsto no artigo 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio. Não havia (até a promulgação da Lei nº 11.107/05) nada, no direito brasileiro, que autorizasse a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado. Exatamente por se tratar de acordo de vontades é que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitações e contratos, manda aplicar as suas disposições, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.⁸⁴

Contudo, a Lei nº 11.107/05 não é sem seus aspectos positivos. Na opinião de BORGES (2006), referida legislação veio disciplinar a já disseminada prática de realização de empreendimentos consorciados, sobretudo na forma de consórcios intermunicipais, dando maior eficácia, segurança e responsabilidade administrativa, contábil, fiscal e até penal dos gestores públicos para a realização

*funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis". Paralelamente, o artigo 16, altera o artigo 41 do Código Civil, que dá o elenco das pessoas jurídicas de direito público interno; o inciso IV, que menciona as autarquias, fica acrescido da expressão "inclusive as associações públicas". Isto seria desnecessário porque, sendo associação pública, já está inserida no vocabulário "autarquia", da mesma forma que as fundações de direito público. Tem-se que entender, para dar algum sentido a essas normas, que os consórcios com personalidade de direito privado têm a natureza de associações civis, disciplinados pelo Código Civil, salvo as exceções, já referidas, decorrentes da Lei nº 11.107/05; os consórcios com personalidade de direito público têm a natureza de associações públicas, enquadrando-se no gênero autarquia e regendo-se, em consequência, pelo direito público e não pelo Código Civil. Diante do exposto e com todas as ressalvas feitas quanto à forma como foram disciplinados, pode-se conceituar os consórcios públicos, perante a Lei nº 11.107/05, como **associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.**" (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. O Consórcio Público na Lei Nº 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 3, jul/ago/set. 2005. Disponível na internet <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017).*

⁸⁴ A doutrinadora dá sua opinião: "A melhor solução seria a de criar-se uma comissão executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio. Também seria possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele pode (desde que previsto no instrumento do consórcio e autorizado em lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Outra alternativa seria a instituição de um fundo com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio." (Idem).

de tais empreendimentos.⁸⁵

1.5.2 Consórcio para aquisição de bens e serviços

Outra figura denominada consórcio é aquele destinado à aquisição de bens e serviços, regido pela Lei nº 11.795, de 08 de outubro de 2008. Referida norma conceitua o consórcio em seu artigo 2º como a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

Para FERREIRA (1998), entretanto, esta modalidade de consórcio pode ser melhor conceituada como o agrupamento de um determinado número de pessoas (físicas ou jurídicas), que aderem a um regulamento coletivo e multilateral, assumindo mutuamente obrigações e visando aos mesmos benefícios, com a finalidade de angariar recursos mensais para formar poupança, de forma conjunta, visando à aquisição de bens móveis, imóveis e serviços, sob administração de empresas legalmente autorizadas pelo Poder Público.⁸⁶

A Lei nº 11.795/2008 ainda conceitua “grupo de consórcio” como sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins já mencionados. Essa definição nos interessa na medida em que, também neste caso, o grupo de consórcio é definido pela lei como “sociedade não personificada”. Ademais, o artigo 10 do referido normativo dispõe que o contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, é o instrumento plurilateral de natureza associativa cujo escopo é a constituição de fundo pecuniário para as finalidades acima indicadas,

⁸⁵ Segundo a expectativa da autora, à época, “aspecto altamente positivo, que já destacamos anteriormente, é o da estruturação de consórcios com regras nacionalmente definidas e uniformes, sobretudo quanto aos mecanismos de fiscalização do cumprimento de seus objetivos e da aplicação dos recursos obtidos. Mecanismos, estes, que poderão ser acompanhados e efetivados de muito perto pelos órgãos e coletividades interessadas. Se bem aplicadas tais regras, se bem efetivada a fiscalização do emprego e aplicação dos recursos, poderíamos, nos próximos anos, assistir a uma verdadeira redenção de municípios e estados mais carentes, pela institucionalização do tão sonhado federalismo regional, e pela diminuição das desigualdades sociais e regionais, tão almejada pela nossa Constituição.” (BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos, Nova Sistemática e Controle. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº 6, mai.jun.jul, 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017)..

⁸⁶ FERREIRA, Fabiano Lopes. *Consórcio e direito: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 18 e 19.

o qual cria vínculos obrigacionais entre os consorciados, e destes com a administradora, para proporcionar a todos igual condição de acesso ao mercado de consumo de bens ou serviços.

O grupo de consórcio se constitui pela realização da primeira assembleia, designada pela administradora de consórcio quando houver adesões em número e condições suficientes para assegurar a viabilidade econômico-financeira do empreendimento. A cada cota de consorciado ativo corresponderá um voto nas deliberações das assembleias gerais ordinárias e extraordinárias do grupo, que serão tomadas por maioria simples.

Os recursos do grupo destinados à atribuição de crédito aos consorciados contemplados para aquisição do bem ou serviço e à restituição aos consorciados excluídos dos respectivos grupos, bem como para outros pagamentos previstos no contrato de participação em grupo de consórcio, são denominados “fundo comum”, o qual é constituído pelo montante de recursos representados por prestações pagas pelos consorciados para esse fim e por valores correspondentes a multas e juros moratórios destinados ao grupo de consórcio, bem como pelos rendimentos provenientes de sua aplicação financeira.⁸⁷

Como se vê, os consórcios para aquisição de bens ou serviços tampouco se assemelham ao consórcio de empresas, objeto do presente estudo, sendo que a principal diferença entre os dois institutos reside em suas respectivas finalidades, posto que, enquanto os consórcios para aquisição de bens ou serviços procuram permitir aos consorciados o acesso ao mercado de consumo, o consórcio de empresas é voltado à execução de determinado empreendimento. Não bastasse, enquanto nos primeiros a contribuição das consorciadas é sempre pecuniária, nestes a contribuição pode se dar na forma de *know-how*, estrutura, serviços, entre outros recursos.⁸⁸

1.5.3 Consórcio de *underwriting*

De acordo com OLIVEIRA (2014), a operação de *underwriting* pode ser

⁸⁷ Art. 25 da Lei nº 11.795/2008.

⁸⁸ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 163 - 164.

definida como a colocação pública de valores mobiliários por meio de instituições financeiras, e pode ser efetuada de forma individual, por uma única instituição, ou de forma conjunta, com a formação de um consórcio de *underwriting*, figura expressamente admitida pela legislação desde a entrada em vigor da Lei nº 4.728/65, e reiterada na Instrução Normativa da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nº 400, de 29.12.2003, conforme alterada.

Também chamado de sindicato, o consórcio de *underwriting* permite maior dispersão dos valores mobiliários no mercado, expandindo os canais de contato com os investidores e garantir maior exposição dos valores mobiliários.⁸⁹

Ainda segundo OLIVEIRA, a colocação e distribuição de valores mobiliários por meio de consórcio se justifica quando a distribuição envolve valores expressivos, de modo que o risco da operação se torne excessivo para a instituição financeira, caso ela atue de forma individual. Nesse cenário, a formação do consórcio representa uma divisão do risco entre as instituições participantes.⁹⁰

O consórcio de *underwriting* prescinde da celebração de instrumento contratual, sendo regulado pelo contrato de distribuição que é celebrado entre as instituições financeiras e a companhia emissora. O § 2º do art. 15 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 estabelece que 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.⁹¹

⁸⁹ OLIVEIRA, Karina Cardozo de. Breve Análise sobre o Contrato de Consórcio Empresarial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 66, out.dez/2014. Disponível em <www.revistadistribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017..

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Não obstante, esclarece a autora: "(...) *muito embora haja previsão na Lei 4.728 a respeito da necessidade de registro do contrato perante o Banco Central do Brasil, com a promulgação da Lei 6.385, de 07.12.1976, por meio da qual foi criada a CVM e lhe foi transmitida a competência de fiscalização do mercado de capitais que outrora foi do Banco Central do Brasil, o contrato de distribuição, que contém as previsões relativas ao consórcio, deixou de ser levado a registro perante o Banco Central do Brasil. Entende-se que com o advento da Lei 6.385, a previsão contida na Lei 4.728 foi tacitamente revogada. Portanto, é somente competência da CVM analisar, durante o pedido de registro da oferta, os termos e condições estabelecidos entre os consorciados e a emissora no âmbito do contrato de distribuição, não sendo necessário levá-lo a registro perante o*

O líder do consórcio atua como representante do consórcio frente à CVM, à emissora e aos investidores, possuindo obrigações adicionais aos demais participantes.⁹² Assim, configuram obrigações específicas do líder: (a) avaliar, em conjunto com o ofertante, a viabilidade da distribuição, suas condições e o tipo de contrato de distribuição a ser celebrado; (b) solicitar, juntamente com o ofertante, o registro de distribuição devidamente instruído, assessorando-o em todas as etapas da distribuição; (c) remeter à CVM, mensalmente, relatórios indicativos do movimento de distribuição pública dos valores mobiliários; (d) participar ativamente, em conjunto com o ofertante, na elaboração dos prospectos preliminar e definitivo e na verificação da consistência, qualidade e suficiência das informações deles constantes; (e) acompanhar e controlar o plano de distribuição da oferta; (f) controlar os boletins de subscrição ou os recibos de aquisição; e (g) guardar, por cinco anos, à disposição da CVM, toda a documentação relativa ao processo de registro de distribuição pública e de elaboração do prospecto (art 37 da Instrução Normativa da CVM nº 400, de 29.12.200).

De acordo com a Instrução Normativa CVM nº 400, a obrigação de cada uma das consorciadas de garantir a distribuição dos valores mobiliários no mercado ficará, no mínimo, limitada ao montante do risco assumido no contrato, porém a responsabilidade pela prestação da garantia perante o ofertante é de todas as consorciadas, respeitadas as condições especificadas no contrato de distribuição.

1.6 Constituição do Consórcio

Superada a distinção do consórcio de empresas das demais figuras homônimas exploradas *supra*, cabe analisar como se dá a constituição do consórcio objeto deste estudo.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 6.404/78, muito se discutiu acerca da possibilidade de constituição de consórcio por outras pessoas jurídicas que não sociedades anônimas. Isso porque a referida lei determinou que “as companhias

Banco Central do Brasil.” (OLIVEIRA, Karina Cardozo de. Breve Análise sobre o Contrato de Consórcio Empresarial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 66, out.dez/2014. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

⁹² Idem.

e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento”. Como resultado, surgiu a interpretação de que pelo menos uma das consorciadas deve ser uma sociedade anônima, sendo as demais integrantes companhias ou “quaisquer outras sociedades”.

Sobre esse aspecto, afirma FRAN MARTINS que a lei limitou a constituição dos consórcios ao declarar que os mesmos serão constituídos por ‘companhias e quaisquer outras sociedades’, de forma que, para a existência do consórcio, é indispensável a participação de, ao menos, uma sociedade anônima. O autor entende que não há motivo para essa limitação, pois as sociedades não anônimas, especialmente as sociedades por quotas, têm plena capacidade de constituir e gerir consórcio, como de fato acontece na prática.⁹³

Igualmente, questiona COMPARATO se a lei declara admissível somente o consórcio em que ao menos uma das consorciadas deve ser sociedade anônima. Nessa linha, conclui o autor que “é o que parece decorrer do fato de essa modalidade grupal vir regular numa lei de sociedades por ações. Mas essa restrição se me afigura lamentável, porque não fundada em nenhuma razão de direito mais profunda”.⁹⁴

Sem prejuízo, conforme já trazido no presente estudo, os próprios juristas que participaram da comissão idealizadora do projeto de lei que culminou na promulgação da Lei nº 6.404/76, acenam no sentido de que os consórcios podem ser utilizados por qualquer tipo de sociedade empresária: “Alguns comentadores da LSA a criticam por regular o consórcio, que pode ser utilizado por qualquer tipo de sociedade empresária, e não apenas pelas sociedades por ações”.⁹⁵

Não se pode negar, entretanto, que a redação do artigo 278 é ambígua, gerando interpretações divergentes, ambas amparadas no texto legal. A questão,

⁹³ Conf. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1143.

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 208 e 209.

⁹⁵ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. atualizada e reformulada: Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 1515.

todavia, encontra-se superada, sendo perfeitamente possível a constituição de consórcio sem a participação de sociedade anônima.

Por fim, a lei estabelece que contrato de consórcio deve ser aprovado pelo órgão das sociedades competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, e deve ser arquivado no registro de comércio competente do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

1.7 Função Econômica do Consórcio entre Empresas

Conforme afirma FORGIONI, não se deve desprezar o estudo da causa do negócio no direito comercial, dado que a função econômica do ato mercantil acaba delineando sua análise jurídica, quer no aspecto interno do contrato (que diz respeito à relação jurídica entre os contratantes), quer em seu aspecto externo (efeitos da avença sobre a concorrência).⁹⁶

A afirmação não poderia ser mais apropriada para o objeto do presente trabalho. Não nos parece possível analisar o papel da colaboração no contrato de consórcio sem enfrentarmos a análise da sua função econômica.

Assevera BULGARELLI que a causa não é um requisito extrínseco ou intrínseco, destacado, mas integrado na função econômico-social do negócio, sendo diferente para cada tipo de negócio e tendo como utilidade a distinção de um tipo de outro:

Por exemplo, é diversa a função econômico-social da venda, do arrendamento da coisa, do mútuo, que são, respectivamente, a permuta do domínio pleno ou do temporâneo gozo de uma coisa, por um correspondente pecuniário (preço do aluguel) ou o empréstimo para consumo de uma quantidade de coisas fungíveis contra a sua restituição em tempo determinado.⁹⁷

Assim, a causa pode ser conceituada de três diferentes formas: (i) como função econômico-social do contrato, (ii) como o resultado jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato, e (iii) como a razão determinante

⁹⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 521.

⁹⁷ BULGARELLI, Waldírio. *1930 – Contratos mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 71.

que impulsiona as partes à celebração do contrato.⁹⁸

Para AZEVEDO, a causa é o deslocamento patrimonial que justifica outro deslocamento patrimonial, isto é, uma obrigação é causa da outra. A causa, nessa concepção, é consubstancial aos contratos onerosos, embora, nos contratos de colaboração ou associativos, o sinalagma seja indireto, mas a causa continue presente e haja escopo comum.⁹⁹

Da mesma forma, leciona BETTI que a causa é tão intrínseca ao negócio, que pode parecer indiscernível deste:

Nos negócios causais – como, por ex., a compra e venda, a locação, a sociedade, o mútuo, o comodato - a causa está de tal maneira incorporada no próprio negócio, que não parece discernível por meio da análise. Todavia, a sua íntima compenetração com a respectiva síntese, significa apenas que a presença da causa é tão certa, que basta ter verificado a existência de todos aqueles elementos para, normalmente, se estar seguro do que existe também a causa.¹⁰⁰

Nessa nota, o consórcio não possui sentido prático senão o de permitir a realização de um projeto, que pode ser a implementação de empreendimento ou a gestão de quaisquer atividades, dentre outros, de forma conjunta e colaborativa, sem a constituição de uma nova pessoa jurídica. Seria essa sua causa.

Nesse âmbito, a intensidade dos deveres de colaboração das partes pode ser apontada como consequência da função econômica do contrato de consórcio. Daí a importância de sua análise para este trabalho. Com efeito, leciona FORGIONI:

Mostra-se fundamental para a integração do negócio a demarcação da sua *função econômica* – unida à “natureza” e ao “espírito” da associação. O dever de colaboração impõe-se para a consecução desse

⁹⁸ BULGARELLI, Waldírio. *1930 – Contratos mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 71.

⁹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Revista dos Tribunais*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

¹⁰⁰ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 285.

fim comum e, portanto, é a partir dele que borbotarão condutas obrigatórias para as partes, devidamente objetivadas (e previsíveis) pelo mercado. Tudo é sempre feito a partir da observação daquilo que normalmente ocorre na prática comercial, a ponto de gerar legítima expectativa, i.e., fundada confiança de que a outra parte comportar-se-ia de acordo com a praxe.¹⁰¹

Sobre a causa, afirma TERRANOVA que, nos contratos sinalagmáticos, esta se encontra precisamente no sinalagma, no intercâmbio, sendo essa sua única manifestação na relação contratual. Assim, quando o sinalagma se torna impossível, a relação se torna defeituosa, e pode ser resolvida, inclusive com efeitos retroativos.¹⁰²

Segundo CHENUT, a causa do contrato do consórcio, diferentemente dos demais contratos associativos em geral, é a realização do projeto ou empreendimento desejado pelos consorciados. Vejamos:¹⁰³

En effet, si la coopération irrigue tous les accords de groupement, elle peut être différemment appréhendée. Parfois, elle constitue l'objet même de l'accord (a) parfois, elle en est plus précisément la cause (b). Le consortium n'entrant pas dans cette dernière catégorie, il se démarque également des contrats composant la première. C'est son originalité. (...) A l'instar du contrat de consortium, certains contrats d'union ont pour objet même la coopération. Dans tous ces accords, les cocontractants coopérant décident d'exécuter un travail en commun. L'aménagement de leurs relations à cette fin est bien l'opération que les parties visent précisément : c'est l'objet de ces contrats. (...) Aussi, bien que très

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. Integração dos Contratos Empresariais: Lacunas, Atuação dos Julgadores, Boa-Fé e seus Limites. Integration of business contracts: gaps, actions of the judges, good faith and its limits. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, p. 229-244, abr-jun/2015. DTR\2015\9732. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

¹⁰² *"Il rapporto di corrispettività è tradizionalmente detto "sinallagma" con una locuzione tramandata dal Code Napoléon (art. 1102) ed esprime il senso di un legame reciproco tra le due prestazioni. Il sinallagma risulta dal contratto, del quale ne costituisce la causa. (c.d. "sinallagma genetico), ma si realizza nella fase di attuazione del medesimo con l'esecuzione della prestazione di ciascuna parte. È in quel momento, infatti, e solo allora, che lo scambio programmato si realizza effettivamente e la funzione economico-sociale propria del negozio si attua in concreto. Può però accadere che una delle parti non adempia la propria prestazione, che una prestazione divenga impossibile per causa non imputabile al debitore, o che una prestazione divenga eccessivamente onerosa o accadere che una delle parti non adempia la propria prestazione, che una prestazione divenga impossibile per causa non imputabile al debitore, o che una prestazione divenga eccessivamente onerosa a causa di avvenimenti straordinari ed imprevedibili: si determina in tal caso un'alterazione della causa del contratto, nel senso che lo scambio in cui essa consiste (rectius: lo scambio in concreto prefigurato dalle parti) o non può compiersi alle condizioni programmate. Il difetto funzionale della causa rende risolubile il rapporto contrattuale con effetto retroattivo tra le parti, ma non rispetto ai terzi, salvi gli effetti derivanti dall'applicazione delle norme sulla trascrizione."* (TERRANOVA, Carlo G. *Il Codice Civile Commentario Diretto da Piero Schlesinger*. L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467 – 1469. Milano: Giuffrè editore, 1995, p. 50).

¹⁰³ CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 23 a 25.

proche de ces conventions dont l'objet est la coopération, le contrat de consortium conserve pourtant son originalité, évitant finalement tout risque de confusion. (...) Ensuite, la cause du contrat de consortium est la réalisation du marché principal et son objet la coopération.

Pela leitura do trecho acima transcrito, nota-se que, na opinião do jurista, o contrato de consórcio se destaca de outros contratos de agrupamento, pois, nestes últimos, a cooperação é a causa, enquanto que nos consórcios, a cooperação é o próprio objeto do contrato, sendo a sua causa o empreendimento ou projeto a ser executado por meio do contrato.

Entretanto, ensina CARVALHOSA que a função dos consórcios é possibilitar a colaboração das consorciadas em determinado objeto, sem que as estas percam a sua personalidade jurídica ou assumam legalmente solidariedade pelas obrigações assumidas pelo consórcio, permitindo para a participação conjunta das empresas em empreendimentos ou contratos, mediante o somatório de recursos técnicos e financeiros.¹⁰⁴

Conclui-se, portanto, que a função econômica do contrato de consórcio, em um paralelo com o sinalagma que constitui a causa dos contratos sinalagmáticos, é a colaboração entre as partes consorciadas, para a execução do empreendimento almejado.

1.8 Distinção entre Consórcio e Outras Figuras

Conforme mencionado na Introdução do presente trabalho, o consórcio não é a única forma de associação reconhecida pelo Direito que permite a colaboração entre empresas. Diversas são as formas pelas quais as sociedades podem se vincular, sendo a forma mais apropriada para cada caso fundamentalmente ligada à relação das partes envolvidas e seus objetivos.

Nesse cenário, serão apresentados, nas próximas linhas, os principais

¹⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 435-436, 4. vol., tomo II.

elementos que distinguem do consórcio as figuras jurídicas que mais se assemelham a ele.

1.8.1 Sociedade

Conforme mencionado *supra*, a Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76 regula o consórcio como modalidade de sociedade não personificada. Essa classificação, entretanto, não parece ser totalmente aceita pela doutrina.

É inegável que o consórcio possui muitas semelhanças com a sociedade, como pontuou FRAZÃO:

Do ponto de vista da organização e estruturação, os consórcios assemelham-se muito ao contrato de sociedade. Basta lembrar que, dentre as cláusulas obrigatórias do referido tipo contratual, encontram-se muitas igualmente presentes nos contratos de sociedade, tais como (i) duração, endereço e foro; (ii) definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada e das prestações específicas; (iii) normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; (iv) normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; (v) forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; e (vi) contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver (art. 279, da Lei 6.404/76). Outra semelhança com o contrato de sociedade decorre da assunção conjunta do risco da nova atividade, o que envolve a criação de meios para arrecadar fundos e partilhar resultados. Por todas essas razões, e até mesmo em razão de estarem estruturados legalmente, não há maiores discussões no sentido de que os consórcios são efetivamente um contrato associativo.¹⁰⁵

Segundo já aludido no presente estudo, ASCARELLI (1937) entende que a característica que diferencia a associação da sociedade é a mutualidade, precisamente porque a associação, ao contrário da sociedade, pretende obter diretamente aos membros certos serviços, e não gerar lucro para ser distribuído entre os sócios.¹⁰⁶

Também no entendimento de SZTAJN, as organizações formadas por

¹⁰⁵ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016.

¹⁰⁶ ASCARELLI, Tullio. *Consorti Volontari tra Impreditori*. 2. ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1937, p. 97.

contratos de concessão mercantil, distribuição, consórcios, e grupos de sociedades, de fato ou de direito, na vigência do art. 1.363 do Código Civil de 1916 (“celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”) eram formas societárias ou sociedades atípicas. Como essa redação não foi mantida pelo novo ordenamento¹⁰⁷, conclui a docente que aquelas formas organizacionais não podem mais ser assemelhadas a sociedades, quando muito, pode-se vislumbrar nelas negócios associativos ou relacionais.¹⁰⁸

Do mesmo modo, assevera LOBO que o Código Civil de 2002 distingue contrato de sociedade dos demais contratos associativos, colocando-o como espécie do gênero contratos associativos, na medida em que enuncia elementos essenciais próprios, não presentes na generalidade dos contratos associativos, inclusive os contratos de consórcio.¹⁰⁹

Para o autor, tendo em vista que, no consórcio, cada consorciada age separadamente e responde individualmente, prometendo aportar, na fase final do processo, as parcelas do empreendimento, que construíram separadamente, não há razão para a concepção de um patrimônio especial de titularidade comum das consorciadas. Na sociedade, por outro lado, a unificação se dá pelo aporte dos sócios para a formação do capital social. Seria essa, no entendimento do jurista, umas das principais diferenças entre consórcio e sociedade:

A distinção entre sociedade e consórcio impõe-se pela natureza das coisas, em cujo campo são perfeitamente distintas duas maneiras de as

¹⁰⁷ O art. 981 do Código Civil determina que 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 (destacamos).

¹⁰⁸ SZTAJN, Rachel. Associações e Sociedades: à Luz da Noção de Contrato Plurilateral. *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p. 231, jan.mar/2005. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

¹⁰⁹ “Essa perda do conteúdo genérico da definição de contrato de sociedade resultou em que a sociedade passou a ser uma espécie de negócio associativo e o consórcio foi guindado de sua condição de subespécie para a de espécie de contrato associativo, ombro a ombro com a sociedade. Daí tornar-se incorreto, na vigência do Código Civil de 2002, o entendimento, antes procedente, de que o consórcio é modalidade de sociedade sem personalidade jurídica. Na sociedade, os sócios contribuem para um fundo comum destinado ao exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, enquanto, no consórcio, cada consorciada executa atividade econômica em separado, embora visando a uma finalidade comum. Por ser o consórcio um tipo contratual diverso da sociedade, não é possível considerá-lo sociedade em comum, se lhe faltar registro na junta comercial.” (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contratos Associativos - Sociedade e Consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 66, p. 102-111, out- dez/2014. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

pessoas exercerem atividade econômica em colaboração, tendo em mira um objetivo comum: (a) ou cada uma delas executa uma parcela do objetivo comum para, ao final, as parcelas serem ajuntadas para formar o objetivo comum único, (b) ou todas elas, desde logo, contribuem com bens e serviços para formar um fundo, que será o instrumento da atividade econômica, que realizará o objetivo comum. É a constatação de que foi contratada a primeira forma que indicará o contrato de consórcio. Sublinhe-se que essa separação de atividades dirigidas a um escopo comum, que clama pela inexistência de solidariedade entre as consorciadas, não é invenção da lei, mas provém de situações de fato a que a lei atendeu.¹¹⁰

Portanto, percebe-se que o aspecto principal no qual o consórcio se diferencia da sociedade é a contribuição das partes para a consecução do objetivo comum: enquanto na sociedade essa contribuição é patrimonial, no consórcio, dá-se, geralmente, por meio da execução de parte do escopo comum, parcela do empreendimento pretendido.

Assim, muito embora o caráter societário e empresarial do contrato de consórcio não possa ser rejeitado, a classificação desse tipo associativo como “sociedade” carece de embasamento legal.

Superada a distinção entre sociedade e consórcio, é fulgente a diferença com a qual o ordenamento pátrio trata as duas figuras, mormente no que diz respeito à assunção de obrigações recíprocas. Ao contrapor-se a redação do artigo 981 do Código Civil com o artigo 278 da Lei nº 6.404/76, percebe-se com facilidade a distinção de tratamento legal acerca do objeto do contrato de sociedade e do contrato de consórcio.

Com efeito, na definição de contrato de sociedade, o Código Civil determina que este é constituído por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, enquanto que a Lei nº 6.404/76 determina que companhias e quaisquer outras sociedades podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, desprovido de personalidade jurídica, sem presunção de solidariedade, respondendo, cada uma, por suas obrigações.

Não bastasse, o artigo 279, como já abordado no presente trabalho,

¹¹⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contratos Associativos - Sociedade e Consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 66, p. 102-111, out- dez/2014. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017, p. 108.

determina que deve constar do contrato de consórcio a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas, o que não ocorre no contrato de sociedade, por exemplo, pois, nestas, a atividade é exercida pela sociedade, e não pelos sócios.

Em suma, já se viu que não há consenso acerca da classificação do consórcio como sociedade, muito embora a Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76 o classifique como “sociedade não personificada”.¹¹¹

Não obstante, é possível apontar diversas diferenças entre sociedade e consórcio, dentre elas a natureza da contribuição das partes para o objeto do contrato, a mutualidade, a forma de partilha dos resultados, a forma de execução da atividade objeto, a ausência de um patrimônio apartado, e, por fim, a regência legal dos institutos.

1.8.2 Grupo de Sociedades

Embora ambos sejam regidos pela Lei nº 6.404/76, não se deve confundir a figura do consórcio com a do grupo de sociedades. Há muitas diferenças entre essas figuras jurídicas, começando já pelo seu objeto. Nos grupos de sociedades conceituados pelo art. 265 da Lei nº 6.404/76¹¹², o objeto é permanente e, necessariamente, duradouro, com o aproveitamento de recursos e de atividades empresariais visando a favorecer o grupo de sociedades como um todo. No consórcio, por seu turno, a relação não é permanente, e visa sempre a benefícios individuais para as sociedades participantes, as quais permanecem autônomas quanto à administração de seus negócios, obrigando-se estritamente nos limites previstos no respectivo contrato de consórcio.¹¹³

As empresas reunidas em contrato de consórcio não estão submetidas a

¹¹¹ Nesse sentido, SZTAJN, LOBO e EIZIRIK, notas nº 108, 109 e 161, respectivamente

¹¹² Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. § 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. § 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

¹¹³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Art. 243 a 300. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433, 4. vol, t. II.

uma administração de instância superior às administrações próprias de cada uma, ainda que se tratem as consorciadas de sociedades sob controle comum. Caracteriza-se o consórcio como grupo de coordenação¹¹⁴, diferentemente, portanto, dos grupos de sociedades de que tratam os arts. 265 a 277, não em razão de sua estrutura, pois ambos os grupos possuem uma direção administrativa e patrimonial autônoma, mas porque os contratos de subordinação que regem os grupos de sociedades podem abranger a própria atividade empresarial das partes, fazendo, inclusive, com que a *business judgment rule* das administrações de cada sociedade fique submetida às normas e orientações emanadas da direção do grupo.¹¹⁵

Assim, uma característica marcante dos grupos de sociedades é a dependência administrativa das sociedades que dele fazem parte, com o objetivo de racionalizar os recursos disponíveis, otimizando os ganhos de escala e a uniformização de procedimentos, e, conseqüentemente liberando recursos para a atividade principal. Esse fenômeno aumenta o grau de interligação das sociedades membro do grupo, ao mesmo tempo em que reduz a sua independência.¹¹⁶

Entretanto, o principal elemento que distingue os grupos de sociedades é o exercício, pela sociedade-mãe, do controle ou do poder de dirigir a gestão e definir as políticas das subsidiárias, como a política de produção, comercial, financeira, laboral, de investimentos. Nos grupos, há uma integração econômica e empresarial, com a formação de unidade financeira¹¹⁷, o que não ocorre nos consórcios.

Ademais, na opinião MARTINS, ainda no caso de o consórcio ser formado

¹¹⁴ COUTO E SILVA afirma que “há certos autores que consideram o consórcio previsto na Lei 6.404, art. 278, como ‘grupo de direito’ por coordenação (Fábio Konder Comparato, ‘Les groupes de sociétés’, *cit.*, p. 803).” O autor discorda de tal classificação, pois o consórcio (*joint venture*) deve ser constituído para executar “determinado empreendimento”, ele não se configura como “grupo de direito”, mesmo porque assim não foi considerado pela Lei 6.404, que o colocou num capítulo específico (cap. XXII). (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Grupo de Sociedades. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 991-1018, jun/2011. DTR\1989\127. Nota de rodapé nº 7. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

¹¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Art. 243 a 300. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436, 4. vol, t. II.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de Grupos de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 16.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 15-17 e 37.

por uma sociedade com sociedades controladas, ele não se confunde com grupo de sociedades já que, neste, as sociedades se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns, enquanto que, no consórcio as consorciadas se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações individuais, não havendo obrigações comuns a todas elas, como acontece nos grupos societários. O elemento diferenciador principal seria, nessa perspectiva, o contrato ou acordo entabulado entre as partes.¹¹⁸

De fato, o artigo 266 da Lei nº 6.404/76 dispõe que as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

Por fim, vale trazer a lição de COUTO E SILVA:

Há certos autores que consideram o consórcio previsto na Lei 6.404, art. 278, como "grupo de direito" por coordenação (Fábio Konder Comparato, "Les groupes de sociétés", cit., p. 803). Entretanto, como o consórcio (*joint venture*) deve ser constituído para executar "determinado empreendimento", ele não se configura como "grupo de direito", mesmo porque assim não foi considerado pela Lei 6.404, que o colocou num capítulo específico (cap. XXII).¹¹⁹

1.8.3 Sociedade em Conta de Participação

A sociedade em conta de participação é sociedade não personificada regida pelos artigos 991 e seguintes do Código Civil. Assim, de acordo com o artigo 991 do Código Civil, na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Uma das principais diferenças que pode ser apontada entre a sociedade

¹¹⁸ Conf. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1143.

¹¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Grupo de Sociedades. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 991-1018, jun/2011. DTR\1989\127. Nota de rodapé nº 7. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

em conta de participação e o consórcio é o fato de que a sociedade em conta de participação, para a sua validade, não requer formalidade registral. Além disso, ao contrário do consórcio, o exercício da atividade na conta de participação é sempre do sócio ostensivo, que realiza todos os atos em nome próprio. Quanto ao modo de atuação, quem age no mundo jurídico, assumindo direitos e contraindo obrigações, são as sociedades individualmente, na forma como consignado no instrumento de formação do consórcio.¹²⁰

Ademais, na sociedade em conta de participação, a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais, o que não ocorre no consórcio.

Na opinião de COMPARATO, a sociedade em conta de participação apresenta características que podem se mostrar inconvenientes para a realização do objetivo de colaboração entre empresas já atuantes num mesmo setor econômico, como a posição oculta ou anônima de um ou alguns dos sócios, e a total e exclusiva responsabilidade do sócio ostensivo perante terceiros.¹²¹

1.8.4 Agrupamentos de Interesse Econômico

Na França, o art. 1º da Ordonnance nº 67-821, de 23 de setembro de 1967 (revogado pela Ordonnance nº 2000-912 de 18 de setembro de 2000, relativa à parte legislativa do código de comércio) instituiu o chamado Groupement d'Intérêt Économique – GIE, de duração determinada, dedicado a certa atividade econômica, desenvolvida pelas pessoas físicas ou jurídicas que o integram.

Segundo SILVA, o GIE adquire personalidade jurídica especial no momento de seu registro, assumindo feição civil ou mercantil, a depender da atividade econômica exercida pelo grupo. Sua atividade, além de ter de ser conexa a de seus participantes, deve ser de natureza econômica, porque o GIE

¹²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 224.

¹²¹ *Ibidem*, p. 223.

não se confunde com as associações.¹²²

De acordo com o Código de Comércio francês, duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas podem formar entre eles um grupo de interesse econômico por um período fixo, com o objetivo de facilitar ou desenvolver a atividade econômica de seus membros, melhorar ou aumentar os resultados dessa atividade. O GIE não tem finalidade lucrativa, ou seja, não se constitui para obter lucro para si próprio, sua atividade deve estar relacionada à atividade econômica de seus membros e só pode ser de caráter auxiliar em relação a ela.

O GIE francês possui a personalidade jurídica e capacidade total desde a data de sua inscrição no registro comercial e de empresas, sendo instituído por meio de contrato escrito, e publicado de acordo com as modalidades fixadas por decreto no Conselho de Estado, devendo conter as seguintes informações:

- (i) O nome do grupo;
- (ii) O nome e identificação de cada membro do grupo, bem como, de acordo com o caso, a cidade onde o registro está localizado;
- (iii) A duração da constituição do agrupamento;
- (iv) O objeto do grupo;
- (v) O endereço da sede do grupo.

A responsabilidade dos membros do GIE é solidária, salvo disposição em contrário.

Segundo PENTEADO, o GIE representa a fórmula mais bem sucedida para a disciplina do consórcio de empresas, sendo essa a opinião dos autores franceses estudiosos do instituto, que apontam como a razão do sucesso, entre outros motivos, a grande flexibilidade atribuída às partes – pessoas jurídicas ou pessoas físicas – na composição de seus interesses comuns¹²³.

Com efeito, COMPARATO afirma que a experiência francesa de colaboração empresarial alcançou extraordinário sucesso, em pouco tempo. Por esta razão, assevera o jurista, a Comissão da Comunidade Econômica Europeia

¹²² SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 34.

¹²³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 116 *apud*. YVES GUYON; GEORGES COQUEREAU. *Le Groupement d'Intérêt Économique - Régime juridique et fiscal*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1973.

teria submetido ao Conselho, em dezembro de 1973, um projeto de criação de “grupos europeus de cooperação”, nos mesmos moldes dos *groupments d'intérêt économique*, contendo, todavia, algumas restrições não aplicáveis para esses últimos.¹²⁴

A atividade desses “grupos europeus de cooperação” deveria estar limitada à prestação de serviços e à transformação de mercadorias ou ao acondicionamento de produtos acabados de exclusiva necessidade deles. Igualmente, tais grupos não podem exercer uma função de direção da atividade dos seus membros e não devem empregar mais de 250 pessoas, sendo-lhes defeso emitir debêntures ou quaisquer outros valores mobiliários.¹²⁵

Sobre o Agrupamento Europeu de Interesse Económico – AEIE, atualmente, são regidos pelo Regulamento (CEE) nº 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985¹²⁶, o qual estabelece que o agrupamento assim constituído tem capacidade, em seu próprio nome, para ser titular de direitos e de obrigações de qualquer natureza, para celebrar contratos ou praticar outros atos jurídicos e estar em juízo, a partir da data do registo.

¹²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 224.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Interessante reproduzir parcialmente o preâmbulo do referido normativo europeu, com destaques nossos: “*Considerando que um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas e uma expansão contínua e equilibrada no conjunto da Comunidade dependem do estabelecimento e bom funcionamento de um mercado comum capaz de oferecer condições análogas às de um mercado nacional; que a realização deste mercado único e o reforço da sua unidade tornam desejável, nomeadamente, a criação, no interesse das pessoas singulares, sociedades e outras entidades jurídicas, de um quadro jurídico que facilite a adaptação das suas actividades às condições económicas da Comunidade; **que, para este fim, é necessário que estas pessoas singulares, sociedades e outras entidades jurídicas possam efectivamente cooperar sem fronteiras; Considerando que tal cooperação pode encontrar dificuldades de natureza jurídica, fiscal ou psicológica, que a criação de um instrumento jurídico adequado a nível comunitário sob a forma de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico contribui para a realização dos objectivos referidos e é, portanto, necessária;** Considerando que o Tratado não previu poderes de acção específicos para a criação de tal instrumento jurídico; Considerando que a capacidade de adaptação do agrupamento às condições económicas deve ser garantida pela grande liberdade dos seus membros na organização das suas relações contratuais e no funcionamento interno do agrupamento; **Considerando que um agrupamento se distingue de uma sociedade principalmente pelo seu objectivo, que é apenas o de facilitar ou desenvolver a actividade económica dos seus membros, para lhes permitir melhorar os seus próprios resultados;** que em consequência deste carácter auxiliar, a actividade de um agrupamento deve estar relacionada com a actividade económica dos seus membros e não se substituir a esta e que, nesta medida, por exemplo, o agrupamento não pode exercer por si próprio, em relação a terceiros, uma profissão liberal, devendo a noção de actividade económica ser interpretada no sentido mais lato.”*

Nos termos do referido regulamento, o contrato de agrupamento deve conter, pelo menos, as seguintes disposições:

- (i) A denominação do agrupamento antecedida ou seguida da expressão «agrupamento europeu de interesse económico» ou das iniciais «AEIE», a não ser que esta expressão ou estas iniciais estejam já incluídas na denominação;
- (ii) A sede do agrupamento;
- (iii) O objetivo em vista do qual foi formado o agrupamento;
- (iv) O nome, firma ou denominação social, a forma jurídica, o domicílio ou sede social e, se for acaso disso, o número e local de registo de cada um dos membros do agrupamento;
- (v) A duração do agrupamento, quando não for indeterminada.

Assim como no GIE francês, os membros do agrupamento respondem ilimitada e solidariamente pelas dívidas daquele, de qualquer natureza, nos termos das legislações nacionais.

Verifica-se, portanto, que as principais diferenças entre o consórcio e os agrupamentos de interesse econômico franceses e europeus são o regime de responsabilidade, o objeto (que, nos agrupamentos, só pode ser de facilitar ou desenvolver a atividade econômica de seus membros, melhorar ou aumentar os resultados dessa atividade) e a existência ou ausência de personalidade jurídica.

1.8.5 *Joint Ventures*

Segundo BONVICINI (1977), as *joint ventures* não representam um fenômeno novo na indústria norte-americana. Afirma o autor que as empresas americanas, desde o início da Revolução Industrial, demonstraram uma tendência à colaboração até então desconhecida na prática empresarial italiana. Poder-se-ia dizer, de fato, que a origem da fórmula associativa tem origem na segunda metade do século 1800, tendo como um de seus primeiros exemplos o da Terminal Railroad Association of St. Louis, in 1889, fornecedora de equipamentos para a malha ferroviária.¹²⁷

¹²⁷ Nas palavras do autor: “*Le joint ventures non rapresentano un fenomeno nuovo nell’industria americana. Anche se esso ha assunto una rilevanza preponderante in questi ultimi anni, le imprese americane, fin dagli inizi della rivoluzione industriale, hanno manifestato un’attitudine ed una predisposizione alla collaborazione del tutto sconosciuta alla pratica imprenditoriale italia. Si può, infatti, che le origini della formula associatva in esame storicamente risalgano alla seconda metà del 1800, uno dei primi casi di impresa congiunta essendo offerto dalla Terminal Railroad*”

A *joint venture* é uma modalidade contratual cuja finalidade é alcançar tanto os objetivos individuais dos agentes que a compõem, quanto ao objetivo coletivo da *joint venture* em si, obtendo resultados que superem os custos incorridos pelos participantes.

Nesse sentido, a *joint venture* se diferencia da sociedade empresária comum em razão do escopo específico e da duração limitada, embora não haja regra estabelecida nesse sentido (Carmona, 2011)¹²⁸. Contudo, o termo *joint venture* costuma ser empregado para designar associações de empresários que têm o objetivo de realizar negócios sujeitos a um grau de risco acima do normal.

O dicionário jurídico Black's Law Dictionary assim define *joint venture*:

*A legal entity in the nature of a partnership engaged in the joint undertaking of a particular transaction for mutual profit. (...) An association of persons or companies jointly undertaking some commercial enterprise; generally all contribute assets and share risks. It requires a community of interest in the performance of the subject matter, a right to direct and govern the policy in connection therewith, and duty, which may be altered by agreement, to share both in profit and losses. (...) A one-time grouping of two or more persons in a business undertaking.*¹²⁹

Ainda, ARGUMEDO (2013) define o contrato de *joint venture* como um contrato de caráter associativo, em que duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas acordam operar um negócio conjunto, por um longo prazo, concordando em participar dos lucros daí resultantes, bem como responder por perdas de forma

Association of St. Louis dell 1889, società in comune di quidici compagnie ferroviarie, costituita per provvedere alle attrezzature di quell'importante nodo ferroviario. Negli anni successivi, e dunque alla fine del secolo diciannovesimo, fecero seguito a questa molte altre ventures, organizzate, soprattutto nella forma societaria, dall'industria ferroviaria per la costruzione in comune di ponti e stazioni e per l'acquisto di carrozze utilizzate da più linee. Nei primi decenni del ventesimo secolo, invece, questa formula è stata largamente utilizzata nell'industria petrolifera, in particolare nel settore della ricerca e, benchè sia presochè impossibile avere accurate statistiche sul numero delle joint ventures per settore di industria, il settore petrolifero appare tuttora il più interessato in tale tipo di operazioni. Tipico è il caso della Aramco, che è una joint subsidiary della Texas Company, della Standard Oil of California, della Standard Oil Co. of New Jersey e della Soconov Mobil Oil Co." (BONVICINI, Daniele. Le Joint Ventures: Tecnica Giuridica e Prassi Societaria. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, p. 15).

¹²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (org.). *Doutrinas Essenciais*. Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 905, v. IV.

¹²⁹ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed.

solidária e ilimitada.¹³⁰

A verdade é que nenhuma definição da modalidade *joint venture* é absoluta. Segundo REALE (1985), a *joint venture* pode ser considerada um ajuste interempresarial concluído com base e através de um contrato de sociedade constituída especialmente com o fim de atender à composição de esforços comuns, tendo em vista a realização, em caráter permanente, de determinados objetivos econômicos¹³¹. Observa o doutrinador, entretanto, que as composições contratuais ou societárias que dão lugar às *joint ventures* podem assumir as mais diversas configurações, sendo quase impossível enumerar todos os seus possíveis tipos ou modelos.

Segundo PIMENTA (2005), toda parceria empresarial ou *joint venture* é uma modalidade de sociedade. A *joint venture*, no entanto, pode assumir a forma de pessoa jurídica ou não.¹³² Desta feita, insta observar que não se pretende, no estudo do tema ora proposto, analisar as parcerias empresariais exercidas por meio de entes com personalidade jurídica, como as *joint ventures* personalizadas.

Temos, então, que as *joint ventures* podem ou não possuir personalidade jurídica, ou seja, podem ser constituídas nas modalidades contratual ou societária. As *joint ventures* personalizadas são sociedades em si, com personalidades independentes de seus sócios, sujeitas às normas do direito societário, e devem ser arquivadas no registro de comércio.

As *joint ventures* sem personalidade jurídica, por seu turno, são constituídas exclusivamente por meio da celebração de um contrato de cooperação, sujeito às normas do direito das obrigações, sem a criação de uma pessoa jurídica independente dos participantes.

Como se observa, as *joint ventures* podem vestir-se de diferentes formas,

¹³⁰ ARGUMEDO, Reynaldo Pastor. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Joint Venture*. Derecho PUCP, [S.l.], n. 39, p. 313-322, dic. 2013. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5887>>. Data de acesso: 27.06.2016.

¹³¹ REALE, Miguel. "Joint Venture" e Grupo de Sociedades. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985, p. 131.

¹³² PIMENTA, Eduardo Goulart. *Joint Ventures – Contratos de parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 59.

podendo ser utilizadas para a consecução de objetivos nas mais variadas áreas e negócios. Exige-se, entretanto, que haja um acordo constituinte da *joint venture*, que deve estabelecer os elementos mínimos para sua caracterização. São esses elementos o interesse comum no empreendimento (sendo esse o elemento mais importante), um acordo de divisão de lucros, um acordo de divisão de prejuízos e a divisão dos direitos de controle e administração do empreendimento.¹³³

¹³³ Apesar de não haver definição legal de *joint venture* no direito norte-americano, há, na jurisprudência, um entendimento relativamente pacífico do que vem a ser essa modalidade associativa. O Estado do Texas, nos Estados Unidos da América, é uma boa fonte de jurisprudência para essa modalidade contratual, dada a forte presença das indústrias de minérios e petróleo na região, que demandam largos investimentos em empreendimentos extremamente arriscados e complexos, propiciando a formação de estruturas associativas. Citamos, a seguir, decisão da Texas Supreme Court que trata dos requisitos para que uma estrutura contratual seja considerada uma *joint venture*: *Coastal Plains Development Corp. v. Micrea, Inc.*, 572 S.W.2d 285 (Tex. 1978). Texas Supreme Court: “*Joint Venture. It is a general rule of construction that when parties have bound themselves to an unambiguous contract, the courts will give effect to the manifest intent expressed therein. City of Pinehurst v. Spooner Addition Water Co.*, 432 S.W.2d 515 (Tex.1968). However, when the record demonstrates that the actual effect of the arrangement resulting from the agreement is to create a status different from that stated in the language of the contract, the parties' designation will not control. *Neece v. A.A.A. Realty Co.*, 159 Tex. 403, 322 S.W.2d 597 (1959). Paragraph X of the contract expressly negatives any intent on the behalf of the parties to create a joint venture or partnership. However, Micrea attempted to establish the existence of a joint venture by showing that such a relationship arose by the actual operation under the contractual provisions. It insists that the reality of the contractual arrangement varied from the intent expressed in paragraph X. We disagree. A joint venture, being "ex contract," must be based upon an agreement, either express or implied. Donald v. Phillips, 13 S.W.2d 74 (Tex.Com.App.1929, *judgmt adopted*); Fuller v. Flanagan, 468 S.W.2d 171 (Tex.Civ.App.1971, *writ ref'd n. r. e.*); Henning v. Cox, 148 F.2d 586 (5th Cir. 1945); 2 S. Williston, Williston on Contracts § 318A (3d ed. 1959). Beyond this threshold requirement, several essential elements are generally recognized. These elements are (1) a community of interest in the venture, (2) an agreement to share profits, (3) an agreement to share losses, and (4) a mutual right of control or management of the enterprise. Brown v. Cole, 155 Tex. 624, 291 S.W.2d 704 (1956); Luling Oil & Gas Co. v. Humble Oil and Refining Co., 144 Tex. 475, 191 S.W.2d 716 (1945); Chandler v. Herndon, 450 S.W.2d 703 (Tex.Civ.App. 1970, *writ ref'd n. r. e.*). The intention of the parties to a contract is a prime element in determining whether or not a partnership or joint venture exists. Luling Oil & Gas Co. v. Humble Oil and Refining Co., *supra*; Holman v. Dow, 467 S.W.2d 547 (Tex.Civ.App.1971, *writ ref'd n. r. e.*). *288 It is undisputed that the relationship between the parties is based upon a valid written contract. As evidence of the existence of the remaining elements of a joint venture, Micrea relies upon the actions of the parties and the operative provisions of the contract, including (1) the paragraph which calls for an equal division of the profits, (2) the paragraph, quoted above, which requires joint approval and execution of all contracts concerning the development, and (3) the dissemination of certain advertising material which referred to the Cedar Lake Estates, the subject subdivision, as a joint venture of Micrea and Coastal Plains. We are not persuaded by the description of the relationship in the advertising material. Just as the words used by the parties in a contract do not necessarily control the substance of the relationship, the terms used by the parties in referring to the arrangement do not control. Further, there is no claim by any party that the representations in the advertising material were relied upon, so as to raise an issue of estoppel. Even if the provision for equal division of profits was sufficient, the contract did not have any agreement for sharing the losses. The latter was essential to constitute a joint venture. Micrea contends that this requirement was met by the "joint approval and execution of contracts" clause in the contract. However, by the express terms of the contract, Coastal Plains was solely responsible for the costs of road building. (...).” Based upon

A esse respeito, MILTON defende que as características que permitem identificar uma *joint venture* são (i) contribuição das partes (em dinheiro, bens, esforço, conhecimento, habilidade, dentre outros) para a empresa comum; (ii) investimento por meio de participação conjunta no empreendimento; (iii) direito de controle ou gerenciamento mútuo da empresa; (iv) expectativa de lucro; (v) direito de participar dos lucros; (vi) limitação do objetivo a um único entendimento:

*Usually, the parties to a joint venture form a corporate entity whereby all the relations between the parties are embodied in the charter, by-laws and related documents. However, this entity is not required in order that there be a joint venture. What is required is a group of companies, individuals, or both, with all the following characteristics: (1) Contribution by the different parties of money, property, effort, knowledge, skill or some other asset to a common undertaking; (2) Joint property interest in the subject matter of the venture; (3) Right of mutual control or management of the enterprise; (4) An expectation of profit; (5) A right to participate in the profits; (6) A limitation of the objective to a single understanding.*¹³⁴

O contrato de *joint venture* é considerado atípico, um contrato *sui generis*, relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, o que tem causado certa dificuldade de adaptação dessa figura aos padrões contratuais nacionais:

Se compreendermos contrato típico, nos termos do art. 425 do CC/2002, como aquele que não é apenas nominado, mas regulado por lei, deve-se afirmar que a *joint venture* é atípica. Contudo, ainda que atípico nesse ponto de vista, este negócio é reiterado pela prática empresarial e faz parte dos usos e costumes do comércio – ditos *lex mercatoria* no âmbito do comércio internacional -, sendo daí apreendidos os seus elementos essenciais apreendidos pela doutrina jurídica. Nesse sentido pode-se dizer que este é um contrato *intuitu personae* que organiza a parceria dos contratantes sob um manto normalmente tipificado na lei. Assim, o acordo de *joint venture* que cria uma sociedade limitada, por exemplo, não é tipificado, mas este tipo de sociedade o é e está previsto em nosso Código Civil de 2002. Um contrato atípico é comumente menos formal, mas, nestes casos, os preceitos obrigatórios legislados à sociedade empresarial que é criada em razão da parceria são os mesmo da sociedade limitada feita vulgarmente. O que a *joint venture* pode vir a ser não é regulado pela lei, mas quando ela assume o contorno de uma sociedade prevista na legislação pátria, seja ela anônima, em conta de participação ou um consórcio, ela deverá respeitar e se adequar a estes limites legais.

the clearly expressed intent of the parties, and the absence of any contrary provision for the sharing of losses, we hold that the parties were not participants in a joint venture.

¹³⁴ MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. *Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017.

Dentro desta abertura normativa às partes contratantes, permite-se a livre contratação das partes (eis a ideia de autonomia privada ou de liberdade de contratar, posta no art. 421 do CC/2002).¹³⁵

Segundo FRAZÃO (2015), a *joint venture* caracteriza uma terceira via, situando-se em uma zona intermediária entre os dois extremos apresentados por Ronald Coase, procurando combinar aspectos favoráveis da estabilidade empresarial e da flexibilidade do mercado. Assim, apresenta-se como uma alternativa entre produzir ou comprar (*make or buy*), rompendo com a dicotomia proposta por Ronald Coase entre a empresa e o mercado¹³⁶.

A afirmação da professora vai ao encontro do trabalho coordenado por WALD (2009), que verificou que as *joint ventures* podem buscar a concentração

¹³⁵ WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 21, ano 6, p. 66, 2009.

¹³⁶ A autora relaciona a terceira via, representada pelas *joint venture*, à teoria da firma de Coase, apontando a importância da dinâmica do mercado para o surgimento dessa terceira via. Assim, em vez de produzir por si próprio, por meio da estrutura hierárquica da empresa, ou comprar no mercado, o agente econômico pode optar pela via associativa: "(...) a perfeita compreensão da função econômica das *joint ventures* só é possível quando se constata que as opções tradicionais de produzir bens e serviços dentro da própria organização empresarial ou adquiri-los no mercado (*make or buy*) nem sempre levará a arranjos organizacionais adequados. Daí por que as *joint ventures* e diversos contratos de cooperação e alianças entre empresas situam-se em zona intermediária entre esses dois extremos, procurando combinar aspectos favoráveis da estabilidade empresarial e da flexibilidade do mercado. Assim, opta-se por uma terceira alternativa entre produzir ou comprar (*make or buy*), rompendo com a dicotomia proposta por Ronald Coase entre a empresa e o mercado. Como se sabe, Ronald Coase (1988, p. 33-55) notabilizou-se por ter oferecido uma explicação consistente sobre o que distinguiria a empresa do mercado. Para o referido autor, ao contrário das relações de mercado, caracterizadas pelo aspecto de coordenação, a empresa (*the firm*) caracteriza-se pela hierarquia ou pelo que chama de relação entre mestre/servo (*master/ servant*) ou empregador/empregado (*employer/ employee*). A opção por uma ou outra decorreria dos menores custos de transação envolvidos em cada uma delas. A hierarquia a que se refere Coase é, na verdade, o que chamamos de controle ou direção empresarial. (...) Todavia, a tese de Coase acaba por menosprezar as gradações e combinações entre as opções extremas envolvidas no *make or buy*, partindo da premissa de que a decisão dos agentes econômicos é necessariamente polarizada entre as duas opções. Ocorre que, como adverte Richardson (1999, p. 59-74), os dois polos da equação de Coase – a coordenação dirigida inerente à empresa e a coordenação espontânea inerente ao mercado – não são propriamente opostos, mas pontos extremos de um movimento contínuo que vai do mercado puro (*pure market*) para a empresa pura (*pure firm*), havendo vários estados intermediários entre os dois: empresas como mercados (*firm-like markets*) ou mercados como empresas (*market-like firms*). Basta lembrar que a cooperação do mercado caminha facilmente para a direção quando um contratante é predominante e o outro se encontra em posição de dependência econômica." (FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Joint ventures* contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016).

vertical dos elos da produção¹³⁷. Nesse sentido, a empresa que compra a produção de determinada matéria-prima se associa com a fornecedora para, auxiliando na produção, conseguir reduzir custos nesta produção; ao mesmo tempo, interessa ao fornecedor uma maior conexão com o comprador para o escoamento da produção e redução de riscos inerentes ao mercado.

Como já mencionado, a *joint venture* tem entre suas principais características o compartilhamento de riscos, lucros e do controle. No entanto, este compartilhamento do poder (como em uma sociedade ou casamento, que são outras modalidades de contratos relacionais) pode vir a se tornar no futuro a razão para conflitos e, conseqüentemente, para a redução do tempo de vida útil das *joint ventures*.¹³⁸

Nesse cenário, assim como se verá no Capítulo 3 do presente trabalho, as partes contratantes devem pautar suas atitudes sempre e primeiramente na boa-fé objetiva, sob pena de incorrer em grave desrespeito aos princípios maiores que regem os contratos associativos. A esse respeito, cabe citar SPINOLA E CASTRO:

Sustenta-se que, na *joint venture*, pela natureza mesma do contrato, o dever de leal cooperação, ou de lealdade extremada, vai além do dever de boa-fé aplicável aos contratos em geral, e compreende a obrigação de executar o contrato fazendo-se útil ao co-contratante, de forma a proporcionar-lhe a maior satisfação possível, mesmo para além das especificações contratuais.¹³⁹

¹³⁷ WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 21, ano 6, p. 69, São Paulo, 2009..

¹³⁸ Nesse sentido, importante trazer à luz a conclusão dos autores do trabalho coordenado por Wald, de que “A arbitragem é mais eficiente para resolver potenciais conflitos de interesse entre as partes de uma *joint venture* porque ela permite, a priori, uma solução mais próxima que as próprias partes dariam, caso estivessem em condições de confiança para uma negociação privada ex post do problema. Isso porque o árbitro atua de maneira diferente de um magistrado estatal. O árbitro será escolhido pela sua expertise e experiência na área, ao contrário de juiz estatal, normalmente escolhido para a causa mediante critérios de distribuição aleatória a fim de garantir sua imparcialidade. Tendo mais conhecimento do negócio, o árbitro melhor complementar as lacunas do contrato, interpretando-o mais proximamente às partes e ao mercado (ou seja, aos usos e costumes como prefere dispor o art. 113 do CC/2002). Como as partes não conseguem antever todos os possíveis problemas e a melhor forma de resolvê-lo ex ante, a melhor solução é garantir o modo mais eficiente de solucioná-los quando do surgimento da disputa. Veremos porque a arbitragem seria o melhor caminho.” (WALD, Arnaldo (coord.). Op. cit., p. 74).

¹³⁹ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Reorganização Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 129.

No ordenamento norte-americano, ao contrário do que ocorre no Brasil, todos os membros do consórcio são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações assumidas pelo consórcio, à semelhança da *joint venture* contratual. No entanto, não há relação fiduciária entre os membros.¹⁴⁰

Apesar disso, MILTON sustenta que um consórcio pode ser distinguido da *joint venture* na medida em que aquele não possui duas características muito importantes da *joint venture*, quais sejam (i) interesse de propriedade conjunta no empreendimento, e (ii) o direito de participar ou compartilhar os lucros.¹⁴¹

Não obstante, sendo a *joint venture* uma modalidade contratual ampla e atípica, sem regulamentação no direito pátrio, considera-se que o consórcio é uma espécie do gênero *joint venture*, este, sim, regulado e tipificado.¹⁴²

1.9 Consórcio no Direito Antitruste

¹⁴⁰ Apesar disso, ressalva o autor: “An attempt to limit liability by the formation of a consortium corporation usually will be resisted by the customer, for the obvious (sic.) reason that the customer wants to have all the assets of the member companies subject to judgment in the event of a breach of contract. Further, two or more companies from different nations generally find it difficult to create a corporation for the sole purpose of completing an industrial project. This is because their native corporation laws usually will differ, and each will be reluctant to accept the corporate laws of another country. Also, management of each company will have to face the problem of whether ownership of an interest in a consortium corporation will create any undue tax liability which will cause an increase in the contingency pricing to the customer.” (MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. *Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017)..

¹⁴¹ Esse segundo aspecto seria, inclusive, o mais importante, na visão do autor: “A far more important distinction between a consortium and a joint venture is that in a consortium there is no right to share in profits. Each party's profit results from its participation in the consortium. Profit calculations are made without reference to the calculations of other members.” (Idem).

¹⁴² “Os consórcios de construção internacional podem ser definidos: quanto à nacionalidade: tanto podem ser apenas constituídos por empresas nacionais, como englobar também empresas internacionais. Este aspecto depende em grande parte das especificidades dos mercados onde a empresa pretende realizar a sua incursão; quanto à participação financeira: consideram-se non-equity joint ventures, uma vez que as empresas parceiras não contribuem com capital no momento da associação de interesses; quanto às partes envolvidas: no caso em estudo, os consórcios são majoritariamente privados, constituídos apenas por empresas de direito privado. Contudo, verificam-se algumas exceções para consórcios mistos, sempre que empresas estatais que dominam o mercado, em determinada actividade especializada, participam em consórcios com empresas privadas; quanto à forma jurídica: consideram-se non-corporate joint ventures, dado os consórcios serem uma forma de cooperação entre empresas não dotada de personalidade jurídica, «com um carácter simplificado e flexível, sem pôr em causa a autonomia jurídica e a independência económica de cada um dos consorciados; quanto à duração: consideram-se joint ventures transitórias, já que este tipo de “cooperação entre empresas é de carácter temporário, limitada a objectivos concretos e determinados.” (SILVA, Susana Costa e; SOUSA, Maria João de. Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, abr/jun 2009). .

Em razão da facilidade com que a cooperação surge no mercado é que a tarefa de inibir comportamento antitruste se torna tão difícil. Segundo AXELROD, a proibição de determinados comportamentos cooperativos pelo direito antitruste acaba, por vezes, inibindo a cooperação entre as empresas em si própria. Por vezes, no entanto, o caráter egoísta de certos participantes do mercado resulta na prática ilegal da cooperação, por meio de condutas anticoncorrenciais.¹⁴³

Nesse sentido, CHENUT (2003) vai ao encontro de AXELROD, asseverando que nenhum acordo de cooperação pode permanecer sem qualquer efeito para o estado da concorrência dos mercados em que esteja inserido. Segundo ele, pouco importa a forma jurídica utilizada, pois, de uma maneira realista, o direito da concorrência visa apreender comportamentos, sendo essa a desvantagem da organização estrutural da cooperação realizada por meio de agrupamentos.¹⁴⁴

De outra face, entende FERES que o consórcio não pode restringir a concorrência potencial, pois, se a associação se der de forma temporária, ou seja, se a entrada posterior do agente econômico no mercado, de forma independente, for possível, nenhum dano resultará para a livre concorrência. Assim, sustenta que a cooperação empresarial não significa em si uma restrição à concorrência, sendo necessário analisar-se o consórcio com certa proporcionalidade, pois, se a associação das empresas resultará em eficiência e redução dos custos de transação, tal fato poderá beneficiar os consumidores.¹⁴⁵

Para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, eram considerados associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houvesse cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de

¹⁴³ "Cooperation certainly does not require formal agreements or even face-to-face negotiations. The fact that cooperation based upon reciprocity can emerge and prove stable suggests that antitrust activities should pay more attention to preventing the conditions that foster collusion than to searching for secret meetings among executives of competing firms." (AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. ed. rev. EUA: Basic Books, 1984, p. 180).

¹⁴⁴ "Le contrôle des concentrations en France est réglementé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986." (CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 150).

¹⁴⁵ FERES, Marcos Vinício Chein. Joint Ventures: O Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan/2001. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.¹⁴⁶ A conceituação desse tipo contratual pelo CADE tem o intuito de classificar os contratos de associação entre agentes que podem ser considerados anticoncorrenciais, representando risco à livre concorrência e à livre iniciativa. Interessa-nos, no momento, apenas a parte final daquele dispositivo, que fazia referência à “cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência¹⁴⁷”.

Em 11 de maio de 2016, entretanto, o Presidente do CADE abriu a Consulta Pública nº 02/2016, relativa à proposta de Resolução que revoga a norma anterior e disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo. A Consulta Pública resultou na publicação da Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016, que disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Segundo o art. 2º da referida norma, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente, o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto, e as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

Assim, com a edição da nova Resolução, a definição de “contrato associativo” passou a ser ainda mais ampla, não mais exigindo a relação de interdependência entre as partes contratantes. E isso não é sem suas razões, já que a figura do consórcio é frequentemente utilizada para fins anticoncorrenciais.^{148 149}

¹⁴⁶ Resolução CADE nº 10, de 29 de outubro de 2014 (Revogada pela Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016).

¹⁴⁷ Essa noção de interdependência é discutível, pois, como veremos adiante, tanto no contrato de consórcio, quanto em outros pactos associativos, as partes permanecem independentes. Talvez por essa razão a expressão tenha sido retirada do normativo.

¹⁴⁸ Para CARVALHOSA: “O consórcio constitui a principal modalidade de cartelização de atividades setoriais. Diferentemente dos monopólios individuais – trustes -, o consórcio pode objetivar a constituição de um monopólio coletivo. Este se constitui pela regulamentação associativa da conduta mercadológica de empresas até então concorrentes. Esse fenômeno entre

2. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE CONSÓRCIO – A LEI Nº 6.404/76 E OUTROS ORDENAMENTOS

2.1 Elementos Essenciais do Contrato de Consórcio no Ordenamento Brasileiro

O contrato de consórcio está regulado nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, cujos termos importa analisarmos:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

nós já fora apontado da Lei da Economia Popular – Lei n. 1.521 de 1951, que em seu art. 3º, III, dispõe: ‘São também crimes desta natureza (contra a economia popular) promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio’. (...) Caracterizam-se os cartéis ilícitos pela sua finalidade de entrave ou eliminação da concorrência. Sua dinâmica processa-se, num primeiro momento, pela elevação dos preços no mercado ao patamar monopolístico. Em seguida, movimenta-se no sentido da supressão (canibalização) das empresas do ramo não integrantes do grupo consorciado, a fim de impedir a baixa desses preços que, pela atividade consorcial, tornam-se não concorrenciais. Identifica-se a ilicitude de um cartel consorcial pela verificação de que os preços cartelizados não prevaleceriam no regime de livre concorrência.” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 441, 4. vol., tomo II.

¹⁴⁹ Segundo FORGIONI: *A nossa lei enumera expressamente o que deve ser entendido como concentração econômica em nosso sistema, mencionando em seu artigo 90: (...) (iv) constituição de consórcios, i.e., celebração de contratos entre sociedades para a execução de determinado empreendimento tipificado no art. 278 da Lei 6.404, de 1976. 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” (art. 278, inciso I). (v) celebração de “contratos associativos” ou de “joint ventures”. **Embora inexista definição legal ou consenso doutrinário sobre o sentido das expressões “contratos associativos” ou “joint ventures”, referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para a consecução de escopo comum. Essas contratações são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste.**” (destaques nossos). (FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 397).*

III - a duração, endereço e foro;
IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.
Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Como se vê, o artigo 279 da Lei nº 6.404/76 estabelece os elementos essenciais do contrato de consórcio.

Não obstante, PENTEADO classifica os elementos do contrato de consórcio em essenciais e não essenciais, além de outros elementos que não se enquadram nessas duas classificações. Seriam essenciais apenas o objeto, a duração, o endereço, o foro, a definição dos direitos, obrigações e prestações específicas, normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados, administração, contabilização e representação e as regras a respeito das deliberações sobre assuntos de interesse comum.

O autor classifica como elementos não essenciais (ou facultativos) a designação e as regras sobre taxa de administração, contribuições para as despesas comuns, e como demais elementos, as regras sobre o ingresso e saída de consorciados, hipóteses de exclusão, denúncia e rescisão.¹⁵⁰

De fato, algumas das estipulações do artigo 279 da Lei nº 6.404/76 são elementos essenciais do contrato, posto que se referem à definição dos direitos e obrigações das sociedades consorciadas e dos direitos de terceiros que negociam com o consórcio. Não obstante, a Lei garante flexibilidade para que o contrato seja adaptado às características peculiares de cada consórcio, de forma que algumas dessas disposições possam ser suprimidas, como a designação do

¹⁵⁰ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 146-153.

consórcio, a taxa de administração e a contribuição para despesas comuns.¹⁵¹

Vale dizer, entretanto, que todos os elementos exigidos pela Lei nº 6.404/76 ainda não são suficientes para dar segurança jurídica, ainda mais se se considerar a complexidade dos empreendimentos que geralmente requerem a formação de consórcios. O legislador omitiu diversas cláusulas que devem constar do contrato associativo, resultando naquilo que CARVALHOSA classifica como uma “literalidade incompleta”, pois, nas palavras do jurista, “(...) se os diretores das sociedades envolvidas ativerem-se apenas às cláusulas previstas na norma ora em estudo, o contrato consorcial será imperfeito, omissivo e, portanto, tendente a gerar conflitos entre as consorciadas”.¹⁵²

Sem prejuízo, analisam-se a seguir os elementos essenciais, e no entendimento de PENTEADO acima refletido, facultativos do contrato de consórcio, exceto pelo item que trata da definição das obrigações, merecedor de capítulo próprio neste trabalho.

2.1.1 Designação do consórcio

A designação visa a identificar e a distinguir o consórcio perante terceiros¹⁵³, porém, não se trata de elemento obrigatório do consórcio. Não se trata de firma, razão social ou denominação.¹⁵⁴

Não obstante, é fato que o Poder Público exige a designação dos consórcios para nitidamente distingui-los, não aceitando qualquer outra forma de identificação. Na prática, a designação é “de fantasia”, podendo, inclusive, indicar a obra ou o empreendimento objeto do consórcio. A designação será objeto de registro e proteção comercial após registro na junta comercial, e pode ser depositada como marca no INPI.¹⁵⁵

¹⁵¹ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. atualizada e reformulada: Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 1519.

¹⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 463, 4. vol., tomo II.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 464.

¹⁵⁴ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 93.

¹⁵⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 464.

2.1.2 Objeto do consórcio

Diferentemente do que afirma Chenut, a Lei nº 6.404/76 estipula claramente que o objeto do contrato de consórcio é o empreendimento, e não a colaboração.

Assim, a principal característica do consórcio é que este sempre será formado para um propósito específico ou único, para a consecução de determinado empreendimento, seja este interno às consorciadas (consórcio operacional) ou para contratação com terceiros (consórcio instrumental). Não poderá este objeto abranger todas as atividades e objetivos das consorciadas. Nas palavras de CARVALHOSA:¹⁵⁶

Assim sendo, a identificação do seu propósito *específico* constitui a *causa* de sua celebração. Trata-se de uma *declaração da finalidade* do consórcio, a qual configura a natureza plurilateral deste, que está voltado a um objetivo único e temporário, envolvendo determinadas atividades empresariais das sociedades consorciadas. A declaração dessa finalidade (empreendimento que constitua o objeto do consórcio) deverá ser minuciosa e exaustiva.

Leciona EIZIRIK que a identificação precisa e completa do objeto constitui elemento essencial do contrato de consórcio. O autor destaca que, embora o consórcio não possa ser confundido com uma sociedade, o seu objeto, da mesma forma que ocorre com o objeto da sociedade, será sempre o exercício da atividade empresarial definida no contrato.¹⁵⁷

O autor sustenta, ainda, que o empreendimento objeto do consórcio deve ser entendido como “empresa”¹⁵⁸, ou seja, como atividade econômica organizada,

¹⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464, 4. vol., tomo II.

¹⁵⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 565, v. III.

¹⁵⁸ Sobre a caracterização do consórcio como “empresa”, caracterização sempre complexa no contexto do Direito, não parece ser questionada pela doutrina. Para PENTEADO, o correlacionamento entre consórcio e empresa se dá com o afastamento das atividades globais das empresas que o compõem. (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 45). Com efeito, o consórcio parece se enquadrar em alguns dos perfis propostos por Asquini. (ASQUINI, Alberto. *Profilli dell'impresa*. *Rivista dell'Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 104, out-dez, 1996).

voltada para a produção de bens ou serviços.¹⁵⁹

Não obstante, não há óbice, na lei, a que o empreendimento objeto do consórcio não seja atividade de empresa, já que esta se refere a “empreendimento”. Fato é que os consórcios são cotidianamente constituídos para objetos não empresariais e não lucrativos, a exemplo dos consórcios de pesquisa e desenvolvimento¹⁶⁰.

2.1.3 Duração, endereço e foro

O prazo de duração do consórcio é sempre determinado¹⁶¹, geralmente coincidindo com o término do empreendimento, tanto em relação às consorciadas, quanto a terceiros com quem o consórcio tenha contratado. Independentemente do prazo estabelecido, presume-se que o consórcio continuará existindo até a definitiva conclusão ou entrega do empreendimento, pois não se pode admitir a extinção do consórcio pelo término de seu prazo convencional, quando o empreendimento ainda está em curso, com obrigações não cumpridas.¹⁶²

Quanto ao endereço, não deve esse ser confundido com a exigência de uma sede consorcial. Na lição de EIZIRIK, como o consórcio não tem personalidade jurídica, a lei exige apenas que tenha um endereço, não necessariamente uma sede, que constitui o domicílio da pessoa jurídica, nos

¹⁵⁹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 565, v. III.

¹⁶⁰ Segundo Hagedoorn, em geral, esses contratos, cujo objeto é desenvolver projeto de pesquisa e desenvolvimento, regulam o compartilhamento da tecnologia e da pesquisa e desenvolvimento do projeto, entre as empresas consorciadas. Tais empreendimentos implicam a partilha de recursos, geralmente através de grupos de engenheiros e cientistas de cada empresa participante. Os custos de investimento de capital, como laboratórios, escritórios, equipamentos, etc. são compartilhados entre os parceiros. Embora essas parcerias contratuais de P&D tenham um horizonte temporal limitado, devido à sua organização baseada em projetos específicos, essas relações parecem exigir um compromisso relativamente forte de colaboração por parte das empresas participantes e uma sólida interdependência durante o projeto conjunto. Estudos da década de 90 concluíram que formas contratuais (não societárias) de parcerias de P&D tornaram-se modalidades muito relevantes de colaboração, pois seu número e participação no total de parcerias excedeu em muito o de *joint ventures* societária. (HAGEDOORN, John. Inter-firm R&D partnerships: an overview of major trends and patterns since 1960. *Research Policy*, 31, p. 477–492. Disponível em

<<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.494.7273&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em agosto de 2017).

¹⁶¹ Conf. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1150.

¹⁶² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464-465, 4. vol., tomo II.

termos do artigo Código Civil, cuja indicação se faz necessária para fins judiciais ou negociais. Assim, o endereço poderá ser o da consorciada líder ou da administração autônoma do consórcio.¹⁶³

Apesar disso, destaca CARVALHOSA que o legislador, ao falar em “endereço” em vez de “sede”, quis deixar nítida a ausência de personalidade jurídica do consórcio, já que sede é sempre o domicílio de pessoa jurídica.¹⁶⁴

No que tange ao foro, este é o de eleição das consorciadas, admitindo-se a designação de compromisso arbitral.¹⁶⁵

2.1.4 Normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados

O contrato de consórcio deve prever normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados. A partição, todavia, não precisa ser feita na estrita proporção das contribuições financeiras de cada membro, sequer estando as consorciadas obrigadas a trazer qualquer aporte financeiro. É possível, por exemplo, que a consorciada contribua com aptidão técnica.¹⁶⁶

Aliás, os resultados do projeto conjunto, objeto do consórcio, sequer precisam, obrigatoriamente, ser econômicos. Tome-se novamente o caso dos consórcios de pesquisa e desenvolvimento, por exemplo.

2.1.5 Administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração

Conforme leciona EIZIRIK, o órgão de administração e representação do

¹⁶³ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 566, v. III..

¹⁶⁴ Prossegue o autor: “*Esse cuidado, no entanto, foi logo em seguida esquecido pelo legislador ao falar, no parágrafo único, em registro do consórcio no “lugar da sua sede”. Essa ambiguidade não é relevante, visto que a determinação do “endereço” tem como função fixar o domicílio judicial e negocial do consórcio. É portanto íntima a relação entre “endereço” e “foro”. A prática tem adotado, quanto a esse requisito literal, a sede da sociedade líder, ou o endereço da administração autônoma do consórcio.*” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 465, 4. vol., tomo II).

¹⁶⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 567, v. III..

¹⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 467.

consórcio pode ser interno – o líder – ou externo, quando se contrata outra entidade ou pessoa determinada para exercer tais funções. Nos consórcios em que a atividade a ser desenvolvida for de maior complexidade, o autor recomenda, ainda, a contratação de administradores profissionais para desempenharem as atribuições de gestão e representação.¹⁶⁷

Embora frequente nos consórcios operacionais, a taxa de administração é facultativa, tanto quando a administração é entregue à sociedade líder, quanto se instituída uma direção autônoma. Nos consórcios instrumentais, as despesas de administração são menores, na medida em que o seu objeto será o de contratar com terceiro.¹⁶⁸

2.1.6 Deliberação sobre assuntos de interesse comum

É indispensável que o contrato estabeleça as normas sobre a sua administração, contabilização e representação das consorciadas. Inequívoco, igualmente, que o consórcio tem capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, o que faz mediante órgãos de administração e representação, que podem ser formados por pessoas diversas das consorciadas. A administração do consórcio compreende a representação externa e a gestão dos negócios internos da entidade, à semelhança do que ocorre nas sociedades personificadas.¹⁶⁹

Entretanto, vale destacar que o *quórum* deliberativo não será, obrigatoriamente, relacionado ao aporte de recursos de cada parte, mas livremente pactuado entre as consorciadas pelo critério da relevância estratégica. Assim, a consorciada que contribui apenas com aportes técnicos poderá ter relevância superior àquela consorciada que irá arcar com todos os recursos financeiros e patrimoniais necessários à consecução do empreendimento.¹⁷⁰

No que concerne aos assuntos a serem regulados, em que pese tratar-se

¹⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 470, 4. vol., tomo II).

¹⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedade anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469, 4. vol.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

de estudo voltado às *joint ventures* societárias, importa refletir sobre as conclusões de FILKENSTEIN (2008) em relação às previsões contratuais que devem ser inseridas nos documentos societários que venham a regulamentar as *joint ventures*.

Sugere a jurista, há previsão de regramento sobre os seguintes temas:¹⁷¹

- (i) devem ser identificados os assuntos relevantes para a *joint venture*;
- (ii) para as decisões relevantes deve ser majorado o quórum de deliberação;
- (iii) a administração deve ser dividida em dois órgãos;
- (iv) a administração deve ser profissionalizada;
- (v) o acesso à informação deve ser igual a ambos os *co-venturers*;
- (vi) devem ser previstas formas de resolução de conflitos;
- (vii) a valoração das contribuições dos *co-venturers* deve sempre ser atualizada;
- (viii) metas administrativas devem ser estabelecidas;
- (ix) cláusulas de não concorrência devem ser previstas;
- (x) soluções de *dead lock* devem ser previstas;
- (xi) mudanças de controle devem ser sempre implementadas por todos os *co-venturers*;
- (xii) cláusulas de preferência, *tag-along* e *drag-along*, se for o caso;
- (xiii) política de dividendos;
- (xiv) responsabilidade dos *co-venturers*.

Com exceção dos itens xii e xiii, parece-nos perfeitamente aplicável aos contratos de consórcio a sugestão da docente.

Ainda, para EIZIRIK, nos casos de consórcios de longa duração, é conveniente que o contrato disponha sobre: (i) a eventual adesão de novas consorciadas; (ii) as hipóteses de exclusão de consorciadas; (iii) rescisão contratual; e (iv) rescisão do contrato por acordo mútuo.¹⁷²

Acerca da admissão de outros terceiros, entende CARVALHO que a constituição da *joint venture* obedece a um critério personalíssimo, e, desta forma não se pode admitir a entrada posterior sem prévia anuência de todos os participantes, pois o novo parceiro deve obedecer aos critérios do planejamento estratégico anteriormente analisado, e possuir competências necessárias e adequadas para complementar estas competências, viabilizando o

¹⁷¹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Gestão e Controle*. Série GVLaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 267-268.

¹⁷² EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 571, v. III. .

empreendimento.¹⁷³

Ainda sobre a entrada de terceiros, importa destacar a possibilidade de mudança de controle de consorciada, e suas consequências para o consórcio especialmente no que tange às questões relacionadas à confidencialidade. MILTON afirma, citando BOULTON, que o contrato de constituição do consórcio deve conter disposição determinando que, no caso de mudança de controle de qualquer dos integrantes do consórcio, este deverá, se solicitado por qualquer outro membro, retirar-se do consórcio e transferir sua “participação” para qualquer pessoa ou empresa designada pelos outros consorciados.

*The agreement should ... provide that in the event of a constituent coming under the control of any other corporation it should, if called upon so to do by any other constituent, withdraw from the consortium and transfer its share to any person or company nominated by the other constituents. The reason for this is that co-operation in a consortium involves the sharing of a great deal of confidential information, not only in the matter of technical data, prices and the like, but also in the more subtle insight into mental attitudes and methods of doing business that comes from working together. The possibility of take-over bids must be kept in mind. Take-over can make the once-independent company into the puppet of a competitor, can overnight change a friend and collaborator into an object of distrust.*¹⁷⁴

É indispensável, ainda, que os contratos de consórcio prevejam formas de resolução de controvérsias, haja vista envolverem partes independentes entre si, as quais, frequentemente, são concorrentes e possuem interesses opostos, fora da relação da parceria.

Sobre o foro de eleição nas *joint ventures*, afirma CARVALHO que, a fim de se evitar problemas e de gerar maior credibilidade jurídica e comercial, a prática demonstra que a arbitragem é a melhor forma de solucionar conflitos dentro deste

¹⁷³ CARVALHO, Patrícia. Joint Venture - Um Olhar Voltado para o Futuro. *Revista de Direito Privado*, vol. 6, p. 162-172, abr-jun/2001. DTR\2001\662. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

¹⁷⁴ MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. *Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017.

grupo de contratos que se formou.^{175 176}

Em qualquer hipótese, vale destacar a lição de EIZIRIK, segundo a qual, na análise das decisões a serem tomadas pelas consorciadas, é necessário distinguir deliberações que dizem respeito ao funcionamento do consórcio e à consecução de seu objeto, sem afetar o acordo de vontades originalmente celebrado, e deliberações que impliquem modificações no contrato. Isso porque, na primeira hipótese, no silêncio do contrato, cabe a deliberação por maioria absoluta dos consorciados. Contudo, a modificação do contrato somente pode ser efetuada por decisão unânime dos membros do consórcio (salvo disposição contratual em contrário), já que, sendo o consórcio instituto jurídico de natureza contratual, subordina-se à aplicação do princípio da intangibilidade das disposições contratuais, que não podem ser alteradas por maioria.¹⁷⁷

Quanto à forma de deliberação, as partes são livres para estipular quantos votos caberá a cada consorciada, não havendo qualquer exigência legal que determine como deve ser atribuído do direito a voto, sendo perfeitamente

¹⁷⁵ MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. *Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1, p. 169. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017.

¹⁷⁶ No mesmo sentido: “*Problemas ocorrerão durante o tempo de duração do negócio. Alguns problemas são previsíveis pelas partes, mas é cognitiva e economicamente impossível às partes preverem ex ante a forma mais eficiente de sua solução. Isso torna fundamental, portanto, a escolha de um adequado mecanismo de resolução de disputas ex post. Dessa forma, expertise e agilidade na decisão que julga o litígio entre as partes de uma joint venture estimulam para que se opte, ex ante, pela via arbitral inserta em cláusula compromissória. São raras as situações ex post em que as partes conseguirão resolver suas disputas pela arbitragem sem uma cláusula arbitral previamente negociada. Quando a joint venture for internacional, para que se possa equilibrar a disputa sem que se acresça no risco de favorecimento ao nacional, o juízo arbitral parece ser a solução adequada, uma vez que os árbitros serão escolhidos em conjunto e da confiança dos co-ventures. Tal problema acentua-se quando uma das partes for o próprio governo, através de suas estatais, sendo então recomendável a inclusão da cláusula compromissória no contrato, inclusive, para os nacionais que formalizam parcerias com as empresas do Estado. Além disso, quando envolvidas em litígio, as joint ventures que empregam alta tecnologia demandam que os julgadores possuam os conhecimentos adequados na área, o que é possível através da livre escolha dos árbitros.*” (TIMM, Luciano Benetti; RODRIGUES, Marcelo Borges. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 21, abr-jun/2009. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

¹⁷⁷ O autor destaca, ainda, que o art. 2.607 do Código Civil Italiano está alinhado com esse entendimento: “*Art. 2607 Modificazione Del contratto. Il contratto, se non è diversamente convenuto, non può essere modificato senza il consenso di tutti i consorziati. Le modificazioni devono essere fatte per iscritto sotto pena di nullità (1350, 1418 e seguenti, 2725)*”, assim como p art. 370 da Lei de Sociedades Comerciais da Argentina, ao estabelecer que não se pode introduzir qualquer modificação no contrato de consórcio, sem o consentimento unânime dos participantes. (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 570, v. III)..

possível, inclusive, que número de votos atribuído às consorciadas não tenha qualquer relação com o aporte financeiro. O contrato pode estabelecer, por exemplo, que a consorciada que contribui com tecnologia tenha maior quantidade de votos que aquela que contribui com recursos financeiros.¹⁷⁸

2.1.7 Contribuição de cada consorciado para as despesas comuns

Segundo CARVALHOSA, a criação de um fundo comum é geralmente necessária para a cobertura de pequenos gastos, como será o caso de consórcios instrumentais, ou para atender grandes despesas próprias dos consórcios operacionais. O fundo, assim, destaca-se do patrimônio das consorciadas, tornando-se patrimônio separado, gerido pela administração do consórcio.¹⁷⁹

A divisão das contribuições para o fundo comum também não será, necessariamente, proporcional, devendo levar em conta a natureza e a função das prestações que cada membro trará ao consórcio.¹⁸⁰

Não obstante, o artigo 279 da Lei nº 6.404/76 não faz referência a fundo consorcial, mas, sim, à contribuição para despesas comuns. Assim, não há, no Brasil, exigência legal de constituição dessa reserva, diferentemente do que ocorre na Itália, como será tratado mais adiante.

2.1.8 Responsabilidade das consorciadas na Lei nº 6.404/76 e em outras áreas do Direito

Validamente, conforme ensina LEÃES (2004) nos consórcios “informais”, ou seja, nos contratos de colaboração interempresarial que não se revestem da forma legal dos consórcios, há sempre a possibilidade de sua eventual configuração como sociedade irregular ou de fato, cuja caracterização gera às empresas participantes o risco de se lhes atribuir responsabilidade solidária e ilimitada. Nos consórcios regularmente constituídos, entretanto, inexistente essa

¹⁷⁸ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 569, v. III).

¹⁷⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedade anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 470, 4. vol..

¹⁸⁰ Idem.

presunção de solidariedade, que só pode se dar se expressamente prevista no instrumento constitutivo. Ausente essa previsão de solidariedade, as consorciadas só se obrigam nas condições expressamente previstas no contrato (art. 279, IV).

181

Percebe-se, desde logo, que a tipificação do contrato de consórcio e a existência de uma regência legal atinente à responsabilidade das partes faz com que a celebração de contrato de consórcio se mostre mais interessante que a criação de uma parceria ou aliança empresarial, uma *joint venture* contratual ou outra forma atípica de colaboração, pois que dotada de segurança jurídica imensamente superior, permitindo, assim, maior previsibilidade e economia nos custos de transação.

Afirma COMPARATO que, de modo claro e incontestável, a lei afasta a responsabilidade solidária ou mesmo subsidiária dos consorciados por débitos contraídos no exercício do objeto consorcial (art. 278, § 1º), ainda que sobrevivendo a falência de uma delas (mesmo artigo, § 2º), o que não significa, todavia, que a solidariedade não possa ser estipulada por terceiro credor ou contratante do consórcio, ou exigida pela autoridade administrativa, como nos consórcios de execução de obras públicas.¹⁸²

Assim, a Lei nº 6.404/76 é clara ao determinar que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

Sob o ponto de vista interno, portanto, não há dúvida de que a ausência de

¹⁸¹ Nas palavras do autor: “*Esse regime especial de responsabilidade, porém, não esgota as potencialidades do consórcio, que se revela como uma forma jurídica mais flexível e adaptável para plasmar a colaboração entre empresas, mormente quando tenham interesse em preservar as independências respectivas, como ocorre no presente caso. Com efeito, ao contrário das sociedades comerciais, cujos requisitos vêm balizados pela lei, o consórcio dispõe da maior liberdade para se estruturar. Essa vantagem do consórcio melhor se evidencia quando examinamos os requisitos essenciais exigidos por lei para o seu contrato de constituição. Essas cláusulas mínimas – ou essenciais – do contrato de consórcio vêm elencadas no art. 279 da Lei 6.404, e atribuem às partes contratantes ampla liberdade de pactuação*”. (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, p. 521).

¹⁸² COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 208 e 209.

solidariedade é eficaz, salvo disposição em contrário.¹⁸³

Contudo, essa regra não é sem suas críticas. PENTEADO considera que a Lei nº 6.404/76 foi infeliz ao afastar a presunção de solidariedade das consorciadas, sustentando não haver grandes consequências à inversão da regra, com a consignação da presunção da responsabilidade solidária dos consorciados:

Não se pode dizer que a orientação da Lei 6.404 a respeito da responsabilidade dos participantes tenha sido das mais felizes, a começar por não estabelecer a presunção de solidariedade. Quanto a esta, sem embargo das considerações de ordem fáctica que teriam norteado a conduta do legislador (...) não vemos maiores óbices à inversão da regra, com o estabelecimento da presunção da responsabilidade solidária dos consorciados, seguida da possibilidade de sua supressão no trato com terceiros, segundo a diretriz do Direito francês. Esta solução parece que não criaria maiores obstáculos à formação de consórcios para a realização de grandes obras, visto que quando estas são contratadas pelo Poder Público, no regime legal vigente, a solidariedade deverá ser estabelecida (Decreto 73.140/73), ao passo que para outros empreendimentos restaria o caminho de vedar-se a criação do vínculo solidário por via contratual.¹⁸⁴

No entanto, ao tratar do problema da solidariedade nas *joint ventures*, FRAZÃO relativiza a inaplicabilidade da responsabilidade solidária, mesmo nos consórcios, perante terceiros prejudicados, tenham eles contratado com o consórcio ou não:

Nem se afirme que a questão seria facilmente resolvida com a aplicação analógica da disciplina dos consórcios, a fim de afastar a responsabilidade solidária dos contratantes. Em primeiro lugar, é

¹⁸³ LOBO ainda entende que, mesmo perante terceiros, ainda que não arquivado o contrato no registro de comércio, não se presume a solidariedade, exceto em decorrência de previsão contratual: *“Como o contrato de consórcio não registrado carece de eficácia perante terceiros, cada consorciada responde isolada e integralmente pelas dívidas relativas aos negócios que celebrou ou pelos danos que causou em função do empreendimento comum, ainda que o contrato de consórcio disponha de outro modo, como admite o inc. IV do art. 279 da LSA. Todavia, o credor poderá exigir seu crédito de acordo com o previsto no contrato de consórcio não registrado, se for de seu interesse. Em suma, a falta de registro do contrato não acarreta a responsabilidade solidária das consorciadas pelas dívidas pertinentes ao consórcio. A consequência da falta de registro é a ineficácia perante terceiros das cláusulas e condições do contrato de consórcio. O entendimento de que o consórcio não registrado equipara-se à sociedade em comum assenta no falso pressuposto, já contestado, de que o consórcio é uma espécie de sociedade. Com efeito, só pode ser sociedade em comum o que, antes de tudo, é uma sociedade.”* (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Contratos Associativos - Sociedade e Consórcio. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 66, out- dez/2014. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

¹⁸⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 154.

duvidoso que tal regra legal tenha incidência em todos os desdobramentos das atividades das consorciadas, especialmente no que diz respeito aos interesses difusos que podem ser violados com a realização da empresa comum. Em segundo lugar, é inequívoco que, mesmo no que diz respeito às relações contratuais simétricas entabuladas pelo consórcio, a regra autorizadora do afastamento da responsabilidade solidária entre os contratantes é prevista em contexto no qual os terceiros são minimamente protegidos.¹⁸⁵

Sem prejuízo do acima, quando se tratar de contratação de consórcio pela administração pública por meio de licitação, as consorciadas são sempre solidariamente responsáveis perante a administração pública, nos termos do inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/93.¹⁸⁶

Além disso, a Lei nº 12.402, de 02 de maio de 2011, que regula o cumprimento de obrigações tributárias por consórcios que realizarem contratações de pessoas jurídicas e físicas, também impõe a solidariedade das consorciadas, inclusive se a retenção de tributos ou o cumprimento das obrigações acessórias relativos ao consórcio forem realizados por sua empresa líder.

Igualmente, a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que, em relação a obrigações trabalhistas, os membros do consórcio são solidariamente responsáveis.¹⁸⁷

Assim, percebe-se que, sob o ponto de vista externo, a responsabilidade

¹⁸⁵ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016.

¹⁸⁶ Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

¹⁸⁷ TST - RR 1000509-69.2014.5.02.0606 - 2.ª Turma - j. 22/6/2016 - julgado por Delaide Miranda Arantes - Área do Direito: Trabalho. - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Demonstrada possível divergência jurisprudencial válida e específica, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de equiparar o consórcio de empresas ao grupo econômico, no que diz respeito à aplicação das leis trabalhistas. Esse entendimento observa o princípio da primazia da realidade, evitando a fraude e o abuso de direito, e confere maior eficácia aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Recurso de revista conhecido e provido.

das consorciadas pode ser solidária, em relação a determinadas obrigações.

2.2 Enquadramento Legal do Consórcio de Empresas em Outros Ordenamentos

Passaremos, nesta parte do trabalho, a analisar o enquadramento legal do contrato de consórcio em países de tradição civilista, mais especificamente Portugal e Itália¹⁸⁸. A escolha dos aludidos ordenamentos se deu em razão de seu avançado estágio de evolução em Direito Comercial, e da importância que a eles é conferida pela doutrina nacional.

2.2.1 Portugal

O tratamento legal conferido aos consórcios em Portugal merece destaque. Diferentemente do Brasil, a característica colaborativa do consórcio é expressamente prevista pela regulamentação, como se percebe a partir da análise do preâmbulo do Decreto-Lei nº 231/81¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Não há enquadramento legal específico do contrato de consórcio no ordenamento francês, permanecendo esta figura como contrato atípico neste país.

¹⁸⁹ Consta do preâmbulo do Decreto-Lei nº 231/81, com destaques nossos: “*Com o presente diploma, o Governo revela mais uma vez o seu empenho em colocar à disposição dos agentes económicos instrumentos jurídicos actuais ou actualizados, simples e seguros, onde possam aparecer-se tipos de empreendimentos que a prática criou ou pelo menos tem vindo a esboçar. Aparecem regulados neste diploma dois contratos utilizáveis na cooperação entre empresas: um, velho, que se retende remoçar - o contrato de associação em participação; outro, novo, que se pretende consagrar - o contrato de consórcio. Quanto ao primeiro, o intuito do diploma é apenas de actualização e esclarecimento. Sob o nome de 'associação em conta em participação', o contrato era regulado no Código Comercial de 1833, e à 'conta em participação' são dedicados os artigos 224.º a 227.º do Código Comercial vigente. Frequentes têm sido, contudo, nos nossos tribunais os litígios relativos a contas em participação causados pela escassez de regulamentação no Código. Procura-se agora actualizar e alargar essa regulamentação, sem, no entanto, asfixiar a autonomia negocial, que nestes sectores concorre mais do que os legisladores para o progresso dos institutos jurídicos. No que se refere ao segundo - o contrato de consórcio -, sendo embora conhecido na prática portuguesa, a lei tem-no esquecido. A sua criação legislativa vem assim dar enquadramento legal a uma forma de cooperação entre empresas, que pode ser dirigida a vários objectivos, mas exige sempre simplicidade e maleabilidade. Os propósitos práticos dos interessados e a própria natureza das relações que entre si estabelecem para certos fins afastam os seus negócios, muitas vezes, dos tipos tradicionais, onde só um aberrante conservadorismo jurídico pode teimar em encerrá-los. Por exemplo, quando várias empresas se reúnem para a execução de uma importante obra pública ou privada, é tão absurdo forçá-las a constituir entre si uma sociedade, numa das espécies de sociedades comerciais, como, tendo elas afastado voluntariamente esse tipo de enquadramento pretender que afinal foi uma sociedade e ainda por cima irregular - que elas efectivamente constituíram. Os exemplos podem multiplicar-se se pensarmos na reunião de empresas apenas para o estudo preparatório de um empreendimento a cuja execução depois elas concorram; nas associações para pesquisa e exploração de recursos naturais, em que os associados, públicos ou privados, queiram repartir os produtos extraídos e não os lucros da exploração, etc. Está internacionalmente em voga a expressão joint venture para*

Referido diploma define, em seu artigo 1º, a figura do consórcio como o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas, que exercem uma atividade econômica se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa atividade ou efetuar certa contribuição com o fim de prosseguir qualquer dos objetos ali indicados.

Acerca dessa atividade, asseverou VENTURA que não se trata da atividade do consórcio, mas, sim, da prestação de cada parte para o objeto:

A "actividade" cuja realização o artigo 1º prevê como objecto das obrigações de cada membro do consórcio não é uma actividade global do consórcio, mas sim uma actividade individual de cada membro; basta ver que no mesmo plano estão colocados o "realizar certa actividade" e o "efectuar certa contribuição" e quanto a esta segunda hipótese é inconcebível uma "contribuição global de consórcio". A respeito da actividade objecto da obrigação, a lei apenas diz que ela deve ser uma certa actividade, o que, aliás, já constituía requisito geral das obrigações. Normalmente haverá coincidência entre a actividade geral e anterior do contraente e a actividade a que ele se obriga no consórcio, mas essa relação não pode ser exigida ao ponto de, por exemplo, não ser admitida a um consórcio uma empresa que, no âmbito do consórcio, inicie uma nova actividade. A actividade deve ser juridicamente considerada do contraente, embora parte dela seja realizada por outras entidades, através dos instrumentos jurídicos normais.¹⁹⁰

No mesmo sentido, o Decreto-Lei 3, de 8 de Janeiro de 1997 - I Série- A, que dá execução à autorização legislativa concedida ao Governo para clarificar o

designar associações momentâneas ou duradouras que não preencham os requisitos das sociedades comerciais (e até, às vezes, quando os preenchem) e, se a expressão é pelo menos no nosso sistema, desprovida de conteúdo jurídico rigoroso, a realidade existe e deve ser reconhecida. O contrato agora expressamente regulamentado no nosso direito aparece chamado de 'consórcio', por ser esse denominação que a nossa prática tem consagrado e cobre grande parte das chamadas unincorporated joint ventures. Não se confunde com as sociedades comerciais nem com os agrupamentos complementares de empresas, pois diferentes são os seus elementos. Quanto às sociedades, basta notar que os membros do consórcio não exercem uma actividade em comum, pois cada um continua a exercer uma actividade própria, embora concertada com as actividades dos outros membros. Quanto ao agrupamento complementar de empresas, visa também fins de cooperação entre empresas, mas em campos e com estruturas muito diversas das do consórcio. Na regulamentação do contrato de consórcio constante do presente diploma predominam preceitos supletivos. Como já acima se disse, não é intuito do Governo estancar a imaginação dos interessados, mas, sim, por um lado, criar as grandes linhas definidoras do instituto e, por outro, fornecer uma regulamentação tipo da qual os interessados possam afastar-se quando julguem conveniente e à qual eles possam introduzir os aditamentos que considerem aconselháveis." Disponível em http://www.dgpi.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-viii-leis/pdf-viii-2/dl-231-1981/downloadFile/file/DL_231_1981.pdf?nocache=1182437448.06. Acesso em 06/07/2017.

¹⁹⁰ VENTURA, Raul. *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*. p.638. Disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B3d8df1be-60d0-4d5e-9eb4-db46277ffde0%7D.pdf>>, acesso em junho de 2017.

regime fiscal em IRS e IRC aplicável a contratos de associação em participação, associação à quota e consórcio, constante do artigo 29º da Lei nº 10-B/96, de 23 de Março, assim dispõe em seu preâmbulo:

Constitui característica essencial do contrato de consórcio a concertação das actividades dos consorciados. Mas essa concertação, da maior relevância empresarial na medida em que favorece a prossecução coordenada de um objectivo comum, não funde as actividades respectivas, que continuam a ser realizadas de forma individual, sem edificação de qualquer substrato patrimonial comum ou ente personalizado. Por esta razão, não pode realmente falar-se a propósito do consórcio de “rendimentos dele derivados” ou de lucros ou perdas comuns passíveis de partilha. Daí a opção, assumida no presente diploma, de deixar de enquadrar fiscalmente o consórcio em termos especiais, integrando os rendimentos dele pretensamente derivados na categoria de rendimentos de capitais, com a natural consequência de tributar os rendimentos resultantes da actividade desenvolvida por cada um dos membros do consórcio, dentro ou fora do âmbito deste, nos termos gerais.

Segundo VASCONCELOS (1995), pode-se considerar o contrato de consórcio como um contrato de cooperação, pois, ao colocar a concentração de actividades e contribuições como elemento central da definição legal, o legislador insere este contrato ângulo dos contratos de cooperação ou colaboração.¹⁹¹

No mesmo sentido, sustentou VENTURA:

A "forma concertada" exprime o fim de cooperação ou colaboração entre os contraentes. Não é possível descrever a "forma concertada" senão muito genericamente: ela há-de consistir numa conjugação das actividades individuais para a realização dalgum dos objectos do consórcio nunca ou quase nunca poderá fixar com absoluto rigor os termos da conjugação, pois esta é evolutiva, dependendo do desenvolvimento futuro do objecto do contrato. O contrato de consórcio é, pois, um contrato de colaboração ou cooperação, embora não possam esperar-se muitos resultados úteis de tal classificação.¹⁹²

¹⁹¹ Prossegue o autor: “ (...) o elemento central do contrato de consórcio é a obrigação de concertação que as partes assumem, sem a qual o contrato de consórcio perde a sua razão de ser e a sua especificidade. Os membros do consórcio, independentes entre si, obrigam-se a combinar, a ajustar, a harmonizar e a compatibilizar as respectivas actividades ou contribuições, de forma a ser alcançado o fim comum. Esta acção de concertação é uma forma de cooperação.” VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995, p.218.

¹⁹² VENTURA, Raul. *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*. p. 638. Disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B3d8df1be-60d0-4d5e-9eb4-db46277ffde0%7D.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

Percebe-se, com relativa facilidade, que o sentido atribuído pelo autor à finalidade de cooperação ou colaboração do contrato de consórcio é o de conjugação das atividades das partes na execução do objeto, de integração das parcelas do objeto a que se obrigaram no contrato a fim de permitir a boa consecução do escopo comum, e não, necessariamente, relacionado aos deveres de colaboração das partes. Essa distinção será tratada no próximo capítulo do presente estudo.

Sem prejuízo, a concertação das atividades, obrigação principal assumida pelos consortes, não pode ser executada de forma cabal sem que exista entre as partes o *animus cooperandi*, uma vez que a concertação exige um espírito de colaboração entre as partes, sem o qual não é possível ultrapassar todas as dificuldades não previstas que poderão surgir no decurso da execução do contrato.¹⁹³

Doutra face, assim no ordenamento português como aqui, as partes do contrato de consórcio devem estar numa posição de igualdade, não sendo admitida qualquer forma de subordinação entre os consorciados.¹⁹⁴

Ademais, conforme se aduz da leitura do artigo 5º do Decreto-Lei nº 231/81, os consórcios podem ser classificados como internos e externos:

ARTIGO 5.º (Modalidades de consórcio)

1 - O consórcio diz-se interno quando:

- a) As actividades ou os bens são fornecidos a um dos membros do consórcio e só este estabelece relações com terceiros;
- b) As actividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, sem expressa invocação dessa qualidade.

2 - O consórcio diz-se externo quando as actividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, com expressa invocação dessa qualidade.

Interessante notar a possibilidade prevista na alínea “a”, que se assemelha vagamente à sociedade em conta de participação (ou associação em participação, no ordenamento luso).

¹⁹³ VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995, p.218.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p.206.

Sem prejuízo, o Decreto-Lei nº 231/81 também estabelece os deveres mínimos dos membros do consórcio, a saber:

ARTIGO 8.º (Deveres dos membros do consórcio)

Além dos deveres gerais decorrentes da lei e dos deveres estipulados no contrato, cada membro do consórcio deve:

- a) Abster-se de estabelecer concorrência com o consórcio, a não ser nos termos em que esta lhe for expressamente permitida;
- b) Fornecer aos outros membros do consórcio e em especial ao chefe deste todas as informações que considere relevantes;
- c) Permitir exames às actividades ou bens que, pelo contrato, esteja adstrito a prestar a terceiros.

Como se vê, o artigo 8º estabelece alguns dos deveres de colaboração impostos aos membros do consórcio, notadamente o dever de não concorrência e o dever de informação.

O artigo 10º, por sua vez, enumera as situações que podem dar ensejo à resolução do contrato de consórcio por justa causa:

ARTIGO 10.º (Resolução do contrato)

1 - O contrato de consórcio pode ser resolvido, quanto a alguns dos contraentes, por declarações escritas emanadas de todos os outros, ocorrendo justa causa.

2 - Considera-se justa causa para resolução do contrato de consórcio quanto a algum dos contraentes:

- a) A declaração de falência ou a homologação de concordata;
- b) A falta grave, em si mesma ou pela sua repetição, culposa ou não, a deveres de membro do consórcio;
- c) A impossibilidade, culposa ou não, de cumprimento da obrigação de realizar certa actividade ou de efectuar certa contribuição.

3 - Na hipótese da alínea b) do número anterior, resolução do contrato não afecta o direito à indemnização que for devida.

Percebe-se que, no ordenamento português, há clara possibilidade de resolução do contrato quanto a alguns contratantes em caso de falta grave, suprimindo a insegurança deixada pela impossibilidade de rescisão de contrato plurilateral pelo inadimplemento.

Note-se, ainda, que a falta grave trazida pelo artigo 8º é referente a “deveres de membro do consórcio”, e não a “obrigação”, como trata o item referente ao inadimplemento (alínea “c”). Como se verá adiante, o conceito de dever jurídico é mais amplo que o de obrigação, podendo levar à interpretação de que a inobservância de dever jurídico também é causa para resolução do contrato

de consórcio, porém isso será tratado no capítulo próximo.

Não obstante, é interessante destacar, ainda, o disposto no artigo 13 do mencionado decreto, que trata do chefe do consórcio:

Na falta de estipulação contratual que as defina, as funções internas do chefe do consórcio consistem no dever de organizar a cooperação entre as partes na realização do objecto de consórcio e de promover as medidas necessárias à execução do contrato, empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Interpretando a figura do “chefe do consórcio” como a versão lusa da consorciada líder, percebe-se que, em Portugal, ao contrário do Brasil, a necessidade de uma liderança para bom funcionamento da cooperação é expressamente prevista em lei. Isso porque o artigo 12 do Decreto-Lei nº 231/81 impõe a existência de chefe do consórcio nos consórcios externos, o que não ocorre na Lei nº 6.404/76.¹⁹⁵

Verifica-se que, no ordenamento português, o consórcio possui regramento muito mais extenso do que o proporcionado pela lei brasileira, havendo clara referência à sua natureza colaborativa ou cooperativa, além da positivação de determinados deveres colaboração que extrapolam os deveres aplicáveis aos contratos em geral (art. 8º). A lei contém, igualmente, a previsão, fundamental, diga-se de passagem, da possibilidade de resolução do contrato quanto a alguns contratantes em caso de falta grave nos deveres de consorciado, o que também não se verifica no regramento nacional.

2.2.2 Itália

O consórcio de empresas, no ordenamento italiano, é regulado pelos artigos 2601 a 2620 do Codice Civile. Vale reproduzir os dois artigos iniciais do

¹⁹⁵ Segundo Rui Pinto Duarte: “(...) *nalguns consórcios há lugar à designação de um “chefe de consórcio”, o qual, porém, não goza de poderes de representação dos demais, salvo se esses poderes lhe forem atribuídos por procuração. Cada membro do consórcio só responde perante terceiros pelas obrigações contraídas pelos demais se isso resultar dos contratos celebrados com os terceiros relevantes sendo de sublinhar que o art. 19 do Dec.-Lei 231/81 afasta o regime de solidariedade consagrado em geral para as obrigações comerciais no art. 100 do CCom.*” (DUARTE, Rui Pinto. In *Direito das Sociedades em Revista*, v. 4, ano 2, p. 142, set. 2010. Semestral).

normativo:

Art. 2602. Nozione e norme applicabili.

Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali.

Art. 2603. Forma e contenuto del contratto.

Il contratto deve essere fatto per iscritto sotto pena di nullità.

Esso deve indicare:

- 1) l'oggetto e la durata del consorzio;*
- 2) la sede dell'ufficio eventualmente costituito;*
- 3) gli obblighi assunti e i contributi dovuti dai consorziati;*
- 4) le attribuzioni e i poteri degli organi consortili anche in ordine alla rappresentanza in giudizio;*
- 5) le condizioni di ammissione di nuovi consorziati;*
- 6) i casi di recesso e di esclusione;*
- 7) le sanzioni per l'inadempimento degli obblighi dei consorziati.*

Se il consorzio ha per oggetto il contingentamento della produzione o degli scambi, il contratto deve inoltre stabilire le quote dei singoli consorziati o i criteri per la determinazione di esse.

Se l'atto costitutivo deferisce la risoluzione di questioni relative alla determinazione delle quote ad una o più persone, le decisioni di queste possono essere impugnate innanzi all'autorità giudiziaria, se sono manifestamente inique od erronee, entro trenta giorni dalla notizia.

É fácil perceber que os dois artigos do normativo pátrio possuem certa similaridade aos artigos 2602 e 2603 do CC italiano, especificamente em relação ao conteúdo do contrato constitutivo. Contudo, a lei italiana possui particularidades em relação ao consórcio de empresas, mormente no que diz respeito à distinção entre consórcios internos e externos.

Segundo PENTEADO e SILVA, os consórcios italianos, na redação original do art. 2.602 do código civil, só podiam ser constituídos por empresas que exercessem a mesma atividade econômica, ou atividades conexas. Somente em 1976, quando da edição da Lei nº 377, em 10 de maio de 1976, que alterou o referido código, passou a ser admitida a constituição de consórcios por empresas dedicadas a atividades diversificadas.¹⁹⁶

Sobre esse aspecto, leciona PENTEADO que a promulgação da Lei nº 377, de 1976, teve intuito de remover obstáculos e permitir que os consórcios pudessem desenvolver todas as potencialidades que lhes são reconhecidas

¹⁹⁶ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 122. No mesmo sentido, SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 55.

atualmente. Assim, a referida lei alterou a definição do contrato de consórcio, que na redação original do art. 2.602 se caracterizava como aquele contrato celebrado entre os “exercentes de uma mesma atividade econômica ou atividades econômicas conexas”, passando o referido artigo a ler “com o contrato de consórcio, vários empresários constituem uma organização comum para a disciplina ou para o desenvolvimento de determinadas fases das respectivas empresas.”¹⁹⁷

Os consórcios são regulados, no Código Civil italiano, no Capítulo II do Título X, Livro Quinto, cujo conteúdo foi estruturado em seções, sendo que a primeira contém disposições aplicáveis a todos os consórcios voluntários (Seção I, arts. 2.602 e 2.611), seguida de uma segunda seção (arts. 2.612 a 2.615), relativa aos consórcios que mantêm relações com terceiros. A terceira seção (arts. 2.616 e 2.617) regula os consórcios obrigatórios¹⁹⁸, sendo que os arts. 2.619 e 2.620 desta versam sobre o controle estatal a que estão submetidos os consórcios. PENTEADO destaca que o art. 2.620, ao determinar que as disposições de controle se aplicam também às sociedades constituídas para os fins previstos no art. 2.602, reconhece expressamente os consórcios-societários.¹⁹⁹

Nos termos do artigo 2612, se o contrato de consórcio prevê o estabelecimento de um escritório destinado a realizar uma atividade com terceiros, os chamados consórcios externos, um extrato do contrato deve, no prazo de trinta dias após a conclusão, ser levado a registro no registro de empresas do local onde o escritório está localizado.

Também para os consórcios externos, o código civil italiano exige a formação de “fundo consórcil” ou “fundo consorcial”, a partir de contribuições dos membros do consórcio e os ativos adquiridos com essas contribuições. Durante a duração do consórcio, os membros do consórcio não podem solicitar a divisão do

¹⁹⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Op. cit., p. 124.

¹⁹⁸ Nos termos do normativo, a autoridade governamental, após consulta das empresas interessadas, pode determinar o estabelecimento de consórcios obrigatórios entre empresas do mesmo ramo ou de ramos similares de atividade econômica, ainda que para áreas específicas, se tal transação atender às necessidades de organização de produção. Do mesmo modo, os consórcios voluntários podem ser transformados em obrigatórios se se enquadrarem nessas características.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 124.

fundo, e os credores particulares dos membros do consórcio não podem demandar seus direitos sobre o fundo (art. 2614).

De acordo com o artigo 2615²⁰⁰, pelas obrigações assumidas em nome do consórcio por seus representantes legais, terceiros somente podem demandar seus direitos sobre o fundo consorcial. Os consorciados respondem solidariamente com o fundo consorcial apenas pelas obrigações assumidas pelos órgãos do consórcio em nome dos membros individuais do consórcio. Não obstante, em caso de insolvência nas relações entre os membros do consórcio, a dívida do insolvente é dividida entre todos em proporção de suas quotas-parte.

Verifica-se, portanto, a importância da constituição do fundo consórcil, que não possui previsão na lei nacional.

No mais, a lei italiana ainda é taxativa ao estabelecer que o contrato de consórcio, salvo disposição em contrário, não pode ser alterado sem o consentimento de todos os membros.

Percebe-se que o Código Civil italiano prevê regramento extenso e detalhado acerca da constituição e do funcionamento do consórcio, o que o diferencia do ordenamento nacional. O dispositivo contém, ainda, previsões claras acerca da limitação da responsabilidade dos consorciados ao fundo do consórcio e hipótese de insolvência de consorciado.

Por fim, impera observar que, dentre as cláusulas obrigatórias do contrato de consórcio, o Código Civil italiano inclui a previsão de penalidades para o inadimplemento das obrigações e as hipóteses de exclusão de membro do consórcio, exigências não impostas pela lei pátria.

²⁰⁰ Art. 2615 *Responsabilità verso i terzi. Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente (1292 e seguenti) col fondo consortile. In caso d'insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote.*

PARTE 2 – OBRIGAÇÕES DAS PARTES E OS DEVERES DE COLABORAÇÃO NOS CONSÓRCIOS

3. OS DEVERES DE COLABORAÇÃO DAS PARTES NO CONTRATO DE CONSÓRCIO

Compreendida a natureza jurídica do contrato de consórcio, passar-se-á, nas próximas linhas, à análise dos deveres de colaboração das partes nesses pactos, conforme a doutrina moderna.

3.1 O princípio da cooperação e a boa-fé objetiva

Segundo o professor SALOMÃO FILHO, “o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses entre as partes, enquanto estrutura de capaz de organizar interesses das partes conflitantes”.²⁰¹

Nesse quadro, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) estabelece, em seu artigo 113, que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. O artigo 187, por sua vez, considera como ilícito o ato que exceder os limites impostos pela boa-fé, e o artigo 422 estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Como se vê, desde a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, o princípio da boa-fé está positivado no ordenamento jurídico pátrio, impondo regra de conduta às partes, sob pena de cometimento de ato ilícito.

MARTINS (2015) entende que a boa-fé pode ser verificada tanto como um princípio quanto como uma cláusula geral ou um *standard*, a depender do seu grau de abstração e nível de análise. O princípio da boa-fé, com sua abstração, determina o comportamento leal, honesto e probo. No entanto, para que se integre ao ordenamento jurídico, é necessária uma abertura como meio de

²⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, p. 51, 2007.

concretização dos valores contidos no princípio e dos padrões que ele apresenta, servindo para tanto as cláusulas gerais, as quais, por meio de enunciados propositadamente vagos, servem de instrumento de aplicação do princípio às relações jurídicas existentes.²⁰²

Sem prejuízo, sustenta GUERREIRO que a boa-fé, no sentido de lealdade e confiança, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos, que orienta o comportamento das partes, ainda em fase pré-contratual.²⁰³

Nas palavras de MACEDO JUNIOR (2000), ao tratar da boa-fé no âmbito dos contratos relacionais:

A boa-fé está basicamente envolvida em dois aspectos da participação nos contratos. Em primeiro lugar, ela permite a fusão do interesse individual egoísta e do interesse pelo outro, o que facilita a existência de relações de longo prazo. Em segundo lugar, ela serve como mecanismo de proteção do direito de participação de maneira análoga aos direitos civis do cidadão. A boa-fé passa a constituir o conjunto de garantias dos contratantes nas relações contratuais, uma espécie de conjuntos e “normas de garantia individual”, dentro do direito privado. (...) Em primeiro lugar, a boa-fé lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais.²⁰⁴

Dessa forma, é por meio da boa-fé, defende o autor, que se reconhece que

²⁰² MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Verbatin, 2015, p. 70.

²⁰³ Nas palavras do autor: “Na verdade, porém, a boa-fé, no sentido de lealdade e confiança recíprocas, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos, que norteia o comportamento ideal das partes que pretendem contratar. Daí porque, em última análise, a violação do dever da boa-fé representa, a nosso ver, o pressuposto da chamada responsabilidade pré-contratual, constituindo a única condição do dever de indenizar que se encontra na base de toda e qualquer lesão patrimonial decorrente da interrupção ou cessação injustificadas das negociações preliminares. Outros fundamentos podem se somar à violação do dever da boa-fé, mas esta nos parece sempre subjacente às situações apontadas”. (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Boa-Fé nas Negociações Preliminares. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 2, p. 61-66, out. 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, vol. 2, p. 121-126, set/2012. DTR\2012\928. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 30.10.2017).

²⁰⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais no Direito Brasileiro*. 2000, p.11. Disponível em <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em janeiro de 2017.

o contrato se presta, também, a finalidades sociais, não se constituindo no instrumento pautado apenas pelo pressuposto do “*homo economicus*”, o indivíduo maximizador de vantagens e recursos.

Afirma KUYVEN (2012)²⁰⁵, entretanto, que à boa-fé é dada atualmente uma função diversa da sua natureza e da finalidade para a qual foi criada, atribuindo-se-lhe título de princípio geral capaz de criar e disciplinar, indiscriminadamente, os mais diversos deveres anexos e de servir de paradigma de comportamento dos contratantes.

Segundo mencionado jurista, uma análise aprofundada da noção de boa-fé demonstra claramente que o uso que lhe é atribuído atualmente destoa de seu fundamento teórico e carece de base legal, pois a boa-fé, em seu entendimento, deve servir apenas para estabelecer o conteúdo dos deveres derivados da responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual, não sendo, em por si só, fonte de deveres²⁰⁶, mas um meio de garantir que a confiança legítima de um dos contratantes seja violada.

Sabidamente, consoante leciona FORGIONI, a boa-fé objetiva, princípio regente dos contratos comerciais, não deve ser aplicada de forma a distorcer a relação que as partes entabulam, de acordo com as práticas do mercado:

Especificamente no que toca ao direito comercial, a boa-fé não pode ser aplicada de maneira a despir o agente econômico da sagacidade que lhe é peculiar. Tampouco deve ser sacada como justificativa para o inadimplemento da parte ou desculpa para comportamentos imprudentes ou desconformes ao parâmetro de mercado.²⁰⁷

²⁰⁵ KUYVEN, L. F. M. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 772.

²⁰⁶ Igualmente, para COUTO E SILVA: “Constituindo a boa-fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade. A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 38).

²⁰⁷ FORGIONI, Paula A. Integração dos Contratos Empresariais: Lacunas, Atuação dos Julgadores, Boa-Fé e seus Limites. Integration of business contracts: gaps, actions of the judges, good faith and its limits. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, abr-jun/2015. DTR\2015\9732. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017..

No mesmo sentido, COUTO E SILVA entende que a aplicação dos deveres anexos à boa-fé deve ser feita com cautela, sob o risco de se subverter as características do negócio jurídico:

Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais, impõe-se, entretanto, cautela na aplicação do princípio da boa-fé, pois, do contrário, poderia resultar verdadeira subversão da dogmática, aluindo os conceitos fundamentais da relação jurídica, dos direitos e dos deveres.²⁰⁸

Ensina BAPTISTA que a boa-fé nas relações societárias demonstra um caráter diferente daquela esperada nas relações contratuais:

(...) nas leis que cuidam da vida da sociedade - seja quando esta está insolvente (procedimentos de natureza falimentar) -, nas que cuidam da proteção ambiental e nas que regulam as relações trabalhistas, as relações com seus credores, com o poder público (por exemplo, contribuições de campanha ou interferência na vida política) - que os sócios e acionistas encontrarão limitadores à sua liberdade de ação econômica e, portanto, ao poder de contratar. Assim estas normas e a ordem pública são fatores a ser objeto de consideração dada a dimensão e o peso deste singular indivíduo que é a pessoa jurídica. Então, o princípio da boa-fé, aplicado a um contrato de sociedade ou a atos de sócios ou acionistas relativos às sociedades, é empregado de modo diferente daquele que se aplica aos outros contratos. E isto aparece também nos usos e costumes.²⁰⁹

Não obstante, ao tratar dos contratos de aliança de projeto²¹⁰, afirmam RODRIGUEZ e FERNANDES que a boa-fé a ser demonstrada pelos contratantes

²⁰⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 37.

²⁰⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Boa-Fé nos Contratos Internacionais. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 5, p. 828, fev/2012.

²¹⁰ Sobre o contrato de aliança de projeto: “Diferentemente de uma empreitada, no contrato de aliança de projeto, o empreendedor e o(s) construtor(es) elaboram conjuntamente os projetos de construção, desde o estudo de viabilidade, quando o projeto ainda está em fase de planejamento, até o projeto final ou executivo, quando o projeto já está sendo implementado. Nesse tipo de contratação, o empreiteiro é escolhido com base nos recursos de que dispõe, na confiança e na reputação, muitas vezes resultantes de projetos anteriores já desenvolvidos juntamente com o empreendedor em questão. Portanto, a escolha do empreiteiro é largamente baseada na possibilidade de cooperação entre as partes para consecução do resultado pretendido, em detrimento de uma escolha baseada exclusivamente no melhor preço. (...) Surge, assim, o Contrato de Aliança de Projeto, caracterizado como um acordo celebrado entre um empreendedor e um ou mais construtores, no qual todas as partes se dispõem a cooperar para a consecução do empreendimento, compartilhando os riscos e os lucros do projeto, os quais são alocados com base em indicadores de desempenho específicos.” (DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; BARRETO, Luisa Tortolano. *Contrato de Aliança de Projeto*. São Paulo: s.n., 2015).

é aquela existente em uma sociedade²¹¹ de pessoas. No caso específico dos contratos de aliança de projeto, tal aspecto está, no mais das vezes, relacionado ao dever de informar, que é a principal característica colaborativa dessa modalidade contratual.²¹²

A esse respeito, BAPTISTA considera mais complexa a situação que envolve relações associativas, pois, como as sociedades usualmente têm personalidade jurídica, passam a causar um relacionamento de geometria poligonal, pois envolverá uma nova personalidade, com a qual cada um dos sócios, relacionando-se entre si, também se relacionam, tendo direitos e deveres que interagem entre si. Entende o jurista que se a boa-fé é linear e ortogonal no caso de credores e devedores, o mesmo não verifica para sócios ou acionistas, cuja relação é complexa e poligonal.²¹³

BAPTISTA prossegue avalizando que, na apuração da boa-fé da conduta do sócio ou acionista, a exigência de lealdade deve ser apurada na circunstância específica da sociedade, levando-se em consideração que essa sociedade, para o direito, é uma pessoa, um terceiro em relação aos sócios ou acionistas, em relação à qual eles têm deveres legais. Por conseguinte, a conduta das partes deve ser estudada não só quanto à relação de um acionista ou sócio com outro, mas, igualmente, em razão da relação destes com a sociedade, além dos deveres da sociedade e sua função social.²¹⁴

Nessa lógica, na lição de Calixto Salomão Filho (2006), a função da boa-fé no direito contratual é permitir a cooperação contratual entre as partes na consecução dos objetivos econômicos do contrato.^{215 216}

²¹¹ Sobre os deveres fiduciários dos sócios (*duty of care, duty of loyalty, duty of good faith*), ver ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147.

²¹² FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos de Organização da Atividade Econômica*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

²¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. A Boa-Fé nos Contratos Internacionais. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 5, p. 826, fev/2012.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 827.

²¹⁵ Prossegue o jurista: “Na verdade, a boa fé nada mais é que um dos corolários da ideia cooperativa. A sua presença como princípio nos códigos civis (v. art. 421 do Código Civil) é prova da presença da ideia cooperativa os contratos. (...) Outro dever importante derivado do princípio da boa-fé contratual é o da prestação de informação. (...) Finalmente, é preciso abordar a questão da duração contratual. Evidentemente, não há princípio jurídico que possa coagir as partes à

Portanto, pode-se entender que, nos contratos associativos, a exigência da boa-fé não é idêntica a dos contratos em geral. Entretanto, cabe questionar se a intensidade da boa-fé exigida será a mesma aplicável às sociedades, na doutrina de BAPTISTA, já que, no caso do consórcio, não há formação de uma nova pessoa, com a qual os consorciados se relacionem.

Assim, sobre a boa-fé nos contratos relacionais - classe na qual, já vimos, o contrato de consórcio se insere - afirma AZEVEDO que a boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do Código Civil, tem um primeiro nível, negativo e elementar, comum a todo e qualquer contrato, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação, variando em razão do tipo de contrato. Assim, o princípio da boa-fé deve ser mais intenso nos contratos relacionais, tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes.²¹⁷

convivência, sobretudo quando o desinteresse na convivência contratual sugere que a cooperação não é mais possível. Por outro lado, a disciplina contratual, vista na perspectiva organizativa, deve zelar pela consecução do objetivo econômico dos contratos. É a agregação desses objetivos econômicos, e não das vontades individuais expressas no contrato que contribuem para a organização social.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves Acenos para uma Análise Estruturalista do Contrato. Revista de Direito Mercantil, n. 141, p. 21-23, 2006).

²¹⁶ No mesmo sentido, doutrina CARVALHOSA, tratando dos deveres de cooperação dos sócios: *“É, ainda, fundamental o papel da boa-fé objetiva na implementação dos referidos deveres dos sócios, nas suas funções de interpretação, concretização e controle. Sabemos que o princípio da boa-fé se refere não apenas à noção de contratante honesto e fiel aos seus compromissos, mas também ao modelo de pessoa diligente e atenta às necessidades de seu parceiro contratual e aos deveres decorrentes dessa relação. Daí o dever dos sócios de, além de se absterem de se comportar de má-fé, realizarem atos de cooperação, de colaboração, de envolvimento e de informação, buscando sempre o atendimento das finalidades do negócio jurídico. O princípio da boa-fé orienta a atenção do intérprete para a busca da verdadeira intenção das partes; considera-se, nessa linha, que a execução do contrato de boa-fé é justamente aquela conforme à verdadeira intenção das partes e ao objetivo por elas desejado quando da sua manifestação de vontade. Assim, o postulado jurídico, de acordo com o qual os contratos devem ser executados de boa-fé, significa, presentemente, que devem ser executados tendo em vista a intenção legítima das partes e os objetivos lícitos que as levaram a firmá-lo. A doutrina tem acentuado que da aplicação do princípio da boa-fé ao direito obrigacional decorre o postulado essencial da lealdade contratual, que significa basicamente que existe, para as partes, um dever jurídico de cooperação e de lealdade, visando sempre atingir as finalidades do contrato.” (CARVALHOSA, Modesto. O Direito Obrigacional e a Cooperação dos Sócios. The law of obligations and the partners's cooperation. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 1, p. 67-74, out-dez/2014. DTR\2014\19842. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).*

²¹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. Revista dos Tribunais, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 1187-1220,

Finalmente, asseverou COUTO E SILVA que os deveres derivados da boa-fé variam em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam, podendo, inclusive, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais, ou ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade, abrangendo e justificando toda a relação jurídica.²¹⁸

Segundo KUYVEN, a boa-fé e a cooperação divergem em relação ao grau de proteção da confiança legítima. “A boa-fé não pode basear-se na violação da confiança, mas na violação de determinados deveres interpretados à luz da confiança, e é a partir dessas exigências da boa-fé que a confiança se revelaria” Nesse sentido, o princípio da boa-fé impõe às partes um dever de respeito à confiança como um elemento para analisar o comportamento das partes, evitando-se violações às obrigações de boa conduta, enquanto o princípio da cooperação tem como objetivo principal a proteção à confiança legítima.²¹⁹

Assim, a cooperação, mais que a boa-fé, reforça a importância da atitude de um contratante honesto, leal e cumpridor dos deveres assumidos, principalmente aqueles deveres que incitam os contratantes a agir segundo o interesse da outra parte e através da noção de pessoa razoável, essa última significando a conduta de um contratante consciente de seus deveres e de suas responsabilidades em relação às circunstâncias concretas.²²⁰

O autor sustenta, ainda, que os dois princípios divergem sobre a renúncia à proteção conferida por um ordenamento jurídico. Isso porque as partes não podem renunciar às regras cogentes da boa-fé expressas nos artigos 113 e 422 do Código Civil, mas pode ser facilmente reconhecido que a proteção da confiança possa ser, em certas circunstâncias, renunciada pelas partes que concordam em correr alguns riscos de não ter suas expectativas realizadas, sujeito aos limites da disponibilidade de direitos e exigências legais.²²¹

jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

²¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 34.

²¹⁹ KUYVEN, L. F. M. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 777.

²²⁰ Ibidem, p. 776.

²²¹ Ibidem, p. 777.

Percebe-se, portanto, que o princípio de cooperação, gerador dos deveres de cooperação e colaboração, muito embora intimamente ligado ao princípio da boa-fé, extrapola os limites deste, impondo às partes deveres de conduta ainda mais intensos, apesar de não haver consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da relação e da extensão desses deveres.

3.2 Os deveres de colaboração ou cooperação

Para que ocorra a cooperação, é imperativo que existam condições favoráveis à sua concretização²²². Frequentemente, a colaboração entre empresas é atingida por meio de contratos associativos.

O contrato é considerado um elemento essencial da relação colaborativa. *“A classic way to ensure cooperation in social dilemmas is through the rule of law. Indeed, contract enforcement is widely acknowledged as a key ingredient to both inter-organizational cooperation and collective prosperity.”*²²³

Se não houver um mínimo de cooperação²²⁴ entre as partes de qualquer

²²² “Apesar da tendência mundial apontar para o incremento das formas de cooperação econômica fundadas na confiança, os estudos empíricos disponíveis revelam que no Brasil ainda domina uma cultura empresarial bastante antagonista e conflitiva. As evidências disto podem ser encontradas em estudos recentes sobre a competitividade na indústria brasileira. Um exemplo pode ser encontrado na indústria de calçados, onde se verifica que muitas empresas não subcontratam tarefas porque temem que os fornecedores não mantenham níveis de qualidade acordados. Nas empresas que usam tecnologia metal-mecânica verificou-se também que as técnicas de redução de estoques eram proporcionalmente mais aplicadas aos estoques intermediários do que aos estoques do início e fim da linha de produção, por causa da incerteza de falhas de atendimento e/ou receio da adoção de comportamentos oportunistas por parte de clientes e/ou fornecedores. Também no setor de autopeças verificou-se o comportamento oportunístico de montadoras de veículos e montadoras visando o aproveitamento das condições momentâneas do ciclo de negócios. Assim, nas fases em que a demanda está desaquecida e existe capacidade ociosa, as montadoras ameaçam integrar, ou de fato integram, a produção de diversos tipos de autopeças, conseguindo, assim, descontos substanciais no preço das peças, ou ocupando suas máquinas paradas. Nas fases em que o consumo é maior, ocorre o inverso, com os produtores de autopeças usando seu agora maior poder de mercado para exigir diversos tipos de vantagens. Por fim, a indústria de malharia serve como exemplo de comportamento antagonístico. Vários empresários do setor diante do risco de corte no fornecimento de insumos durante os períodos de mercado aquecido acabavam por optar pela compra de matéria prima que privilegiava, unicamente, o preço ofertado e não outras variáveis, como estabelecimento de relações mais duradouras com seus fornecedores. A estratégia dos produtores era, assim a de diversificar fornecedores e clientes de modo a não depender dos mesmos.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais no Direito Brasileiro*. 2000, p. 2. Disponível em <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em janeiro de 2017).

²²³ KITTS, J.A et. al. (2016). *Greed and Fear in Network Reciprocity: Implications for Cooperation among Organizations*, p.16. PLoS ONE 11(2): e0147264. doi:10.1371/journal.pone.0147264.

²²⁴ Tendo em vista que a doutrina citada no presente trabalho não faz distinção entre os deveres de “colaboração” e “cooperação”, as alusões a tais termos devem ser entendidas como se

contrato, a relação contratual tende a ser curta e mal sucedida.²²⁵ Isso porque qualquer atividade econômica depende de certo nível de colaboração, e a recusa em agir de forma minimamente colaborativa pode ser encarada como má-fé do contratante, especialmente em relações contratuais complexas.

Com efeito, ensina COMPARATO que as verdadeiras soluções para o melhor atendimento às demandas do mercado parecem surgir por meio de técnicas adequadas de colaboração. Assim, quando a concentração de empresas se mostra impossível ou inadequada, o êxito pode surgir da conjugação de esforços e recursos, sem desaparecimento da autonomia das diferentes empresas participantes. Cada consorciada continua a perseguir o seu próprio objetivo, de forma independente das demais e sob o controle de seus próprios dirigentes, mas o método de trabalho não é individualista. São criadas estruturas de cooperação institucional, as quais substituem as operações isoladas antes existentes.²²⁶

Entretanto, definir aquilo que é considerado dever de cooperação ou colaboração não é tão simples quanto se poderia esperar. Nas palavras de KUYVEN (2012):

Como vimos, a importância do princípio da cooperação para os contratantes e, em particular, para sócios e acionistas, é inquestionável e inestimável. No entanto, ela não pode brilhar em todo o seu esplendor devido à ausência de natureza jurídica precisa, de base jurídica específica e de regime sólido e estável. Ele ainda sofre de fraquezas ligadas à casuística de sua aplicação e às críticas a seu caráter

referindo aos deveres ligados à comunhão de interesses, que estabelecem uma “humanização” das relações contratuais e conduzem os contratantes ao diálogo e à assistência mútua, significando a conduta de um contratante consciente de seus deveres e de suas responsabilidades em relação às circunstâncias concretas.

²²⁵ Sobre o tema, Calixto Salomão Filho. “O caráter associativo de todo contrato de sociedade, tão bem destacado pela doutrina, revela-se exatamente através da comunhão de interesses entre os sócios. É esse o objetivo comum que os leva e deve levar à cooperação. (...) Tanto a cooperação é necessária que, ao bem analisar a prática societária brasileira, na verdade podem-se observar dois tipos de sociedade: sociedade na prática unipessoais (ao menos em relação ao voto), onde reina a vontade do controlador e os interesses dos minoritários são meramente patrimoniais, ou sociedades onde se cria um instrumento extrassocietário para alcançar a cooperação. Esse instrumento tem sido normalmente o acordo de acionistas. (...) A conclusão é, portanto, que ou a cooperação é introduzida por via contratual (acordo de acionistas) ou não é possível constituir qualquer relação duradoura entre os sócios, comportando-se a sociedade como uma sociedade unipessoal de fato. Resulta clara a importância da cooperação como elemento central da organização societária.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 54).

²²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 223.

expansionista. Nessa linha, a doutrina e a jurisprudência brasileiras ainda consideram a cooperação como um dever anexo decorrente do dever de boa-fé, tendo a função de orientar os intérpretes na implementação da boa-fé e, especialmente, na sanção da má-fé.²²⁷

Com efeito, merece destaque o entendimento da Ministra do STJ Nancy Andrighi em Recurso Especial²²⁸, com nossos realces:

A boa fé objetiva, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissivo, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado.

Para MARTINS, a noção de cooperação está relacionada à ideia de colaboração, assistência, em nível tal que o cumprimento do dever de cooperação se torna imprescindível para o desdobramento do negócio. “Isto não significa que a parte deverá se esforçar além das suas forças ou até realizar obrigações que seriam da outra, mas não criar empecilhos desnecessários ao bom curso da relação obrigacional.”²²⁹

Porém, antes de aprofundar-se o exame dos deveres de colaboração, importa distinguir os conceitos de “dever” e “obrigação”. Segundo GRAU, o dever jurídico representa uma vinculação ou limitação imposta à vontade do sujeito a que se refere, carecendo ser cumprido, sob pena de sanção jurídica. A obrigação, por sua vez, supõe situação específica de dever em que se coloca o devedor, podendo ser definida como o vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve a outra (credor) o cumprimento de certa prestação. A obrigação consubstancia direito relativo e pessoal, cujo adimplemento somente pode ser exigido pelo seu titular.²³⁰

²²⁷ KUYVEN, L. F. M. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial* – Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 789.

²²⁸ Recurso Especial nº 830.526 - RJ (2006/0047143-8).

²²⁹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 82-83.

²³⁰ Leciona Eros Roberto Grau: “Qualquer que seja a concepção – monista ou dualista – que se adote em relação à obrigação, há de ser ela entendida como modalidade específica de dever

Para KUYVEN, a obrigação é um vínculo jurídico, e não uma obrigação de conduta ou um direito subjetivo.²³¹

A distinção entre dever e obrigação é importante, na lição de COELHO, pois as regras que disciplinam as obrigações não se aplicam aos deveres, nas suas consequências econômicas. Assim, são os deveres jurídicos tutelados por regras alheias ao direito obrigacional, possuem uma disciplina jurídica própria²³².

Nesse âmbito, tomando-se por base o entendimento acima consubstanciado, segundo o qual obrigação é uma modalidade específica de dever jurídico, em decorrência da qual ao devedor é imposto o cumprimento de determinada prestação, poder-se-ia concluir que, no caso do consórcio de empresas, a colaboração se apresenta como um dever jurídico imposto a todos os consorciados, o qual deve ser observado quando do cumprimento das obrigações previstas no contrato de consórcio. Vejamos, assim, de que se trata esse dever.

Para GOMES,

(...) quem infringe um *dever jurídico 'latu sensu'*, causando dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo. A infração pode ser de dever estabelecido numa *relação jurídica*, ou na *própria lei*, ou do princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros (...).²³³

No entendimento de KUYVEN, o dever de cooperação ou de colaboração estabelece uma “humanização” das relações contratuais e conduz os contratantes ao diálogo e à assistência mútua. Nesse sentido, tais deveres estão mais ligados à comunhão de interesses, e menos à ideia de dominação e de conflito de

jurídico.” (GRAU, Eros Roberto. Ônus, Dever e Obrigação. Conceitos e Distinções. Natureza Obrigacional dos Tributos - Anuidade Instituída pela Lei 3.820/1960: sua Caracterização como Ônus, e Não Como Contribuição Tributária - Valor Real e Valor Nominal das Anuidades. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 1, p. 139 - 160, fev/2011). Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

²³¹ KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial* – Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 778.

²³² COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.49, v. 2.

²³³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 179.

interesses.²³⁴

KUYVEN considera, ainda, que esses deveres estão relacionados a uma visão acentuadamente solidária, segundo a qual o contrato não seria um terreno de interesses conflitantes, imediatistas e egoístas, mas um espaço de cooperação para construir e implementar um projeto benéfico para todos os contratantes. Assim, os deveres de cooperação ou colaboração garantiriam a proteção de interesses individuais, assegurando o respeito ao contrato e a confiança entre as partes.

O próprio autor reconhece que a noção de dever de colaboração é fortemente criticada pelos estudiosos mais liberais, insistindo, porém, tratar-se de questão tangível e perfeitamente realista, a qual, longe de conferir tratamento paternalista às partes, impõe a estas uma conduta cooperativa, sob pena de sanção.²³⁵

A esse respeito, asseverou CARVALHOSA que nada há de romantismo jurídico no princípio de cooperação, mas sim um meio coercitivo capaz de induzir, pela ameaça de sanção, o agir cooperativo, de impor que os contratantes levem em consideração os interesses da outra parte e respeitem suas expectativas legítimas, o qual não é indiferente a considerações de desempenho, eficiência e preservação da empresa.²³⁶

²³⁴ KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 766.

²³⁵ Nas palavras do autor: “*De fato, vários argumentos liberais podem se levantados contra o modelo solidarista de cooperar. Na verdade, trata-se de um dever que se impõe às partes independentemente de suas vontades e que gera certa insegurança jurídica. Pode-se argumentar ainda que, através do dever de informação que dele decorre, o princípio da cooperação favorece o assistencialismo e enfraquece a curiosidade e a busca por desenvolvimento, além de subestimar a informação como um bem de grande valor, não reconhecendo o sacrifício para obtê-la. (...) O princípio da cooperação pode impor, no entanto, que os contratantes levem em consideração os interesses da outra parte e respeitem suas expectativas legítimas. Nada há de romantismo jurídico no princípio de cooperação, mas, sim, um meio coercitivo capaz de induzir, pela ameaça de sanção, o agir cooperativo, com o objetivo de conservar o sentimento geral de confiança apto a fomentar o tráfico mercantil e, por conseguinte, a própria prosperidade social. Em última instância, portanto, os contornos da consideração devida ao outro contratante não podem ser levados ao ponto extremo de impor às partes o sacrifício dos seus legítimos interesses pessoais para que as expectativas dos seus parceiros negociais sejam atendidas.*” (KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 768).

²³⁶ CARVALHOSA, Modesto. O Direito Obrigacional e a Cooperação dos Sócios. The law of obligations and the partners's cooperation. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p. 67-

De fato, é evidente que o comportamento cooperativo, quando adotado, é baseado num interesse a longo prazo, enquanto o comportamento oportunista está geralmente relacionado a um ganho imediato. Assim, longe de noções românticas, sempre há um interesse econômico que norteia o comportamento dos agentes.²³⁷

Para AZEVEDO, o dever de colaboração nos contratos é um dever acessório positivo, em oposição aos deveres acessórios negativos, tais como o dever de sigilo.²³⁸

Fato é que a doutrina e a jurisprudência brasileiras sempre encararam o dever de cooperação como um dever acessório da obrigação de adimplemento principal. Porém, na perspectiva moderna atual, a cooperação deve ser considerada como um princípio normativo, impondo-se tanto ao devedor quanto ao credor e até, eventualmente, a terceiros, pois ele não deriva da relação jurídica obrigacional. Portanto, a cooperação se reveste atualmente de natureza de princípio, deixando de ter caráter secundário ou anexo a outro princípio ou à própria obrigação de adimplemento principal.²³⁹

O princípio de cooperação permite sancionar qualquer conduta, seja ela culposa ou inadequada, que viole a confiança dos demais contratantes ou não corresponda positivamente às suas expectativas legítimas, mesmo que de boa-

74, out-dez/2014. DTR\2014\19842. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

²³⁷ Segundo KUYVEN, “*Uma das principais manifestações do caráter realista do princípio da cooperação é trazida pela Análise Econômica do Direito. Através da teoria dos jogos, esta doutrina busca compreender a relação entre os seres humanos que, diante de um determinado fato, têm de tomar decisões sobre seus relacionamentos com os outros. Ela demonstra, através da simulação de situações reais, que os seres humanos, para evitar conflitos, têm interesse em adotar um comportamento compatível com os demais – a teoria dos jogos de coordenação – e em cooperar com os outros porque será mais benéfico para ambas as partes – a teoria dos jogos mistos. A adoção de um comportamento cooperativo leva ao resultado mais economicamente satisfatório, uma vez que permite a criação de riqueza e um compartilhamento eficiente dessa riqueza entre as partes.*” (KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 769).

²³⁸ “*Existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal expresso, e, depois, há os deveres colocados ao lado, ora ditos secundários, ora anexos, especialmente o dever de informar e, mais um dever negativo, o de manter sigilo sobre alguma coisa que um contratante soube da outra parte, ou também deveres ditos positivos, como o de procurar colaborar com a outra parte (daí até mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si)*”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé Objetiva nos Contratos. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 619, jun/2011).

²³⁹ KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Op. cit.*, p. 773.

fé.²⁴⁰

Assim, a consideração do interesse da outra parte, o respeito às promessas e compromissos, a lealdade e a maior diligência na execução de suas obrigações, além da boa vontade do credor no exercício dos seus direitos, são objetivos que a jurisprudência controla e exige das partes.²⁴¹

Através do princípio de cooperação, o juiz reforça sua função de fiscalização da conduta das partes, levando em conta as circunstâncias particulares de cada caso, para estender os deveres e obrigações das partes e controlar suas aplicações. Em particular, ele deve entender a intenção comum das partes, completar os termos contratuais com os usos e costumes comerciais, levar em conta a boa-fé do devedor e incluir no contrato todas as suas consequências naturais. Em outras palavras, além das obrigações específicas impostas por lei, ele informa as partes de todas as exigências para que suas obrigações possam exercer plenamente seus efeitos, sem violar o texto do contrato.²⁴²

Com efeito, a Corte de Apelações norte americana se manifestou, ainda em 1928, sobre a conduta das partes em acordo de *joint venture*, no qual, após vinte anos de parceria para administração de um edifício, uma das partes não informou à outra sobre a oportunidade de expansão do negócio e a possibilidade de um novo contrato relativo ao imóvel, preferindo aguardar o escoamento do prazo da *joint venture*:

Joint adventurers, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest (...) loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the "disintegrating erosion" of particular exceptions (Wendt v. Fischer, 243 N. Y. 439, 444). Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It

²⁴⁰ Ibidem, p. 775.

²⁴¹ Ibidem, p. 768.

²⁴² KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 788.

*will not consciously be lowered by any judgment of this court.*²⁴³

No caso concreto, a Corte decidiu que os parceiros em uma *joint venture* têm um dever fiduciário²⁴⁴ mútuo, de forma que, quando do surgimento de oportunidade que possa beneficiar ambos os parceiros, mas um parceiro aproveita-se sem informar o outro, considera-se que o dever fiduciário foi violado. Logo, a oportunidade pertencia à *joint venture*, não aos parceiros individuais.²⁴⁵

²⁴⁶

Destarte, podem ser identificados diferentes deveres gerais de conduta decorrentes do princípio da cooperação, tais como deveres de informação, de alerta, de conselho, de coerência, de proibição de “*venire contra factum proprium*”, de transparência, de confidencialidade, de minimizar os danos e de proteção da confiança legítima criada na outra parte.²⁴⁷

Ressalte-se, entretanto, que o dever de informar não se caracteriza com a mera exposição da informação²⁴⁸. Como dever, obriga as partes a entrarem em

²⁴³ MORTON, H. Meinhard, Respondent, v Walter J. Salmon et al., Appellants. Court of Appeals of New York Argued December 4, 1928. Decided December 31, 1928. 249 NY 458 CITE TITLE AS: Meinhard v Salmon. [*461] Opinion of the Court. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/meinhard_salmon.htm>. Acesso em 04.12.2017.

²⁴⁴ “*The principles underlying these fiduciary duties also apply to the relationship between parent companies engaged in a joint venture. The fiduciary duties owed by the parent companies of the joint venture to other parent companies are similar to the fiduciary duties owed by controlling shareholders to minority shareholders in a corporation.*” (SHISHIDO, Zenichi. Berkeley Law. Berkeley Law Scholarship Repository. Faculty Scholarship. 1-1-1987. Conflicts of Interest and Fiduciary Duties in the Operation of a Joint Venture. Berkeley Law. Disponível em <scholarship.law.berkeley.edu>. Acesso em 25.12.2017).

²⁴⁵ No mesmo sentido: “*A parent company may violate its fiduciary duty when it obtains a business opportunity that clearly belongs to a joint venture. A business opportunity clearly belongs to a joint venture when the opportunity is in the joint venture's line of business or when the opportunity is not in the parent company's line of business. When the opportunity is in both the joint venture's and the parent company's lines of business, the factors of how the business opportunity arose and the relative value of the business opportunity should be considered in distributing the business opportunity between the joint venture and the parent company.*” (Idem).

²⁴⁶ Decisões nesse sentido: Rankin v. Naftalis, 557 S.W.2d 940, 945 (Tex. 1977); e Huffington v. Upchurch, 532 S.W.2d 576, 578-79 (Tex. 1976).

²⁴⁷ KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial* – Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 773 e p. 777.

²⁴⁸ “TJSP - Ap 1034306-47.2015.8.26.0100 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - j. 13/7/2016 - julgado por Ênio Santarelli Zuliani - Área do Direito: Civil. COMINATÓRIA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. Partes que compõem consórcio constituído para execução de obras públicas no Estado do Ceará. Ação proposta em face da empresa líder, que providenciara a rescisão do contrato sem consulta da requerente, o que era obrigatório por previsão contratual. Reconvenção apresentada e que pretendia a mesma providência em relação à autora-reconvinda. Sentença de procedência das duas ações. Apelo de ambas as partes para reforma. Demonstrado

contato, dialogarem sobre as características, condições e circunstâncias do negócio e, se necessário por conta da natureza do negócio e à luz da boa-fé, realizar experimentos, de forma a evidenciar a realidade, evitar erros e a ignorância. Não se trata de tarefa fácil, pois, se já não é possível antever todas as hipóteses como se deve aplicar o princípio da boa-fé, mais difícil é a previsão do conteúdo do que deve ser informado em cada caso. Por essa razão, o ideal é tratá-los como um conceito amplo, muito embora isso possa resultar em conflito entre o princípio da boa-fé e o da autonomia da vontade, da privacidade e intimidade etc.²⁴⁹

KUYVEN entende, ainda, que, como decorrência do princípio da cooperação, as partes têm a obrigação de minimizar os danos da outra parte, já que haveria uma obrigação de levar em conta o interesse da outra parte e de se abster de praticar atos que não são necessariamente exigidos pela lei ou pelo princípio da cooperação. Afirma o autor que, segundo uma parte da doutrina e algumas decisões estrangeiras, a obrigação de minimizar pode alcançar um âmbito bastante amplo, abrangendo, inclusive, a proibição de que um contratante adote uma atitude, ainda que lícita, que não leve em conta a situação desfavorável da outra parte.²⁵⁰

Quanto ao dever de minimizar os danos, leciona MARTINS que a incidência do dever de cooperação também é diferente daquela do ônus de mitigação. Ensina o doutrinador que, enquanto o *duty to mitigate the loss* está focado nos prejuízos após o inadimplemento, o dever de cooperação visa facilitar o adimplemento, na manutenção da prestação como algo de interesse da parte

o descumprimento do dever de informação de ambas as partes. Manutenção da decisão. Não provimento de ambos os recursos. (...) Neste sentido, não há como afastar o descumprimento contratual da requerida quando, de forma isolada e independente, apresenta informação, ao Secretário de Infraestrutura do Estado do Ceará, de rescisão do contrato administrativo do qual a autora era parte igualmente interessada (fls. 127 e seguintes). (...) A conclusão exarada pela sentença não impede, como argumenta a requerida, que se dê vigência às normas contratual e legal (cláusula 12.1, item iii, e art. 78, XV, da LL) porquanto se tratem de previsões que não excluem o dever de informação à outra empresa que compõe o consórcio. Em outras palavras, o direito de rescisão previsto na norma de regência permanece hígido, contanto que a providência seja efetivada por todos os interessados.”

²⁴⁹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Verbatin, 2015, p. 80-81.

²⁵⁰ KUYVEN, L. F. M. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 780.

contrária e na realização das prestações da melhor maneira e de forma mais simples. Destarte, o que não se envolve com o ônus de mitigação ainda está submetido ao dever de cooperação.²⁵¹

Logo, dever de cooperação não se confunde com o ônus de mitigação, pois, enquanto o dever de cooperação incide sobre toda a relação jurídica, o ônus de mitigação, por sua vez, atinge somente um momento específico, em que restam preenchidos todos os pressupostos de existência. O dever de cooperação é, portanto, muito mais amplo que o ônus de mitigação, incidindo em um campo mais abrangente de hipóteses, em lugar de somente uma situação específica.²⁵²

A questão fica mais complicada quando se analisam os deveres de colaboração no contrato de consórcio e nos demais contratos associativos em comparação aos deveres de colaboração existentes nas sociedades. Leciona FORGIONI, tratando do contrato de distribuição, que, mesmo dentro da sociedade, tais aspectos não se confundem:

É bem verdade que todos lucrarão se a atividade for profícua; há uma *interdependência do sucesso empresarial*, mesmo porque se trata de uma *atividade de cooperação*, em um *contrato relacional*. Mas o eventual prejuízo do fabricante não haverá de ser suportado pelo distribuidor – e vice e versa. No atual estágio de evolução doutrinária, é inadmissível que se confunda a *affectio societatis com a cooperação ou colaboração dos sócios*.²⁵³

Conclui-se, na esteira do afirmado por KUYVEN, que, dentre os deveres de conduta decorrentes do princípio da cooperação, podem ser citados deveres de informação, de alerta, de conselho, de coerência, de proibição de “*venire contra factum proprium*”, de transparência, de confidencialidade, de minimizar os danos e de proteção da confiança legítima criada na outra parte.

Inda, para boa parte da doutrina, a cooperação não constitui uma lacuna legal, pois ela advém de cláusulas gerais e conceitos indefinidos como o abuso de direito e a boa-fé e de princípios fundamentais, prescindindo de posituação para

²⁵¹ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit., p. 80-81.

²⁵² Idem.

²⁵³ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 100.

produzir efeitos nos negócios jurídicos.

3.3 O Elemento da Colaboração no Contrato de Consórcio entre Empresas

Conforme já mencionado no capítulo inaugural deste trabalho, CHENUT conceitua consórcio como um acordo momentâneo de cooperação, de natureza exclusivamente contratual, concluído entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas que se comprometem, cada uma no que lhe concerne, a executar prestações distintas em vista da realização de uma operação comum determinada.²⁵⁴ Interessante notar, na definição proposta pelo jurista francês, a expressão (*chacune em ce qui la concerne*), pois, aqui, denota-se a importância da definição das prestações individuais das partes, em linha com a Lei nº 6.404/76, que será tratada mais à frente neste trabalho.

Nesse sentido, a importância da cooperação entre os membros do consórcio é elemento obrigatório de sua análise. Sua relevância é tamanha que, na sua ausência, configura-se a quebra da boa-fé contratual.²⁵⁵ No mesmo sentido, a afirmação de Chenut: *“La coopération est érigée en obligation principale dans le cadre du consortium. C’est l’objet même de l’accord. Elle imprègne l’économie du contrat dans son ensemble et constitue la substance de l’engagement des parties.”*²⁵⁶

Percebe-se, assim, nos consórcios, o protagonismo do elemento colaborativo. Tome-se a afirmação de CHENUT:

Le devoir de collaborer emprunte une connotation particulière en matière de consortium. Il est l’expression juridique de l’animus cooperandi qui exprime littéralement la volonté, l’intention de coopérer. Il s’agit, en réalité, de l’état d’esprit des partenaires de se comporter précisément comme des coopérants oeuvrant ensemble. Ce que d’aucuns dénomment parfois affectio contractus. En d’autres termes, l’animus cooperandi confère à la

²⁵⁴ Tradução livre. No original: *“un accord momentané de coopération, de nature exclusivement contractuelle, conclu entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales qui s’engagent, chacune em ce qui la concerne, à exécuter des prestations distinctes en vue de la réalisation d’une opération commune déterminée.”* (CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 16).

²⁵⁵ “(...) constata-se também a existência de uma lealdade e boa-fé reforçadas, a chamada *uberrima fides*, implicando, nomeadamente, uma obrigação de colaboração e informação intensa entre os membros do consórcio.” (VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995, p.208).

²⁵⁶ CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 31.

*coopération sa détermination et impose à tous les partenaires un devoir de collaborer, entendu comme une nécessité sociale progressivement traduite en termes d'obligation juridique. (...) en matière de consortium, la collaboration s'entend précisément comme l'ensemble de comportements actifs, convergents vers un but commun. Collaborer, c'est commettre des actes positifs dans l'intérêt de tous et au profit de chacun. Ainsi, le devoir de collaborer s'illustre par l'existence d'un certain nombre d'obligations pesant sur l'ensemble des membres du consortium, dont certaines sont individuelles et d'autres collectives.*²⁵⁷

Sustenta o autor, portanto, que o dever de colaboração, nos consórcios, é a expressão legal do *animus cooperandi*, ou o estado de espírito dos parceiros para se comportar de forma cooperativa. Dessa forma, a colaboração exige dos contratantes um conjunto de comportamentos ativos que convergem para o objetivo comum.

Como já se viu, os contratos associativos, em geral, têm como causa a colaboração entre as partes contratantes para a consecução de um fim.

Afirma o autor, igualmente, que a colaboração é a obrigação principal dos consorciados, no contrato de consórcio, sendo, com efeito, seu próprio objeto. A colaboração é substância da relação entre as partes consorciadas, um dever que impregna a economia do contrato.²⁵⁸

*(...) le devoir de collaboration – émanation de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui impose d'exécuter le contrat de bonne foi – (...) il est simplement l'expression de comportements négatifs : ne pas agir à l'encontre des intérêts de son cocontractant, ne pas compromettre la correcte réalisation de l'accord (...). En revanche, en matière de consortium – et à l'instar de tout contrat d'union -, la collaboration s'entend précisément comme l'ensemble de comportements actifs convergeants vers un but commun. Collaborer, c'est commettre des actes positifs – exécuter en l'occurrence des obligations de faire - dans l'intérêt de tous et au profit de chacun.*²⁵⁹

Igualmente, para CHENUT, o objeto do contrato de consórcio é a colaboração entre os consorciados, sendo o empreendimento ou projeto a “causa”

²⁵⁷ CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 170-171.

²⁵⁸ CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 32.

²⁵⁹ Ibidem, p. 33.

da relação contratual.²⁶⁰

CHENUT fala, ainda, no *animus cooperandi*, caracterizado como a vontade das partes de cooperar, um espírito comum que confere à cooperação a sua determinação. De um lado, o *animus cooperandi* significa, segundo o autor, que existem obrigações individuais e coletivas de colaboração nos contratos associativos.²⁶¹

O autor vai mais longe e chega a propor um dever de fraternidade em matéria de consórcio (*le jus fraternitatis en matière de consortium*), que seria uma expressão de colaboração efetiva, que pode ser entendida como um dever de lealdade para com cada membro do consórcio.²⁶²

No âmbito do *jus fraternitatis*, estariam inseridas uma série de obrigações, dentre as quais CHENUT cita a obrigação de não interferir - definida como um dever de congruência contratual, segundo o qual cada parte deve à outra exatamente o que convier à situação que se apresentar - , a obrigação de não concorrência e a obrigação de confidencialidade.²⁶³

Em outra nota, OLIVEIRA (2017), discorrendo acerca da natureza da responsabilidade nos grupos de sociedades, afirma não se tratar de responsabilidade meramente aquiliana, pois entre a sociedade mãe e a sociedade controlada existe uma ligação especial que justifica a imposição de deveres de lealdade e que retira a hipótese do campo puramente delitual. Tais deveres seriam, na opinião da docente, deveres "abstratos-relativos" ou deveres gerais concretizados, cuja indeterminação tornaria impraticável de aplicação em bloco o regime da responsabilidade obrigacional.²⁶⁴

Não se pense que os deveres de lealdade aos quais a jurista se refere

²⁶⁰ CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 31.

²⁶¹ "Aussi, l'*animus cooperandi* signifie, d'une part, qu'il existe des obligations individuelles de collaboration au sein du contrat de groupement. L'*animus cooperandi* signifie, d'autre part, qu'il existe des obligations collectives de collaboration au sein du contrat de groupement. Obligations qui s'imposent, tout d'abord, en prévention de tout litige entre les parties contractantes." (CHENUT, Charles-Henry. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003, p. 34).

²⁶² Ibidem, p. 35.

²⁶³ Ibidem, p. 38.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de Grupos de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 271-272.

seriam tão-somente existentes nos grupos verticais, em que uma sociedade impõe seus interesses, ou os interesses do grupo, sobre as demais sociedades, controladas. A autora ensina que, também nas relações horizontais, entre sociedades irmãs, e nos grupos paritários, identifica-se a conexão que fundamenta a admissibilidade de deveres de lealdade recíprocos, uma “teia de deveres de lealdade”, da qual resulta uma proibição de causar danos à empresa-irmã, pelo que toda desvantagem infligida apresenta caráter necessariamente temporário, que deverá ser objeto de compensação em algum momento.²⁶⁵

Tal entendimento está em linha com o disposto na Lei nº 6.404/76, a qual, no capítulo referente aos Grupos de Sociedades, art. 276, §3º, determina que os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas do referido artigo²⁶⁶.

Por seu turno, RICHARDSON (1972) afirmou que a cooperação entre empresas é baseada precipuamente em uma relação de mútua “garantia”, cujo grau depende do contexto prático e formal²⁶⁷.

Nesse cenário, a cooperação exigida nos contratos associativos é entendida como sendo em maior grau que nos contratos híbridos em geral:

Assim, o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta. Nos contratos

²⁶⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de Grupos de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 364.

²⁶⁶ Art. 276. A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo. § 1º Consideram-se minoritários, para os efeitos deste artigo, todos os sócios da filiada, com exceção da sociedade de comando e das demais filiadas do grupo. § 2º A distribuição de custos, receitas e resultados e as compensações entre sociedades, previstas na convenção do grupo, deverão ser determinadas e registradas no balanço de cada exercício social das sociedades interessadas. § 3º Os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do artigo 246.

²⁶⁷ Nas palavras do autor: “*The essence of co-operative arrangements such as those we have reviewed would seem to be the fact that the parties to them accept some degree of obligation and therefore give some degree of assurance-with respect to their future conduct. But there is certainly room for infinite variation in the scope of such assurances and in the degree of formality with which they are expressed.*” (RICHARDSON, G. B. Source. *The Economic Journal*, vol. 82, n. 327, p. 886, sep/1972).

de simples troca, a cooperação é um dever lateral, já que as prestações das partes são naturalmente distintas e contrapostas. Nos contratos híbridos *lato sensu*, a cooperação é intensa e típica dos contratos relacionais, mas não chega necessariamente ao ponto de se traduzir em empresa comum com identidade de propósitos entre os contratantes. Já nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum.²⁶⁸

É este, também, o entendimento de LOBO, ao afirmar que o fato de o art. 278 da Lei nº 6.404/76 indicar como finalidade do consórcio a execução de determinado empreendimento, não distingue o contrato de consórcio do contrato de sociedade, já que esta também pode ter um determinado empreendimento por objeto, a exemplo das sociedades de propósito específico. O elemento de distinção seria o regime de colaboração entre as partes para atingir o objetivo comum, que, no caso da sociedade, se dá por meio da formação de um patrimônio separado.²⁶⁹

A esse respeito, CHENUT (2003) afirma que a cooperação também está sujeita a limites de tempo e espaço, os quais acabam por influenciar a intensidade da cooperação no contrato de consórcio. Assim, seria a cooperação tanto mais forte no contrato de consórcio quanto mais restrito seu objeto e sua duração.

Intense, la coopération connaît néanmoins certaines limites dans l'espace et dans le temps. Il n'y a pas pour autant d'opposition conceptuelle entre ces deux aspects de la collaboration. Son caractère précisément circonscrit participe à son intensité. A l'hypothétique ambivalence succède ainsi la complémentarité. Et ces limites, concernant à la fois l'objet et la durée de coopération, sont des éléments particuliers du consortium, permettant de mieux cerner sa notion.

Outro elemento que evidencia a importância da colaboração no consórcio é o seu caráter personalíssimo. O *intuitu personae* é a essência do contrato de

²⁶⁸ FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016.

²⁶⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contratos Associativos - Sociedade e Consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 66, p. 108, out- dez/2014. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

consórcio, segundo ensina CHENUT²⁷⁰:

Le caractere inévitablement intuitu personae du consortium rappelle que chaque coopérant s'est engagé en considération des capacités et aptitudes particulières – financières, techniques ou matérielles - de ses partenaires. Cela implique que les modalités d'adhésion d'un nouveau membre soient déterminées avec précision et à l'avance afin d'éviter l'agrégation forcée d'un coopérant non désiré. L'équilibre et l'efficacité de la coopération en dépendent.

Nesse sentido, também, a afirmação de VASCONCELOS:

Outro aspecto importante a considerar é o carácter *intuitus personae* que está subjacente ao contrato de consórcio, o que reforça a sua inclusão no âmbito dos contratos de cooperação. Esta característica do consórcio está patente no regime do artigo 6.º, especialmente no seu n.º 3²⁷¹. De acordo com esta norma, o contrato de consórcio não é afectado pelas mudanças de administração ou de sócios dos membros quando estes sejam pessoas colectivas. A necessidade de introduzir esta norma é sintoma da importância que as pessoas concretas dos membros têm neste contrato, manifestando o seu carácter *intuitus personae*.²⁷²

É verdade que, em que pese a função exercida pela cooperação na interpretação e integração dos contratos no direito pátrio, o aspecto mais importante da cooperação enquanto princípio se manifesta pela interpretação dos deveres gerais de conduta que dela decorrem e que nela encontram seu fundamento teórico. A falta de codificação dos deveres de cooperação em nosso ordenamento jurídico não impede que eles sejam considerados como um princípio diretor dos contratos, assim como era a boa-fé antes do Código Civil de 2002. Pelo contrário, essa generalidade permite o exercício da influência sem a necessidade de codificação expressa, como é característico dos princípios

²⁷⁰ CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 26.

²⁷¹ DL n.º 231/81, de 28 de Julho (Portugal): Artigo 6.º (Modificações do contrato) 1 - As modificações do contrato de consórcio requerem o acordo de todos os contraentes, excepto se o próprio contrato o dispensar. 2 - As modificações devem revestir a forma utilizada para o contrato. 3 - Salvo convenção em contrário, o contrato não é afectado pelas mudanças de administração ou de sócios dos membros quando estes sejam pessoas colectivas.

²⁷² VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995, p.220.

gerais.²⁷³

No mesmo sentido, sustenta CHENUT que, em caso de imprecisão das disposições contratuais do consórcio, o juiz pode impor às partes cooperantes novas obrigações implícitas em nome da equidade e de boa fé sob o pretexto da justiça contratual. O consórcio é uma das razões privilegiadas para tal interferência do juiz no relacionamento contratual.

Le contrat de consortium fait naître des obligations à l'égard de ses membres, lesquelles sont traditionnellement exprèssement prévues à l'accord. Celles-ci peuvent toutefois faire l'objet d'une interprétation par le juge lorsque les clauses - sources de litige - ne sont ni claires, ni précises. En outre, en l'absence de toute disposition contractuelle, le juge peut imposer aux parties coopérantes de nouvelles obligations, implicites, au nom de l'équité et de la bonne foim sous couvert de justice contractuelle. Le consortium est l'un des terrains privilégiés d'une telle immixtion du juge dans le rapport contractuel.²⁷⁴

Apesar disso, segundo leciona Pontes de Miranda (1954), na ausência de regra jurídica que atribua efeitos à vontade, esta não os produz, exceto se o vácuo da lei assim o permitir:

Só há efeitos jurídicos se a regra jurídica determina, atribuindo-os ao fato jurídico. Nos negócios jurídicos, ainda quando êsses efeitos são queridos pelo figurante, ou pelos figurantes, fora, portanto, dos que resultam de terem querido o negócio jurídico em si-mesmo, a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu. Isto é, se deixou no figurante ou figurantes branco para autorregramento. O branco, que a lei deixa, é interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que estatui: "O que, no branco, deixado à autonomia da vontade, fôr querido tem eficácia". Onde essa regra jurídica explícita ou implicitamente não existe, a vontade não tem efeitos. A vontade só tem efeitos porque é elemento de suporte fático que se torna fato jurídico e é êsse que irradia eficácia. Fala-se de efeito da vontade por abreviação. O que há é efeito do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, ou do ato ilícito, cujo suporte fático está à vontade.²⁷⁵

Como se aduz do quanto exposto, no contrato de consórcio, os deveres de

²⁷³ KUYVEN, L. F. M. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial* – Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 776.

²⁷⁴ CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 170.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 46, t. III.

colaboração são intimamente relacionados ao adimplemento das obrigações das partes consorciadas, posto que, nesses contratos, a contribuição de cada parte se dá por meio da execução correta e ajustada da parte que lhe cabe no empreendimento comum, de forma a permitir a consecução do objeto do consórcio.

Não há dúvida, portanto, que, em termos de consórcio, a colaboração, como decorrência do princípio de cooperação, impõe um conjunto de comportamentos ativos que convergem para o objetivo comum. A colaboração corresponde, assim, à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, dada a forte influência do princípio da cooperação nos contratos associativos.

Quanto aos demais deveres ligados aos deveres de colaboração, tais como os deveres de lealdade, de proteção, de não concorrência, de sigilo, de informação, dentre outros deveres que podem se apresentar no caso concreto, a ausência de positividade não impede a sua aplicação, embora tal fato possa gerar certa insegurança jurídica, e permitir ao intérprete do contrato, na linha do quanto defendido por Chenut e Kuyven *supra*, a imposição de deveres que podem extrapolar as expectativas da parte no momento da celebração do contrato.

Desta feita, é de se indagar a extensão dos deveres de colaboração das partes no contrato de consórcio no ordenamento pátrio, haja vista a ausência, nas normas legais que regem esse tipo contratual, de previsão que dê margem à interpretação de que tal contrato impõe deveres de lealdade mais intensos entre as partes, ou deveres que ultrapassem aqueles decorrentes da boa-fé objetiva, presentes em todos os contratos comerciais, calcando-se a imposição desses deveres em bases doutrinárias.

3.2.1 Ausência de previsão legal dos deveres de colaboração

De início, interessa observar que, no ordenamento francês, o contrato de consórcio está sujeito ao direito comum das obrigações e, portanto, às obrigações de boa-fé e aos corolários que são impostos nas relações individuais entre os membros, inclusive na fase pré-contratual, nos termos do código civil francês

desde a reforma de 2016. Porém, nesse país, a reforma do código civil consolidou o dever de colaboração e informação²⁷⁶ das partes, inclusive na fase pré-contratual.²⁷⁷

Para COSTA, o princípio da segurança jurídica exige que o direito se apresente de forma sistemática, evitando as antinomias decorrentes da multiplicidade de estatutos especiais, decodificantes.²⁷⁸

Por seu turno, sustenta THEODORO JUNIOR que não pode o Direito

²⁷⁶ Nos termos do art 1112-1: “*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. » Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.*”

²⁷⁷ Nas palavras dos juristas FRANÇOIS e ESPELLAC: *En cela, par-delà la diversité des appellations, des contextes dans lesquels on le trouve et de ses clauses, le contrat de consortium demeure une création purement contractuelle. Non-immatriculé et le plus souvent occulte (vis-à-vis des tiers, voire du client), sans personnalité morale et sans forme sociale, il repose exclusivement sur le droit des obligations. Seul un projet de loi, déposé devant le parlement en 1976 et rapidement abandonné, a eu pour ambition de donner au groupement momentané d'entreprises un réel statut juridique (1). La singularité d'un tel contrat a été rappelée à plusieurs occasions par la doctrine, et certains auteurs sont favorables à la création d'une catégorie de contrats spéciaux (2). Moins ambitieuse, la nouvelle réforme du droit des contrats (3) ne fait aucune mention expresse au contrat de consortium, mais ses dispositions phares et certaines dispositions relatives à la solidarité passive pourraient impacter certains des principaux sujets qui y sont généralement traités. (...)Le contrat de consortium est soumis au droit commun des obligations, et donc aux obligations de bonne foi et ses corollaires qui s'imposent dans les rapports individuels entre les membres. Les articles 1104 et 1112 du code civil précisent que cette obligation de bonne foi s'impose aux parties dès les négociations précontractuelles. Dans le cadre d'un consortium, cela signifie que les futurs membres ont l'obligation de fournir les informations nécessaires pour que chacun d'entre eux puisse bâtir sa partie de l'offre globale, de collaborer activement à la constitution de cette offre et de ne pas se retirer abruptement et sans raison valable. Sur ce point, la France se rapproche de certains systèmes européens qui ont déjà étendu l'exigence de bonne foi à la phase précontractuelle (4). En outre, l'article 1112 du code civil vient consacrer un principe jurisprudentiel, qui est celui de la seule indemnisation des pertes subies, en cas de faute lors des pourparlers (5). Les frais engagés par les partenaires, par exemple pour la remise d'une offre, pourraient être couverts ; pas le bénéfice attendu de l'exécution du contrat. Enfin, la réforme vient également consolider un devoir de collaboration et d'information. Le devoir d'information s'impose en particulier au mandataire, qui communique directement avec le client pour le compte des autres membres du consortium et doit leur rendre compte, mais il s'étend également aux autres membres dans la poursuite de l'exécution des prestations au jour le jour. Le degré d'implication de chacun dans un projet complexe doit faire l'objet d'un suivi quotidien et d'une communication régulière entre les membres, en toute transparence.” (FRANÇOIS, Pierre ; ESPELLAC, Julien. *Revue Lamy droit des affaires*, n. 118, 1/sep/2016. Disponível em <<https://www.pinsentmasons.com/PDF/2016/Contrats-d%E2%80%99affaires-impacts-de-la-r%C3%A9forme-du-droit-des-obligations.pdf>>. Acesso em 20.12.2017).*

²⁷⁸ COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 518.

prescindir de um mecanismo prático para que a observância do ordenamento jurídico não se confunda com um simples anseio ético diante da resistência de indivíduos insurgentes. Assim, assevera o jurista, as regras do Direito são elaboradas de tal forma que indiquem o preceito a ser seguido, e a sanção correspondente, pois, por meio de medidas sancionatórias, consegue-se tanto restaurar o equilíbrio social abalado pelo comportamento ilícito do indivíduo sujeito à norma jurídica, quanto persuadir, de antemão, o devedor a cumprir espontaneamente sua obrigação.²⁷⁹

Na mesma esteira, conforme LAMY (2006), quando a obrigação de fazer é infungível, não podendo ser prestada por pessoa diversa que o próprio devedor, maior é a importância dos meios de coerção para levar o obrigado a adimplir, pois que toda uma cadeia de pessoas é prejudicada pelo inadimplemento do dever, o que gera insegurança social e o esfriamento da economia. Assim, como consequência da infungibilidade, quando o devedor não é obrigado a realizar a prestação, ou quando esta se torna impossível, não resta, em geral, outra alternativa senão a resolução em perdas e danos, o que não apenas prejudica o credor como também toda a coletividade.²⁸⁰

Assim, sustentou NERY JUNIOR, em parecer no qual analisou a possibilidade de o inadimplemento de obrigações em acordo de associação ensejar execução específica da obrigação de fazer, que a execução específica é a regra e o modo normal como as obrigações devem ser cumpridas, sendo a resolução em perdas e danos a exceção. Segundo o jurista, ninguém celebra contrato para ver-se indenizado ou para indenizar, e sim para ver as obrigações assumidas em contrato fielmente adimplidas, tal como convencionado entre as partes.²⁸¹

Sobre esse aspecto, leciona COELHO que a obrigação tem sido encarada não como um vínculo de sujeição do devedor ao credor, mas como uma relação

²⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato de Consórcio - Garantias e Exequibilidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 641, p. 7, mar.1989.

²⁸⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. O Dever de Boa-Fé na Execução de Fazer Infungível. *Revista de Processo*, vol. 140, p. 304, 2006.

²⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Contrato de Associação - Inadimplemento e Execução Específica. Soluções Práticas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 149, v. 7.

de cooperação, em razão da interdependência da conduta das partes no atendimento dos interesses de cada uma e no atendimento de seus direitos. Assim, existe o entendimento de que o Código Civil teria adotado essa concepção da obrigação, em função do princípio da boa-fé, da eticidade e da função social. Não obstante, essa interpretação, segundo o autor, representaria uma flexibilização das normas do direito obrigacional, fornecendo fundamentos retóricos para justificar decisões judiciais afastadas dos preceitos da lei.²⁸²

Do mesmo modo, sustenta VENOSA que a obrigação deve conter uma prestação de conteúdo patrimonial, não se confundindo com certos deveres que escapam à sua conceituação. Não obstante, afirma o doutrinador que, sendo o conteúdo da obrigação exclusivamente moral, e a sua efetivação sendo coercível, residirá na coercibilidade o caráter patrimonial da obrigação, consoante preceituado pelo art. 1.174 do Código Civil Italiano de 1942.²⁸³

Nesse sentido, afirma TUCCI que o adimplemento da obrigação ocorre quando o devedor cumpre o programa obrigacional a que se vinculou, de forma voluntária, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor, à luz da cláusula geral da boa-fé e da função social:

(...) é tarefa simples constatar que os institutos de direito obrigacional não podem mais ser encarados de maneira inflexível, principalmente levando em consideração que, no Brasil, a denominada crise da teoria das fontes, foi expressamente “superada” com a inserção das chamadas cláusulas gerais nos arts. 421 e 422 do CC/2002 (LGL\2002\400). (...) Em suma, é necessária uma releitura (uma perspectiva mais dinâmica) à luz da cláusula geral da boa-fé e da função social, e não simplesmente em decorrência da lei. É possível concluir que, em sendo hoje a obrigação encarada como a relação jurídica destinada ao adimplemento, só relevante quando voltada para certo escopo econômico-social e só tutelada quando em harmonia com a boa-fé objetiva, o adimplemento é o instituto pelo qual o devedor cumpre espontaneamente o programa obrigacional a que se vinculou, desde que seja satisfeito o interesse objetivo do credor, o que permitirá a produção dos demais efeitos, quais sejam: a liberação do devedor e a extinção do vínculo obrigacional.²⁸⁴

²⁸² COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.50-51, v. 2.

²⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

²⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Adimplemento: Conceito e sua Natureza Jurídica. Due performance: concept and legal nature. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 10, p. 51 – 72, jan/mar/ 2017. DTR\2017\478. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 26.12.2017.

Assim, conquanto não se questione a possibilidade de execução específica das obrigações assumidas pelas partes nos contratos de consórcio, não há, na lei, dispositivo que propicie segurança jurídica em relação aos deveres de colaboração dos integrantes de consórcio de empresas. Soma-se a isso o fato de os deveres de cooperação serem insuscetíveis de execução forçada²⁸⁵.

Não obstante, leciona FERRIANI que o descumprimento de deveres anexos também configura inadimplemento da obrigação:

O inadimplemento absoluto é caracterizado quando o devedor, culposamente, não cumpre a obrigação e, embora tenha como fazê-lo, não mais interessa ao credor receber a prestação. A mora ocorre quando o devedor, culposamente, não cumpre a obrigação no tempo, lugar e forma devidos, mas subsiste a possibilidade de fazê-lo, além de ser útil ao credor o recebimento. Trata-se de um cumprimento defeituoso. A essas duas espécies de inexecução, pode-se acrescentar a não satisfação, pelas partes envolvidas numa relação jurídica, de deveres mais vagos, mas não menos importantes. São os deveres instrumentais, também chamados deveres anexos, os deveres incidentes pela inobservância da boa-fé objetiva, como são, dentre outros, os deveres de cuidado, de esclarecimentos, de cooperação. O contratante que apresenta conduta desleal incide também em inexecução.²⁸⁶

Igualmente, sustentou BETTI, sob a égide do Código Civil italiano, que o contrato obriga as partes não só ao expressamente acordado, mas também às suas consequências, impostas pela lei. Assim, sua interpretação deverá ser feita sob a luz da razão, da boa-fé, e no sentido mais conveniente à natureza, e ao objeto do contrato.

Assim, por ex., num contrato, é preciso distinguir as prestações que as partes efetuam ou prometem nas relações recíprocas entre elas – prestações, em cuja pactuação os romanos viram “*ultra citroque negotium gerere*” (D.50,16,19) -, do conjunto das obrigações e das expectativas a que essas partes estão obrigadas ou para que estão legitimadas, conforme a valoração que a lei faz do *negotium gestum*, embora elas não tenham disso uma clara compreensão. O contrato – adverte o artigo 1.374 – obriga as partes não só ao que nele está expresso, mas também a todas as consequências que dele derivam, segundo a lei. Até as declarações elípticas trocadas, no caso particular, entre as partes, são integradas, em sede de interpretação, segundo a razão (1.365), ou a boa-fé (1.366), ou no sentido mais conveniente à

²⁸⁵ Conf. CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005, p. 181.

²⁸⁶ FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55, p. 133-165, jan-mar/2012. DTR\2012\2467. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 25.12.2017.

natureza, e ao objeto do contrato (1.369).²⁸⁷

Reforça esse entendimento o quanto afirmado por FORGIONI, e já citado no presente trabalho, no sentido de que a natureza da associação, juntamente com a sua função econômica, têm impacto fundamental sobre os deveres de colaboração.²⁸⁸

Nesse sentido, é possível aventar que o desrespeito aos deveres de colaboração, no âmbito do contrato de consórcio, possuiria o condão de contaminar o adimplemento da obrigação assumida pela parte, podendo ser objeto de indenização, sob a luz da boa-fé.

Assim, embora a Lei nº 6.404/76 tenha trazido maior segurança jurídica ao instituto do consórcio de empresas, estabelecendo seus requisitos mínimos e determinando a ausência de presunção de responsabilidade solidária, referido normativo, no intuito de conceder flexibilidade às partes para se autorregularem, acabou por criar um vácuo legal ao não classificar a relação das partes como colaborativa.

Esse silêncio legal pode acarretar consequências para a exigência de deveres de colaboração entre os consorciados, tais como os deveres de lealdade, de não concorrência, de sigilo, de confiança ou de informação, por exemplo, conforme já tratado no presente trabalho.

A esse respeito, sustenta COUTO E SILVA que a ausência de previsão legal do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916 não impede a sua aplicação, pois que regra de conduta:

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. Tradicionalmente, o credor tinha sua conduta restringida, embora de modo mais tênue, pela faculdade que possuía e possui o devedor de obliterar, obstaculizar ou

²⁸⁷ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 229.

²⁸⁸ Nota 96.

encobrir a pretensão através da *exceptio doli generalis* ou *specialis*.²⁸⁹

Não obstante, nessa circunstância, o papel do intérprete se torna extremamente importante, reduzindo a segurança e a previsibilidade do negócio jurídico.

Nessa linha, assevera COELHO que, nos contratos associativos, é necessário empregar cautela ao se avaliar a conduta das partes, de forma a identificar as ações tomadas pelas partes que sejam justificadas, e aquelas que sejam abusivas, sob a luz dos deveres de colaboração²⁹⁰.

Acerca do assunto, leciona FORGIONI que, nos contratos empresariais, o respeito à autonomia econômica dos agentes é fundamental para a preservação das liberdades econômicas, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de sua própria vontade. Nessa esteira, autorizar o intérprete a ajustar disposições contratuais, sob a égide do princípio de preservação dos contratos, pode golpear a liberdade dos agentes, ferindo a Constituição.²⁹¹

²⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

²⁹⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: obrigações e contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70, v. 5.

²⁹¹ Nas palavras da jurista: “*Os prejuízos sistêmicos que adviriam do ataque ao princípio do pacta sunt servada (sic.) e da liberdade de contratar não parecem compensados por eventual ganho decorrente na preservação forçada. É preciso abandonar certo “preconceito progressista” que presume ser o respeito ao pacto asserção própria apenas ao contexto social e econômico do século XVIII. Novamente: trata-se de um dos principais pilares do sistema mercantil; sem ele, rui o mercado. Exceções devem ser tomadas cum grano salis e se alçam não a partir da vontade do julgador, daquilo que ele entende ser “correto”, mas da prática de mercado e da preservação da legítima expectativa.*” (FORGIONI, Paula A. *Integração dos Contratos Empresariais: Lacunas, Atuação dos Julgadores, Boa-Fé e seus Limites. Integration of business contracts: gaps, actions of the judges, good faith and its limits. Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, p. 233, abr-jun/2015. DTR\2015\9732. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017).

4. TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO DE CONSÓRCIO NO BRASIL

No presente capítulo, analisar-se-á a importância da definição das obrigações específicas das partes no contrato de consórcio, sob a perspectiva da Lei nº 6.404/76, além das possíveis consequências da estruturação das obrigações nesses contratos.

4.1 Definição das obrigações e prestações específicas

No consórcio, como a origem etimológica já demonstra, prevalecem os consorciados e suas vontades. Nesse sentido, a principal característica do instituto é autonomia recíproca daqueles que se associam e compartilham de um mesmo objetivo empresarial.²⁹²

Conforme assevera NORTH (1991), transacionar sempre representa custos. Contratos exigem recursos para serem celebrados, desde a negociação, até a execução. Nesse sentido, sendo o propósito da transação o de gerar lucro, os custos de transação são um fator decisivo para o desempenho econômico do negócio pretendido.²⁹³

Os custos de transação surgem em razão dos custos de medir as inúmeras variáveis envolvidas nas transações (custos de informação) e dos para implementação das obrigações contratuais (custos de execução). A informação não só é escassa e custosa, como também é incompleta, e a execução não é apenas cara, mas também imperfeita. Instituições e organizações eficazes podem reduzir os custos de transação de modo a potencializar os ganhos de cada

²⁹² BOCKMANN, Egon. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº 3, ago-set-out/2005. Disponível em <www.direitodoestado.com.br> Acesso em 28/06/2017.

²⁹³ “It takes resources to define and enforce exchange agreements. Even if everyone had the same objective function (like maximizing the firm's profits), transacting would take substantial resources; but in the context of individual wealth-maximizing behavior and asymmetric information about the valuable attributes of what is being exchanged (or the performance of agents), transaction costs are a critical determinant of economic performance.” (NORTH, Douglas C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, nº 1, p. 99, winter 1991).

transação²⁹⁴.

A interdependência mútua de investimentos, juntamente com a incerteza do negócio, são particularmente significativos para a compreensão dos riscos contratuais associados às relações colaborativas. Fato é que a combinação de altos investimentos com as incertezas inerentes a qualquer relação colaborativa possibilita o surgimento de comportamentos oportunistas.

Ensina FORGIONI²⁹⁵ que os contratos de colaboração tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio.

Com efeito, sabemos que a racionalidade limitada dos agentes e a impossibilidade de se prever o futuro resultam em lacunas contratuais, que devem ser resolvidas pelas partes para que o negócio possa prosperar. Essa “resolução” das lacunas implica, no mais das vezes, cooperação e boa-fé das partes contratantes. Ora, até mesmo contratos típicos e não colaborativos, como a empreitada, exigem cooperação para a resolução de lacunas²⁹⁶.

Nesse sentido, assevera WILLIAMSON:

The study of governance also appeals to bounded rationality, but the main lesson for the science of contract is different: all complex contracts are unavoidably incomplete, on which account the parties will be confronted with the need to adapt to unanticipated disturbances that arise

²⁹⁴ NORTH, Douglass Cecil. Transaction costs, institutions, and economic performance. *International Center for Economic Growth Publication*, San Francisco, California, p. 29, 1992.

²⁹⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

²⁹⁶ Vejamos o exemplo típico de uma empreitada complexa de infraestrutura ou civil, cujo contrato preveja penalidades por atraso ou paralisação das obras. Não raro, ocorrem atrasos de ambos os lados (empreendedor e empreiteiro). O empreendedor frequentemente precisa paralisar as obras em razão de questões ambientais, regulatórias e até mercadológicas. O empreiteiro, por sua vez, sofre com greves dos trabalhadores de construção, questões climáticas e inadimplementos de seus subcontratados. As partes iniciam, assim, uma troca de pleitos e demandas, baseada nas penalidades contratualmente previstas. O empreendedor, então, se vê em uma situação extremamente delicada, pois, se rescindir o contrato, precisará contratar outro empreiteiro, o que certamente implicará maior atraso para conclusão do empreendimento e mais custos de transação. O empreiteiro, por seu turno, não quer perder o contrato, porém não consegue arcar com os custos de paralisação de seus equipamentos e mão-de-obra. O resultado pode ser um de dois: se as partes estiverem dispostas a cooperar, podem chegar a um acordo; se não estiverem, provavelmente partirão para uma briga judicial ou arbitral.

*by reason of gaps, errors, and omissions in the original contract.*²⁹⁷

Na lição de FORGIONI, os agentes econômicos encaram a incompletude natural dos contratos associativos como risco, contra o qual se protegem na medida do possível e do que se apresenta economicamente razoável. “Os agentes econômicos desenham seus contratos cientes de que, com toda a probabilidade, eles não serão perfeitamente adequados a todas as circunstâncias futuras; não obstante, procuram moldá-los da melhor maneira.”²⁹⁸

Como se vê, não é preciso ir muito longe para se concluir que nenhum contrato complexo ou de longo prazo é completo, pois não se podem antever todas as situações que surgirão durante sua execução. Dessa forma, em um contrato no qual não haja nenhuma colaboração entre as partes, um contratante pode, por exemplo, aproveitar-se de uma lacuna contratual para prejudicar a outra parte, ou eximir-se de uma obrigação. Nessa hipótese, abre-se margem para o comportamento oportunista das partes, assim como para uma atitude cooperativa.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº 6.404/76 que o consórcio é constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão, dentre outras cláusulas, a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas (art. 279, IV).

Conforme leciona MARTINS, a definição das prestações específicas de cada parte é, certamente, a parte mais importante do contrato, pois fixa os encargos assumidos por cada sociedade e o modo de realizá-los. Entende, assim, que essa parte deve ser suficientemente detalhada para que cada um dos participantes do consórcio possa executar aquilo a que se obrigou, fazendo jus à contrapartida em função da realização dessas prestações.²⁹⁹

Também segundo CARVALHOSA (2011), é necessária a definição clara e

²⁹⁷ WILLIAMSON, Oliver E. The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract. American Economic Association. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, p. 5, 2002.

²⁹⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.186.

²⁹⁹ Conf. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1150.

individualizada das prestações atribuídas às consorciadas:

O presente inciso atende à natureza específica do consórcio, qual seja, a prestação individualizada que cada consorciada se obriga a trazer para a atividade consorcial. Não deve existir confusão de prestações de cada uma e muito menos, pode ser admitida uma indefinição sobre elas. E essa determinação das obrigações e das responsabilidades visa a compensar a ausência de presunção de solidariedade entre as consorciadas. 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 atos ilícitos delas decorrentes. Também, essa definição de prestações aproveita aos próprios consorciados, nas suas relações, na medida em que permite exigir o cumprimento das obrigações assumidas.³⁰⁰

Igualmente, afirma SILVA (2015) que a delimitação das obrigações e responsabilidades é essencial para afastar a presunção de responsabilidade solidária das consorciadas³⁰¹. Com efeito, pela leitura do texto do artigo 278 da Lei nº 6.404/76, que determina que “as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”, torna-se fácil perceber que, sem definição das prestações específicas de cada parte (art. 279, IV), não é possível afastar a responsabilidade solidária pela sua execução.

Para EIZIRIK, a delimitação das obrigações e responsabilidades de cada consorciada é fundamental, inclusive no que concerne às obrigações de aporte de recursos:^{302 303}

Aspecto fundamental do contrato de consórcio refere-se à definição das obrigações e responsabilidades de cada consorciada. Como o contrato é firmado tendo em vista um empreendimento determinado, para o qual se conjugam os esforços das partes, devem ficar perfeitamente explicitadas as prestações de cada uma delas: se em recursos financeiros, tecnologia, expertise, distribuição de bens, etc. Tratando-se de aporte de capital, recomenda-se que a quantia seja determinada ou determinável, e que haja previsão de sua periodicidade e dos critérios de sua atualização monetária.

³⁰⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 466, 4. vol., tomo II.

³⁰¹ SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115.

³⁰² EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 565, v. III. p. 567.

³⁰³ Ver-se-á, *infra*, que a indefinição acerca das obrigações de aporte de recursos pode resultar em problemas na execução do empreendimento.

No mesmo sentido, afirma MILTON que o tema da divisão de escopo e responsabilidades costuma causar conflitos nos consórcios, devido à definição inadequada de onde o escopo de um membro termina e outro começa. Recomenda-se, portanto, que as partes elaborem anexos integrantes do contrato de consórcio, delimitando, da forma mais detalhada possível, as atribuições de cada parte, de forma a já antecipar possíveis divergências entre os consorciados.³⁰⁴

Destarte, é, de fato, recomendável a inclusão de disposições contratuais além das cláusulas mínimas delimitadas no artigo 279 da Lei nº 6.404/76, conforme recomendado por CARVALHOSA.³⁰⁵

Na opinião de CARVALHO (2001), em se tratando de *joint venture* contratual, uma vez identificado o interesse de cooperação, as partes devem colocar no papel todos os elementos da negociação, de forma a possibilitar economia de tempo e evitar o surgimento de dúvidas em etapa posterior da negociação ou do projeto. Segundo a autora, não se trata de um simples contrato a ser estipulado entre as partes, como compra e venda, mas de algo muito mais complexo, que implicará a renúncia de parcela da autonomia das partes, em prol da realização do empreendimento comum. O contrato deve, assim, prever a solução de possíveis problemas que naturalmente ocorrerão, como a questão da concorrência, da entrada de novo sócio, da administração etc.

³⁰⁴ Nas palavras do autor: “*This question of division of work causes more problems in modern consortia, particularly those involving members from different countries, than any other. This is due to an inadequate definition of where one member's scope ends and another's begins. Vague phrases such as "supply all construction materials," or "provide all equipment needed for," should be avoided in any consortium agreement. Good practice indicates that annexes listing the exact scope of each member, in the maximum degree detail possible, be prepared prior to the conclusion of either the consortium agreement or the final contract with the customer. At this stage, differences in opinion as to proper scope can be adjusted rather easily, pricing can be modified in accordance with the resulting allocation, and unwarranted, possibly duplicative, contingencies can be eliminated, to the commercial enhancement of the project. Conversely, such preparation also will reveal omissions in coverage which can require either an upward adjustment of the total price or, if that is no longer possible, a review by the members of their collective desire to continue with the project.*” (MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. *International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017)..

³⁰⁵ Nota 152.

De fato, a celebração de contratos de *joint venture* implica custos de transação consideráveis aos participantes, ainda que se trate, usualmente, de uma modalidade contratual padronizada. E tais custos de transação são diretamente proporcionais ao número de participantes da *joint venture*, como afirma um estudo empírico realizado por pesquisadores chineses de 224 *joint ventures* internacionais. O estudo concluiu, como já se poderia imaginar, que o sucesso da *joint venture* está intimamente relacionado à completude do contrato e à cooperação dos participantes.^{306 307}

³⁰⁶ *"In a sample of 224 international joint ventures, we find that the number of partners is negatively related to venture contract completeness and partner cooperation, both of which are positively related to joint venture performance. The number of partners is inversely related to joint venture performance and the relationship is mediated by contract completeness and partner cooperation. (...) In sum, our study is the first to develop and empirically test a conceptual model in which contract completeness and partner cooperation mediate the impact of parent number on joint venture performance. The study contributes to the transaction cost theory of joint ventures by highlighting that a joint venture is not a homogenous governance mode and that the number of parents is a contingency factor affecting the costs associated with the joint venture mode. The number of parents affects not only contractual (i.e., contract completeness) but also relational governance (i.e., partner cooperation). Finally, while transaction cost theory articulates the roles of contract and administrative fiats in inhibiting opportunism, this study suggests that relational governance such as partner cooperation may also act as an effective governance device that improves venture performance."* Para mais informações sobre o estudo: GONG, Yaping et al. Do Multiple Parents Help or Hinder International Joint Venture Performance? The Mediating Roles of Contract Completeness and Partner Cooperation. *Strategic Management Journal*, vol. 28, ed. 10, p. 1021–1034, out/2007. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/8c2d/b0c1a7c686c00ae65188998387d865d317a3.pdf>>. Acesso em agosto de 2016.

³⁰⁷ Outro estudo interessante, que pode ser relacionado à pesquisa acima citada e ao presente trabalho, foi realizado por Park e Russo em 1996, e teve como foco a análise do insucesso de joint ventures, sob a perspectiva da teoria dos custos de transação. O estudo concluiu que (i) assim como a economia dos custos de transação pode levar à formação de joint ventures, ela pode, igualmente, explicar a razão pela qual elas costumam ser mal sucedidas; (ii) a formação de joint ventures entre concorrentes é um negócio deveras arriscado, já que a proteção de know-how se torna especialmente difícil, e há muitos incentivos para o comportamento oportunistas dos participantes; (iii) o insucesso das joint ventures parece ser atribuído à incapacidade de se conciliar as governanças externas de cada participante com a governança interna da joint venture; (iv) há um período de "lua-de-mel" que se segue após a celebração de uma joint venture, porém os índices de insucesso chegam ao pico no médio prazo após a sua criação; e (v) a escolha dos parceiros é de suma importância. Interessa notar que o estudo de Park e Russo também propõe que o número de participantes de um contrato pode afetar os custos de coordenação e a complexidade gerencial de negócio. Isso se dá porque, conforme o número de participantes aumenta, as chances de haver disputas em relação ao objetivo original da relação também aumenta, assim como os custos de transação para monitorar-se o cumprimento do contrato. As conclusões dos estudos acima estão alinhadas com a proposição de Douglas C. North, já citada neste trabalho, de que a cooperação é tanto mais provável quanto menor o número de agentes envolvidos. *"Joint ventures are designed to meet the goals both of individual firms and of the collective undertaking, and will be successful when the value of collective outcomes exceeds opportunity costs incurred by participants, and when the distribution of both is fair. But once this system of balanced and equitable contributions, benefits and safeguards is jeopardized, so is the joint venture itself. Incentives to cheat can then be energized, and subsequently, partners may behave opportunistically to attain their own competitive goals, not the collective goals of the venture."* (RUSSO, Michael V.; PARK, Seung Ho. When Competition Eclipses Cooperation: An

Nesse cenário, surge a dificuldade de se antever, ainda em fase preliminar da negociação e do projeto, as responsabilidades, direitos e obrigações das partes. Tal situação pode, inclusive, gerar desconforto para as partes, pois não é possível, antes mesmo de encerrarem qualquer acordo, já prever e tratar de problemas, deixando transparecer uma atitude pouco otimista com relação ao empreendimento.³⁰⁸ Nas palavras da autora:

A negociação de um acordo de *joint venture* deve ser cercada de cautelas e por sua natureza deve ser minuciosa, mesmo que as empresas já atuem juntas na atividade empresarial. Para não correr o risco de conflitos posteriores, prejudicando a relação instituída, ou mesmo atingindo a imagem das empresas no mercado, os negociadores devem pecar pelo excesso de formalismo.³⁰⁹

Percebe-se que, na opinião da autora, a negociação deve pecar pelo excesso, sempre procurando antecipar e regular os possíveis conflitos e problemas a serem enfrentados pelas partes na execução do objeto.

Entretanto, não é possível, especialmente em contratos associativos de execução continuada, prever todas as situações que se apresentarão às partes. Mais que isso, grandes esforços nesse sentido tornariam a negociação deveras custosa e inviabilizariam o negócio, privando os agentes das possibilidades que uma associação bem sucedida possibilitaria.

Segundo EIZIRIK, como é característica essencial do consórcio a prestação individualizada que cada consorciada deve trazer para atingir o fim comum, o contrato deve ser muito claro, para que se evite a indefinição das responsabilidades das partes.³¹⁰

No mesmo sentido, leciona COUTO E SILVA que a determinação do objeto da obrigação é requisito de sua eficácia:

A determinação é requisito não só do sujeito, mas também do objeto. A

Event History Analysis of Joint Venture Failure. In *Management Science*, jun/1996.

³⁰⁸ CARVALHO, Patrícia. Joint Venture - Um Olhar Voltado para o Futuro. *Revista de Direito Privado*, vol. 6, p. 162-172, abr-jun/2001. DTR\2001\662. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017. p. 166.

³⁰⁹ Idem.

³¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 565, v. III, p. 568.

determinação quanto ao último aspecto opera-se sempre no campo obrigacional e refere-se às obrigações de dar coisa genérica e às alternativas. A determinação que se opera no plano obrigacional é, entretanto, requisito do pagamento, do adimplemento. Para que alguém possa solver é imprescindível que o objeto da prestação (o bem, a coisa) esteja perfeitamente individuado. Constitui-se, por isso, a determinação do objeto em requisito da eficácia do negócio dispositivo. Ela se realiza no plano obrigacional e constitui fase do desenvolvimento do vínculo em direção ao adimplemento. Mas o adimplemento, como tal, não pertence à "construção" da obrigação, pois é o ato que a extingue. (...) Comparando, portanto, a determinação do sujeito do vínculo obrigacional com a do objeto da prestação, chega-se à conclusão de que a determinação daquele pode correr posteriormente ao adimplemento. A determinação do objeto da prestação, entretanto, deve ocorrer antes do adimplemento, sob pena de ineficácia. Isso é importante, porque não é apenas o pagamento que extingue a dívida, mas o pagamento eficaz. No plano de adimplemento, inserir-se-ão as regras, a ele referentes, previstas no art. 930 (304) e seguintes do Código Civil e correspondentes ao pagamento.³¹¹

Pelo exposto acima, conclui-se que o contrato de consórcio deve definir as prestações individuais a que cada consorciada se obriga para atingir o fim comum, sendo esse requisito fundamental do pacto, e essencial para afastar a presunção de responsabilidade solidária das consorciadas. Não obstante, como se verá a seguir, essa delimitação nem sempre ocorre.

4.2 Estruturação das Obrigações no Contrato de Consórcio

Como se viu, a Lei nº 6.404/76 estabelece como requisito essencial do contrato de consórcio a definição das prestações específicas das partes. No entanto, não é necessário ir muito longe para concluir que, nem sempre, essa definição é efetivamente estabelecida.

Com efeito, analisando-se alguns contratos de consórcio disponíveis no site da Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP, verifica-se que, não raro, os contratos não contêm a delimitação das obrigações de cada parte, por vezes sequer contendo cláusula específica de definição das prestações, limitando-se os contratos a estabelecer o objeto do consórcio como obrigação das

³¹¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 60-61.

partes, cada uma na proporção de sua “participação”.³¹²

De fato, diversos motivos podem ser citados para explicar esse cenário. A divisão ou integração de atividades entre as consorciadas dependerá fundamentalmente do tipo de consórcio (se interno ou externo, homogêneo ou heterogêneo, operacional ou instrumental, vertical ou horizontal), bem como de seu objeto. É muito provável, por exemplo, que em um consórcio vertical, as prestações a serem cumpridas pelas partes não sejam idênticas, tendo em vista que as partes, nesse tipo de consórcio, atuam em ramos diferentes, e têm o intuito de complementar suas atividades, de naturezas distintas, para a consecução do objeto.

Outros fatores também podem explicar a ausência de definição das prestações individuais, tais como a impossibilidade de predeterminação das atividades necessárias à consecução do objeto, a urgência na celebração do contrato ou, até mesmo, a baixa especialização das partes ou de seus advogados. Tudo em linha com a racionalidade limitada dos agentes econômicos e a complexidade do contrato de consórcio.

Inobstante, importa, para o presente estudo, verificarmos as características das obrigações assumidas pelas partes no contrato de consórcio, posto que contrato associativo, e as consequências da estruturação dessas obrigações para as partes e para o negócio pretendido.

Sobre esse tema, afirmou NERY em parecer já citado no presente trabalho, no qual analisou a possibilidade de o inadimplemento de obrigações em acordo de associação ensejar execução específica da obrigação de fazer, que a característica associativa do negócio impõe às partes um caminho (*iter*) obrigacional a ser cumprido.

Nota-se, portanto, sem reboços, que as partes celebraram um *contrato* [definitivo] de *associação*, cujo objetivo, para que pudesse ser alcançado, impunha, necessariamente, um certo *iter* obrigacional que deveria ser fielmente cumprido pelas partes para que o fim por elas colimado [associação e integração dos negócios] pudesse, de fato, ser

³¹² É de se questionar o papel da Junta Comercial no arquivamento de tais contratos, posto que carentes de um dos elementos essenciais exigidos pela lei, que é a delimitação das obrigações das partes.

alcançado. (...) Trata-se, assim, de contrato que é *internamente* complexo, prevendo uma diversidade de obrigações *concatenadas* e *interligadas*, todas visando ao atingimento do escopo principal desse contrato de *associação e integração negocial*. Dizemo-lo, pois, *internamente complexo* em razão justamente desse *iter obrigacional* que deve ser observado pelas partes para que o objetivo *final* do contrato [associação e integração de negócios] possa ser alcançado. Consubstancia-se, portanto, em um negócio jurídico que possui um *programa de prestações*, ou melhor, um *programa de etapas de cumprimento das prestações* sempre polarizado pelo fim último do contrato: *associação e integração negocial*. [cfr. Cláusulas ___ e ___ do Contrato: ___ e ___].³¹³

É possível apontar, a partir da leitura do trecho em destaque acima, que a natureza complexa do contrato de associação impõe às partes um “*programa de etapas de cumprimento das prestações*” que deve ser fielmente cumprido, de forma a possibilitar o sucesso do objeto do contrato, o que também parece ser o caso do consórcio.

Essa constatação ajuda a explicar a dificuldade de se preestabelecer as prestações específicas das partes, a depender do tipo de consórcio e de seu objeto. Assim, é precisamente nessas lacunas contratuais que a colaboração das partes entra em cena, adquirindo maior importância e impondo maiores desafios.

Nesse sentido, conforme o entendimento de TUCCI já refletido no presente trabalho, o adimplemento da obrigação ocorre quando o devedor cumpre o programa obrigacional a que se vinculou, de forma voluntária, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor, à luz da cláusula geral da boa-fé e da função social.

Entretanto, já se demonstrou que, nos consórcios, essa relação credor x devedor não se verifica da mesma forma que nos contratos de intercâmbio e, se somarmos a isso a ausência de definição das prestações individuais de cada consorciada, a importância da colaboração para o sucesso do empreendimento se torna evidente. Isso porque a natureza plurilateral do contrato de consórcio distorce essa relação sinalagmática, direcionando as obrigações das partes ao escopo comum, ao objeto do contrato. Ademais, se tomarmos como premissa o

³¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Contrato de Associação - Inadimplemento e Execução Específica. Soluções Práticas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 155-156, v. 7.

entendimento de que aos contratos plurilaterais não se aplica a exceção do contrato não cumprido, na concepção de ASCARELLI já citada neste trabalho, fica clara a importância da estruturação das obrigações das partes no contrato de consórcio, de forma a permitir, ao menos, a execução específica das obrigações eventualmente inadimplidas.

Nas próximas linhas, serão analisadas as formas de estruturação das obrigações das partes nos consórcio, bem como suas consequências para a “vida” desses contratos, para a relação das partes e para o empreendimento objetivado.

4.2.1 Integração das Obrigações

Para os fins do presente trabalho, consideraremos como “integração” das obrigações das consorciadas a ausência de delimitação das obrigações individuais de cada parte no contrato, de forma que ambas se obriguem a parcela indefinida (qualitativamente) do objeto.

Nesse sentido, há diversos exemplos de contratos de consórcio³¹⁴ nos quais as obrigações das partes são integradas, dentre os quais podemos citar: (i) Consórcio SP, cujo objeto é a prestação de serviços de engenharia e comuns para manutenção e conservação de áreas operacionais e reparos em redes e ramais de água e esgoto, execução de redes e ligações de água e esgoto do crescimento vegetativo, remanejamentos de redes e ligações de água e esgoto na abrangência da gerência divisional de Assis, da unidade de negócio Baixo Paranapanema - RB³¹⁵; e (ii) Consórcio Minas São Paulo 03, cujo objeto é o

³¹⁴ Disponíveis em <https://www.jucesponline.sp.gov.br>.

³¹⁵ As obrigações das partes são delimitadas na cláusula 5.1., que dispõe:

“5.1. As CONSORCIADAS, através do CONSÓRCIO, realizarão os serviços, obras e fornecimentos necessários à completa execução do objeto deste Contrato, participando nos lucros e perdas nos recebimentos e aportes dos recursos financeiros necessários, dos tributos e outros encargos que venham a incidir sobre os serviços e as obras objeto deste Instrumento, bem como todas as demais despesas e desembolsos, quando for de responsabilidade destas, obedecida a proporção de suas respectivas participações.

EMPRESA 1 - SANESI ENGENHARIA E SANEAMENTO LTDA. - 40% (QUARENTA POR CENTO) DE PARTICIPAÇÃO. Fornecimento da mão de obra e material, inclusive transporte, necessário para execução da obra e serviços integrantes do SABESP PREGÃO ON LINE N° 13948/17 - RB, com apoio operacional a empresa 2.

EMPRESA 2 - POTENCIAL PLUS SERVIÇOS E INFRA- ESTRUTURA LTDA- ME - 60% (SESSENTA POR CENTO) DE PARTICIPAÇÃO. Fornecimento da mão de obra e material,

fornecimento e a implantação de sistemas de vídeo-monitoramento urbano nos municípios de Belo Horizonte, Contagem, Betim, Ribeirão das Neves e Nova Lima³¹⁶.

Como se pode perceber, contratos há em que a divisão das prestações é feita em percentuais, sem distinção das atividades a serem realizadas pelas partes.

Nesse cenário, as partes acabam por depender do cumprimento das obrigações pela outras consorciadas, até mesmo para poder adimplir a parte que lhe cabe, já que de escopo indefinido.

Além disso, essa integração das obrigações apresenta riscos imensuráveis, tendo em vista que as consorciadas são sociedades distintas, que podem ter diferentes técnicas, métodos, fornecedores, estruturas etc, o que acarreta consequências para seus custos, riscos e limites de responsabilidade.

Nesse cenário, se, por exemplo, a execução das prestações de uma das partes se tornar, por alguma razão, mais custosa que o esperado ou que a prestação da outra parte, poderá aquela pleitear a divisão dos custos adicionais entre as partes, já que a divisão do objeto em percentuais implicaria, igualmente, a divisão do risco nas mesmas proporções?

Não parece ser o caso, já que, na maior parte dos contratos consultados, as partes permanecem isoladamente responsáveis pelas próprias prestações,

inclusive transporte, necessário para execução da obra e serviços integrantes do SABESP PREGÃO ON LINE N° 13948/17 - RB, e apoio operacional a empresa 1."

³¹⁶ As obrigações das partes são delimitadas na cláusula 6.1.1., 7.2 e 7.3, que dispõem:

"6.1.1 PELTIER COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. - obriga-se a executar os serviços correspondentes a 50% do Objeto, Incluída ai assistência Técnica durante o período de Garantia, sendo que os custos de Consumíveis são de sua responsabilidade.

6.1.2 EMIVE PATRULHA 24 HORAS LTDA. - obriga-se a executar os serviços correspondentes a 50% do Objeto, Incluída ai assistência Técnica durante o período de Garantia, sendo que os custos de Consumíveis são de sua responsabilidade.

7.2 - Das Obrigações das Consorciadas

Cada Consorciada Ficará responsável por implantação de percentual do objeto, a Saber:

EMIVE PATRULHA 24 HORAS LTDA - 50% do Objeto

PELTIER COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA-50% do Objeto

0 Capital Social no valor de R\$ 1.000.000,00 (Hum Milhão de Reais).

7.3 - Cada Consorciada, para cada percentual acima referenciado, deverá implantar o sistema completo, de acordo com estabelecido no edital e contrato, assumindo a assistência Técnica e Garantia. Todos os serviços correlatos para a implantação do sistema será de responsabilidade do Consorciado."

apesar de serem solidariamente responsáveis perante o terceiro contratante.

Também não é possível sustentar que a integração das prestações decorre do fato de as consorciadas se obrigarem a prestações da mesma natureza, pois sempre é possível a inserção de um anexo ao contrato, com a mínima divisão de tarefas.

Doutra face, a indefinição das prestações específicas das partes pode dificultar, se não impedir, a execução específica de obrigações inadimplidas, e o afastamento da solidariedade das partes perante terceiros, tendo em vista a unicidade do escopo.

Por fim, conforme já aduzido, a integração das obrigações das consorciadas implicará, obrigatoriamente, maior colaboração entre as partes, de forma a permitir o sucesso do empreendimento almejado, tendo em vista que as partes estarão literalmente compartilhando o escopo contratual. Nesse caso, não há como se evadir dos deveres de lealdade, de informar, de agir em prol dos interesses da outra parte, já que a indefinição do escopo de cada consorciada implica uma relação verdadeiramente associativa.

4.2.2 Individualização das Obrigações

Como exemplos de contratos de consórcio³¹⁷ nos quais as obrigações das partes são individualizadas, podemos citar (i) Consórcio Ellenco_CSC_Raposo Km 63³¹⁸, cujo objeto é a prestação de serviços por empreitada a preço global da obra de duplicação de Mairinque, na Rodovia Raposo Tavares (SP -270); e (ii)

³¹⁷ Disponíveis em <https://www.jucesponline.sp.gov.br>.

³¹⁸ As obrigações das partes são delimitadas na cláusula 3.1., que dispõe:

3.1. *As participações das CONSORCIADAS no CONSÓRCIO serão as seguintes:*

<i>Orde m</i>	<i>CONSORCIADAS</i>	<i>Partici pação</i>	<i>Escopo da Participação</i>
<i>a)</i>	<i>ELLENCO CONSTRUÇÕES LTDA</i>	<i>92,89 %</i>	<i>Serviços Preliminares, Terraplenagem, Pavimentação, Drenagem, Contenções, Sinalização, Elementos de Segurança, Paisagismo e Desvios.</i>
<i>b)</i>	<i>CSC ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA</i>	<i>7,11%</i>	<i>Obra de Arte Especial</i>

Consortio Engineering Estrutural³¹⁹, cujo objeto é a execução dos serviços de engenharia para elaboração de estudos preliminares e projetos executivos de arquitetura e engenharia e realização de levantamentos topográficos e sondagens para armazéns novos, análise de estudos preliminares e projetos executivos de arquitetura e engenharia para armazéns existentes e elaboração de caderno geral de encargos e projetos padrão executivos de arquitetura e engenharia para armazéns da rede da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB.

Nesses casos, os problemas relacionados à dependência mútua são menos graves, já que o escopo de cada parte está delimitado de forma individualizada no contrato, permitindo a cada parte responsabilizar-se tão somente pelas prestações que lhe cabem, ao menos sob o ponto de vista interno do consórcio.

Destarte, até mesmo o desempenho das prestações de cada parte poderá, a depender do caso concreto, ser menos complexo, pois não será tão dependente do desempenho das outras consorciadas.

Não obstante, VENTURA defende que cada consorciado possui, perante os demais participantes do consórcio, a obrigação de realizar uma atividade ou efetuar uma contribuição, e que todos, conjuntamente, possuem a obrigação de agir de maneira ajustada, de forma a permitir a consecução do objeto do

³¹⁹As obrigações das partes são delimitadas na cláusula 2.4., que dispõe:

“2.4 Independentemente do percentual de participação de cada CONSORCIADA, caberá a cada uma delas as responsabilidades pelos serviços descritos abaixo, decorrentes do que será detalhado no contrato a ser formalizado com a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB e seus anexos:

2.4.1 ESTRUTURAL:

- a) Desenvolvimento dos projetos de estruturas de concreto e metálicas;*
- b) Desenvolvimento dos projetos de fundação;*
- c) Elaboração de relatórios sobre as condições das estruturas e fundações das obras existentes.*

2.4.2 ENGINEERING:

- a) Desenvolvimento dos demais projetos constantes no contrato, excetuando-se os já assumidos pela ESTRUTURAL;*
- b) Fornecimento de consultoria de fundações a ESTRUTURAL;*
- c) Coordenação geral;*
- d) Realização de sondagens;*
- e) Realização de levantamentos topográficos;*
- f) Elaboração de relatórios sobre as condições gerais das obras existentes, incorporando os relatórios atribuídos à ESTRUTURAL no item anterior.”*

consórcio. Nesse sentido, entende-se que os membros do consórcio possuem obrigações compostas de colaboração, e que a não execução de qualquer de seus aspectos representa inadimplemento das condições do consórcio:

Assentando, por um lado, em que cada membro do consórcio se obriga para com os outros a realizar uma actividade ou efectuar uma contribuição e, verificando, por outro lado, que eles se obrigam a realizar e efectuar, de forma concertada uma actividade, afigura-se que a maneira correcta de exprimir juridicamente essa realidade não é dissociar duas obrigações, tratando-as como se autónomas fossem, mas conjugá-las numa só: a obrigação de realizar ou efectuar em forma concertada. Isto não contradiz a afirmação inicial de que os membros do consórcio se obrigam entre si quanto à actividade ou contribuição; obrigam-se a isso, mas conjunta e indissolúvelmente a executá-la de certa forma. Assim, viola a obrigação nascida do contrato de consórcio não só aquele dos membros que realize a actividade de forma diferente da concertada, como também aquele que, de todo em todo, não realiza a actividade.³²⁰

Ainda assim, permanece existente certo nível de interdependência das prestações das partes, pois são elas voltadas a um objeto único, aspecto característico do contrato associativo. A necessidade de colaboração entre as partes ainda existe, porém, possivelmente, em menor grau.

Não obstante, nessa hipótese (de individualização das obrigações), a execução específica será menos complicada que nos casos em que as obrigações sejam integradas.

Subsiste, assim, a recomendação de que as partes elaborem anexos integrantes do contrato de consórcio, delimitando, da forma mais detalhada possível, as atribuições de cada parte.

4.3 Consequências da Estruturação das Obrigações no Contrato de Consórcio

Como se viu, nos consórcios em que a divisão das prestações é feita sem distinção das atividades a serem realizadas individualmente, as partes se tornam fortemente dependentes do cumprimento das obrigações pela outras

³²⁰ VENTURA, Raul. *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*. p. 637. Disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B3d8df1be-60d0-4d5e-9eb4-db46277ffde0%7D.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

consorciadas, o que implica maiores riscos e exige maior colaboração entre as partes, de forma a permitir o sucesso do empreendimento.

Por outro lado, quando o escopo de cada parte está delimitado de forma individualizada no contrato, o desempenho das prestações tende a ser menos complicado, pois não será tão dependente do desempenho das demais consorciada.

Em qualquer hipótese, entretanto, as partes deverão colaborar em prol do objeto comum, que é o empreendimento. A esse respeito, leciona MARTINS que a execução do empreendimento será conjunta, pois que implementada pelo consórcio, e não, isoladamente, pelas sociedades que o compõem:

Na realidade, a execução do empreendimento será do *consórcio*, não de cada sociedade isoladamente, ou de uma determinada sociedade coadjuvada por outras. Nessa execução cada sociedade realizará uma parte no empreendimento assumindo responsabilidade pela mesma, deixando, portanto, de existir uma sociedade *líder* que, perante os interessados na realização do empreendimento, se responsabiliza pelo mesmo, pois a lei estatui expressamente que cada um dos participantes do consórcio responde pelas obrigações assumidas. E essa responsabilidade é, naturalmente, para com a outra parte contratante na execução da obra, isto é, a contratante com o consórcio, perante a qual a sociedade consorciada responde individualmente.³²¹

Ademais, a indefinição das prestações individuais possui consequências drásticas para as partes e para a execução do empreendimento, pois, pois pode acabar por aniquilar a garantia legal de ausência de presunção de solidariedade entre as partes, nos termos do artigo 259 do Código Civil³²².

Considerando que o pressuposto admitido na lei – ou seja, que as obrigações das participantes são perfeitamente definidas – com muita constância poderá não ocorrer na prática, é de se indagar: se houver promiscuidade na prestação de serviços ou na execução do empreendimento, a quem será atribuída a responsabilidade por eventual inadimplemento referente à prestação cujo sujeito não seja bem definido? O contrato, nessas condições, assumirá posição preponderante na resposta a essa indagação, cabendo recorrer, conforme o caso, ao que dispõe o Código Civil sobre as obrigações indivisíveis (art. 891). O que se verifica, no entanto, é que a nova lei deixou de enfrentar e resolver uma das maiores dificuldades apontadas

³²¹ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1147.

³²² Art. 259. Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda.

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.³²³

Ademais, como se viu, haverá dependência mais intensa entre as obrigações de cada parte, já que apensadas, o que apresenta riscos incalculáveis, tendo em vista que as consorciadas são sociedades distintas, que podem ter diferentes técnicas, métodos, fornecedores, estruturas etc, o que acarreta consequências para seus custos, riscos e limites de responsabilidade.

Igualmente, a integração das obrigações das consorciadas exigirá das partes maior rigor na observância dos deveres de colaboração.

Por outro lado, nos casos em que as prestações das partes forem devidamente pormenorizadas no contrato, de forma individual, os problemas relacionados à dependência mútua tendem a ser reduzidos em comparação ao cenário anterior, pois cada parte poderá, sob o ponto de vista interno, responsabilizar-se tão somente pelas prestações que lhe cabem.

Ademais, a execução específica será menos complicada que nos casos em que as obrigações sejam integradas.

Não obstante, ainda resiste certo nível de interdependência das prestações das partes, em razão do caráter associativo do contrato, de forma que a colaboração permanece presente, protagonizando, ainda assim, a relação entre as consorciadas.

³²³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcio de empresas*. São Paulo: Pioneira, 1979, p. 154.

4.4 Problemas do Contrato de Consórcio no Brasil

Neste tópico, serão acenados os principais problemas identificados em razão do tratamento legal dado aos contratos de consórcio no ordenamento nacional.

4.4.1 Obrigação de contribuição para despesas comuns

Uma questão que pode ser levantada, de início, em relação ao contrato consórcio diz respeito às obrigações das partes de contribuir para o “fundo consorcial” (traçando-se um paralelo com a lei italiana), ou para as despesas comuns.

A esse respeito, cabe trazer à luz o entendimento de CARVALHOSA (2014), muito embora direcionado à obrigação dos sócios de participar de aumento do capital social de sociedade anônima. Segundo o jurista, em decorrência do dever de boa-fé, de cooperação, de coerência e da proibição de contradição em detrimento da outra parte, corolários do princípio da confiança legítima, cabe verificar se o comportamento do sócio que se recusa a participar do aumento de capital poderia ter suscitado no outro uma confiança legítima no sentido de ver desenvolvido o empreendimento comum, no sentido de se determinar se este tinha razões objetivas para crer numa conduta diferente daquele. A violação dessa confiança legítima configuraria descumprimento dos deveres e obrigações dos sócios, podendo resultar na sua responsabilidade de indenizar os demais e a própria sociedade pelos danos efetivos, lucros cessantes e eventuais perdas de oportunidades negociais.³²⁴

A mesma questão pode ser levantada em relação ao consórcio, pois, embora não configure uma relação societária *per se* entre os seus membros, é possível, na esteira de tudo que vem sido colacionado no presente estudo, alegar-se que a recusa em realizar investimentos no consórcio pode caracterizar quebra dos deveres de colaboração.

³²⁴ CARVALHOSA, Modesto. O Direito Obrigacional e a Cooperação dos Sócios. The law of obligations and the partners's cooperation. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p. 67-74, out-dez/2014. DTR\2014\19842. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

É fato que a lei determina que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no contrato, o qual deve estabelecer as prestações específicas de cada parte e as contribuições de cada consorciado para as despesas comuns. Nesse cenário, como se resolve eventual impasse entre as consorciadas quanto à necessidade de maiores investimentos no empreendimento, se o contrato não contiver regra específica para essa situação?

No entendimento de CARVALHOSA (2014), as partes de uma *joint venture*³²⁵ têm por objetivo a realização do empreendimento conjunto, sendo o aporte de recursos, sem dúvida, cogente para o desenvolvimento do empreendimento, inserindo-se no dever geral de cooperar, posto que as normas referentes ao financiamento da sociedade constituem elemento vital para seu regular funcionamento e devem sempre ser interpretadas tendo em vista o dever de cooperação dos sócios.

Isso, contudo, não significa dizer que tal obrigação deva ser analisada sem que se verifique a vontade das partes, como ocorre em qualquer negócio jurídico. Logo, a interpretação de cláusulas deverá, necessariamente, ser aquela que privilegia a verdadeira intenção das partes, a qual sempre prevalecerá sobre a interpretação meramente literal, nos termos do art. 112 do Código Civil.

Conclui o jurista, sem embargo, que a intenção das partes ao preverem norma especial sobre o aporte de recursos em uma sociedade é assegurar a capitalização necessária para o desenvolvimento do empreendimento comum e, sendo o aporte de capital necessário para esse fim, não há outra interpretação senão aquela coerente com o dever de cooperação dos sócios, no sentido de que existe a obrigação de aportar recursos à empresa sempre que suas necessidades de capital forem superiores aos recursos próprios.^{326 327}

Portanto, é possível conceber que a obrigação de aportar recursos no consórcio é uma decorrência dos deveres de colaboração, o que pode reduzir a

³²⁵ O autor se refere a *joint venture* societária.

³²⁶ CARVALHOSA, Modesto. O Direito Obrigacional e a Cooperação dos Sócios. The law of obligations and the partners's cooperation. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p. 67-74, out-dez/2014. DTR\2014\19842. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

segurança e previsibilidade referente às obrigações de investimento das partes nesses pactos.

Ademais, tendo em vista que a lei classifica o consórcio como sociedade não personificada, é possível aventar que as obrigações de investimento, nesses contratos, seriam as mesmas das sociedades.

4.4.2 Falência de consorciada

Outro problema que pode surgir é o caso de falência de consorciada que prejudique a execução do objeto do consórcio. O artigo 278 da Lei nº 6.404/76 é taxativo ao determinar, no §2º, que a falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes, e que os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

A lei é silente a respeito das obrigações assumidas pelo consórcio que sejam prejudicadas ou impossibilitadas pela falência da consorciada, mas deixa claro que a bancarrota não se estende às demais partes do consórcio. Nesse caso, haveria responsabilidade solidária das demais consorciadas perante terceiros de boa-fé, em relação às obrigações assumidas pelo consórcio cujo adimplemento correspondesse à sociedade falida? De acordo com a lei, não (exceto se o contato assim dispuser), o que significa que o consórcio continua a existir, porém seu objeto fica prejudicado.

Em se tratando de consórcio constituído para contratação com a administração pública, não há dúvida de que as demais consorciadas são forçadas a assumir as obrigações da empresa falida, haja vista a previsão expressa de responsabilidade solidária das integrantes do consórcio perante a administração pública, nos termos do artigo 33, V, da Lei nº 8.666/93. Nessa hipótese, ainda, é facultada à administração a rescisão do contrato, nos termos do artigo 78³²⁸.

³²⁸ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a

Para SUNDFELD e CÂMARA, a previsão de responsabilidade solidária entre as integrantes do consórcio na Lei nº 8.666/93 se deve ao fato de não existir uma pessoa jurídica única assumindo a participação no certame e a execução do contrato. Deste modo, tendo em vista que o consórcio não possui personalidade jurídica, a lei instituiu a responsabilidade solidária dos consorciados como forma de evitar que a administração tenha que cobrar de todos os integrantes o cumprimento de uma obrigação e que se envolva na disputa interna dos consorciados quanto ao papel de cada um na execução do objeto.³²⁹

Entretanto, tal segurança jurídica não se verifica nos contratos celebrados com particulares. Tornando-se impossível o adimplemento de parte do objeto do contrato correspondente à consorciada falida ou em recuperação judicial, não restam ao terceiro contratante muitas opções, sequer sendo-lhe facultado demandar a execução pelas demais consorciadas (salvo se assim disposto no contrato celebrado com o consórcio), tendo em vista a inexistência de presunção de responsabilidade solidária das demais integrantes do consórcio.

Evidente, entretanto, que, se o consórcio for composto apenas de duas sociedades, ocorrendo a falência de uma delas, o consórcio se extinguirá, pois não é possível a permanência do consórcio unipessoal. Nesse sentido, leciona MARTINS:

O fato de, no consórcio, haver simplesmente um grupamento de sociedades para a execução de determinado empreendimento, cada sociedade se obrigando apenas nos termos do estabelecido no contrato e respondendo somente de acordo com as obrigações assumidas, leva à consequência de, havendo a falência de uma sociedade, participante do consórcio, esse procedimento não se estender às outras, que continuarão a participar do consórcio, prossequindo este com as mesmas. Naturalmente, se o consórcio é de apenas “duas” sociedades, falindo uma o consórcio se extinguirá, já que é óbvio que não há consórcio sem pluralidade de sociedades, por se constituir esse mediante um *contrato*.³³⁰

execução do contrato; (...)

³²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NOS CONSÓRCIOS E O CASO DAS CONCESSÕES. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>, acesso em 08.12.2017.

³³⁰ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1154.

Essa questão é especialmente relevante para o consórcio, tendo em vista que tais pactos são normalmente voltados à execução de grandes obras.

A melhor saída para essa circunstância, sem dúvida, seria a negociação amigável entre as consorciadas remanescentes e o terceiro contratante. A esse respeito, aponta FORGIONI que a doutrina especializada assinala o acordo entre as partes como a mais clássica forma de supressão das lacunas contratuais, quando da ocorrência de evento imprevisível ou imprevisto.³³¹

4.4.3 Ausência de mecanismo sancionador

Como se viu, na concepção de ASCARELLI³³², aos contratos plurilaterais, não se aplica o *exceptio non adimpleti contractus*, já que não há correspondência entre as prestações, de forma que o inadimplemento de uma consorciada não justifica o inadimplemento de outras.

Assim, em caso de inadimplemento, resta às partes, caso não tenham estabelecido cláusula penal, o remédio da execução específica do contrato.

Isso não resolve, entretanto, a questão da sanção pelo inadimplemento, pois a execução específica da obrigação não representa, em si, uma penalização do devedor, mas tão somente a sua coação para o adimplemento pela via judicial. Essa penalização é necessária para incentivar o cumprimento da obrigação contratual.³³³

Assim, inexistindo, na lei pátria, dispositivo equivalente àquele contido no Código Civil italiano, que impõe o estabelecimento de penalidades para o inadimplemento das obrigações consorciais, ou mesmo a possibilidade de resolução do contrato em relação a alguns consorciados, na linha do Decreto-Lei

³³² ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 420.

³³³ Conf. FERRIANI: “A cláusula penal, ou simplesmente, penal, estimula exatamente esse propósito, ou seja, faz com que as partes (negócio bilateral), ou a parte (negócio unilateral) direcionem seus esforços no sentido de fazer com que as obrigações livremente assumidas, sejam fielmente observadas. Em suma, a cláusula penal é um reforço da obrigação.” (FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55, p. 133-165, jan-mar/2012. DTR\2012\2467. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 25.12.2017).

nº 231/81 português, resta às partes a execução específica do contrato, ou a resolução em perdas e danos, se aplicável.

4.4.4 Consequências da classificação como contrato plurilateral

Conforme já explicitado no capítulo inaugural do presente trabalho, a maior parte da doutrina entende que o contrato de consórcio está inserido na classe dos contratos plurilaterais. Ocorre, entretanto, que essa classificação acarreta consequências para a relação entabulada entre as partes, especialmente no que tange ao adimplemento das obrigações das consorciadas.

É verdadeiramente interessante analisar a redação da Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, ao tratar dos artigos que regulam o consórcio:

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

A reprodução do trecho acima é importante para destacar o espírito no qual a Lei nº 6.404/76 foi redigida. A exposição de motivos deixa claro que não se pretendeu inovar, apenas convalidar-se o que já vinha ocorrendo na prática, a exemplo dos consórcios amplamente utilizados na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento.

Talvez esse contexto nos permita compreender a razão pela qual a lei trata o contrato de consórcio de forma tão individualista. É fato que o empreendedor brasileiro não tem o costume nem a cultura de celebrar negócios complexos de forma cooperativa³³⁴. A propósito, leciona COMPARATO, discorrendo acerca do contrato de sociedade que, embora submetido aos princípios gerais do direito contratual, a aplicação desses princípios a estes contratos não é idêntica à que ocorre nos contratos de intercâmbio. Desta feita, a nulidade ou anulabilidade da

³³⁴ Conf. MACEDO, nota 222.

manifestação de vontade de um dos sócios não torna nulo ou anulável o contrato, e tampouco faculta às demais partes a resolução do contrato, como se bilateral fosse, a menos que ela afete a própria realização do escopo comum.³³⁵

No mesmo sentido, professam LAMY FILHO e BULHÕES PEDREIRA:

A disciplina da resolução dos contratos de prestação (...) não pode ser transposta para os contratos associativos, porque nesses contratos não está presente o sinalagma. Nos contratos de troca, a dependência recíproca da exigibilidade das prestações fundamenta a cláusula resolutiva tácita: se uma das partes não efetua sua prestação não pode exigir que a outra o faça. Por isso, nos contratos de prestação, o inadimplemento enseja o pedido de resolução do contrato (art. 475 do C.Civil). Nos contratos associativos, as prestações de todas as partes se dirigem ao interesse comum, razão pela qual o inadimplemento de uma delas não justifica a resolução do contrato.³³⁶

Na concepção de AZEVEDO, contudo, a plurilateralidade do contrato de consórcio não impede a exclusão daquilo a que se refere como “remédios sinalagmáticos”:

Por outro lado, embora o consórcio seja contrato oneroso (e sinalagmático, nos termos afirmados no parecer), a cláusula de

³³⁵ Insta reproduzir o raciocínio do jurista, ao refletir sobre a ausência de posituação, no direito pátrio, dos contratos plurilaterais: “Essa análise dos contratos plurilaterais explica por que eles se encontram a meio caminho entre os contratos de intercâmbio e os atos coletivos, e até que ponto as opiniões antagônicas já assinaladas sobre a interpretação da sociedade têm, cada qual, uma parte de verdade. A existência de um conflito de interesses permite classificar a sociedade entre os contratos, mas o caráter fundamental do escopo comum distingue-a dos contratos sinalagmáticos ou de intercâmbio. O contrato é plurilateral na medida em que as partes podem ser mais de duas. A sociedade de dois sócios conserva, ainda, a sua natureza plurilateral, pois o ingresso de novos sócios não lhe desnatura o caráter e o tipo. Essa interpretação, como disse, é a única capaz de explicar satisfatoriamente as soluções peculiares do direito positivo, relativamente à sociedade. Ela se submete aos princípios gerais do direito contratual, mas a aplicação desses princípios não é idêntica à que ocorre nos contratos de intercâmbio. Assim, a nulidade ou anulabilidade da manifestação de vontade de um dos sócios não torna nulo ou anulável o contrato – como ocorreria, se se tratasse, por exemplo, de uma compra e venda – a menos que ela afete a própria realização do escopo comum. Da mesma sorte, o inadimplemento ou a impossibilidade superveniente da prestação de um só eu de alguns dos sócios não resolve o contrato, a menos que a prestação ou as prestações faltantes sejam consideradas essenciais para a consecução do objeto social. Tais soluções, perfeitamente lógicas, encontram-se todas explicitadas no Código Civil italiano (arts. 1.420, 1.446, 1.459 e 1.466). Deixariam, porventura, de aplicar-se em sistemas jurídicos como o nosso, onde a categoria do contrato plurilateral ainda não foi consagrada em lei? Parece-me evidente que não. O legislador não pode, obviamente, alterar a natureza ou estrutura do negócio societário. Se as soluções particulares, decorrentes da própria estrutura da sociedade, enquanto contrato plurilateral, não estão todas explicitadas em lei, nem por isso devem ser afastadas pelo intérprete, que raciocina com base nos princípios gerais que informam o sistema legal.” (COMPARATO, Fábio Konder. Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 2, p. 477, dez/2010).

³³⁶ LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. atualizada e reformulada: Rio de Janeiro: Forense: 2017, p. 359.

contribuição de contingência justamente por ser unilateral impede a utilização da exceção do contrato não cumprido. (...) O contrato de consórcio é, quanto ao número de partes, ato jurídico bilateral ou plurilateral; é espécie dos contratos de colaboração, isto é, de parceria ou comunhão de escopo. É contrato de duração (ainda que de duração limitada) e há, nele, prestação e contraprestação, com conexão causal (por isso, pode ser qualificado como sinalagmático, além de oneroso). São perfeitamente cabíveis, portanto, respondendo em tese, os chamados "remédios sinalagmáticos". No caso, porém, não cabem a *exceptio non adimpleti contractus*, pela razão já dita, nem a lesão, porque esta é inicial, contemporânea à emissão da declaração de vontade, e depende também de outros pressupostos.³³⁷

Como se vê, não há consenso acerca da aplicação da exceção do contrato não cumprido ao consórcio, embora a maior parte da doutrina entenda que não há correspondência entre as prestações das partes, razão pela qual o inadimplemento de uma delas não justifica o inadimplemento das demais, bem como não faculta a resolução do contrato.

³³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 6, p. 1187-1220, jun/2011 DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 06.11.2017.

CONCLUSÃO

O contrato de consórcio pode ser definido como um acordo momentâneo de cooperação, de natureza contratual, firmado entre duas ou mais sociedades que se comprometem, cada uma no que lhe concerne, a executar prestações distintas em vista da realização de um empreendimento comum.

Como se demonstrou, conquanto a Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76 classifique tal contrato como “sociedade não personificada”, não há consenso acerca da classificação do consórcio como sociedade. De fato, é possível apontar diversas diferenças entre sociedade e consórcio, dentre elas a natureza da contribuição das partes para o objeto do contrato, a mutualidade, a forma de partilha dos resultados, a forma de execução da atividade objeto, a segregação ou não de patrimônio, e, por fim, a regência legal dos institutos.

Na teoria geral dos contratos, o contrato de consórcio pode ser classificado como contrato plurilateral, oneroso, causal e normativo. Ademais, o referido contrato pode ser considerado um contrato relacional, visto que, além de ser contrato de duração, tem como objeto a colaboração e implica certa dependência entre as partes. Insere-se, ainda, na classe dos “contratos associativos”, a dos “contratos de organização”, a dos “contratos de fim comum” e dos “contratos de cooperação”.

Com efeito, a maior parte da doutrina sustenta que a função dos consórcios é possibilitar a colaboração das consorciadas para a implementação de determinado objeto, sem que estas percam a sua personalidade jurídica. Assim, entende-se que a função econômica do contrato de consórcio é a colaboração entre as partes consorciadas, para a execução do empreendimento almejado.

Como mencionado no presente estudo, no ordenamento pátrio, o contrato de consórcio, embora contrato típico, possui regramento breve, pois a Lei garante flexibilidade para que o contrato seja adaptado às características peculiares de cada empreendimento, destoando de ordenamentos como o italiano e português, que possuem regramento mais extenso para esse tipo contratual, este último, inclusive, reconhecendo o seu caráter cooperativo e a necessidade de atuação

concertada das partes.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras costumam interpretar os deveres de colaboração como acessórios da obrigação de adimplemento principal, em decorrência do princípio da boa-fé, que rege as relações jurídicas.

Tais deveres anexos incluem deveres de consideração do interesse da outra parte, de lealdade e diligência na execução de suas obrigações, de informação, de proteção da confiança, de minimização das perdas, de sigilo, de tolerância e, possivelmente, de não concorrência, dentre outros, sem prejuízo de deveres de conduta decorrentes do caso concreto.

Não obstante, no domínio dos contratos associativos e de colaboração, a doutrina é enfática ao sustentar que os deveres de colaboração são mais intensos que nas relações contratuais em geral, possuindo caráter menos acessório em relação às obrigações principais, em razão de sua natureza e de sua função econômica. Ademais, ditos contratos são, fatalmente, incompletos, o que demanda maior colaboração das partes no cumprimento de suas obrigações, para que o objeto do contrato seja alcançado.

A esse respeito, verificou-se que o princípio de cooperação, longe de ser um ideal romântico, configura um meio coercitivo capaz de induzir, pela ameaça de sanção, o agir cooperativo, o que favorece o sucesso do empreendimento comum. Não obstante, a aplicação do princípio da cooperação, tanto quanto o princípio da boa-fé, deve ser feita com extrema prudência nos negócios mercantis, de forma a se evitar a imposição de deveres de conduta pelo intérprete destoante da verdadeira intenção das partes quando da celebração do pacto.

Contudo, no caso do contrato de consórcio de empresas, a Lei nº 6.404/76 se limita a determinar que as consorciadas se obriguem somente nos termos do contrato, o qual deve delimitar as prestações específicas atribuídas a cada parte. Assim, referido normativo, talvez no intuito de outorgar possibilidade de adaptação do contrato de consórcio às especificidades do empreendimento almejado, perdeu a oportunidade de regular essa forma associativa e colaborativa como tal, ou mesmo de prever a concertação das obrigações de cada parte.

Se, por um lado, a lei pretendeu enquadrar o consórcio como “sociedade não personificada”, por outro, não tratou de estabelecer uma relação verdadeiramente colaborativa às empresas consorciadas, expondo-as às regras gerais que regem os negócios de intercâmbio.

Outrossim, viu-se que a ausência de positivação não impede a imposição dos deveres de colaboração às partes no contrato de consórcio, porém isso também causa insegurança jurídica, ao permitir ao intérprete do contrato a imposição de deveres que podem extrapolar as expectativas da parte no momento da celebração do pacto, especialmente tendo em vista a ausência de previsão desses deveres na lei que rege o tipo contratual.

Soma-se a isso o fato de que, em decorrência do princípio da intangibilidade das disposições contratuais, a modificação do contrato somente pode ser efetuada por decisão unânime dos membros do consórcio, exceto se acordado de outra forma.

Nesse panorama, percebe-se que a definição das prestações específicas de cada parte é fundamental no contrato de consórcio, devendo ser suficientemente detalhada, de forma que cada um dos participantes do consórcio possa executar aquilo a que se obrigou, de forma coordenada e eficiente à consecução do objeto comum.

Igualmente, verificou-se que o tratamento legal dado aos contratos de consórcio no Brasil, em teoria, pode resultar em alguns problemas, em razão da ausência de regras relativas à obrigação de realizar aportes extraordinários de recursos, necessários ao empreendimento, da ausência de previsão de normas que regulem a falência de consorciada que prejudique a conclusão do empreendimento (consequência da supressão, pela lei, da presunção de responsabilidade solidária das consorciadas), e a não exigência de cláusula penal nesse tipo contratual, que pode não estar sujeito à exceção do contrato não cumprido e à resolução por inadimplemento.

A esse respeito, não há consenso acerca da aplicação da exceção do contrato não cumprido ao consórcio, porém parece-nos que tal remédio não é

cabível, em razão da natureza plurilateral do consórcio. Isso porque a aplicação da exceção do contrato não cumprido culminaria na inviabilidade da conclusão do pacto, já que, sem a prestação das obrigações das demais partes, em retribuição ao inadimplemento de uma delas, não seria possível a consecução do objeto.

Acerca da definição das prestações devidas pelas partes, nos consórcios em que a divisão das prestações é feita sem distinção das atividades a serem realizadas individualmente, as partes se tornam fortemente dependentes do cumprimento das obrigações pelas outras consorciadas, o que implica maiores riscos e exige maior colaboração entre as partes, de forma a permitir o sucesso do empreendimento.

Igualmente, a indefinição das prestações específicas das partes pode aniquilar a execução específica de obrigações nesses contratos, bem como resultar em solidariedade das partes perante terceiros.

De outro lado, quando o escopo de cada parte está delimitado de forma individualizada no contrato, o desempenho das prestações tende a ser menos complicado. Nesse caso, a eventual execução específica será menos complicada que nos casos em que as obrigações sejam integradas.

Por todo o exposto, propõe-se que, no Brasil, muito ainda há a avançar em matéria de consórcio de empresas, de forma a permitir a regência desses contratos de acordo com a sua natureza e seu papel no cenário econômico atual, em prol da segurança e previsibilidade que o direito deve conferir às relações econômicas.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARGUMEDO, Reynaldo Pastor. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Joint Venture*. Derecho PUCP, [S.l.], n. 39, p. 313-322, dic. 2013. ISSN 2305-2546. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5887>>. Data de acesso: 27.06.2016.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

ASCARELLI, Tullio. *ConSORZI Volontari tra Impreditori*. 2. ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1937.

ASQUINI, Alberto. Profilli dell'impresa. Rivista dell Diritto Commerciale, 1943, v. 41, I. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 104, out-dez, 1996.

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. ed. rev. EUA: Basic Books, 1984.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na Questão da Boa-Fé Objetiva nos Contratos. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 619, jun/2011. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

_____. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832/2005, p. 115-137, fev/2005. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* . *Revista dos Tribunais*, vol. 6, p. 1187-1220, jun./2011.DTR\2005\167. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Boa-Fé nos Contratos Internacionais. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 5, p. 828, fev/2012.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed.

BOCKMANN, Egon. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº 3, ago-set-out/2005. Disponível em <www.direitodoestado.com.br> Acesso em 28/06/2017.

BONVICINI, Daniele. *Le Joint Ventures: Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1977.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos, Nova Sistemática e Controle. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, nº 6, mai.jun.jul, 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017.

BORTOLOZI, Tatiane. Em tempos de crise, colaborar é preciso. *Valor Econômico*, Caderno de Empresas, 25 de junho de 2015.

BULGARELLI, Waldírio. *1930 – Contratos mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson Fachin (org.). *Doutrinas Essenciais*. Obrigações e Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

CARVALHO, Patrícia. Joint Venture - Um Olhar Voltado para o Futuro. *Revista de Direito Privado*, vol. 6, p. 162-172, abr-jun/2001. DTR\2001\662. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedade anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469, 4. vol.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Arts. 243 a 300: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2011. 4. vol. Tomo II.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Art. 243 a 300. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433, 4. vol. Tomo II.

_____. O Direito Obrigacional e a Cooperação dos Sócios. The law of obligations and the partners's cooperation. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 1, p. 67-74, out-dez/2014. DTR\2014\19842. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). *Reorganização Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CATAPANI, Marcio Ferro. In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005.

_____. *Le Contrat de Consortium*. França: LGDJ, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 20. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. V. 2.

_____. *Curso de Direito Comercial*. Direito de Empresa. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. V. 2.

_____. *Tratado de Direito Comercial*. obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. V. 5

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, vol. 2, p. 477, dez/2010.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. Grupo de Sociedades. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 991-1018, jun/2011. DTR\1989\127. Nota de rodapé nº 7. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Consórcio Público na Lei Nº 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 3, jul/ago/set. 2005. Disponível na internet <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28/06/2017.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; BARRETO, Luisa Tortolano. *Contrato de Aliança de Projeto*. São Paulo: s.n, 2015.

DUARTE, Rui Pinto. In *Direito das Sociedades em Revista*, v. 4, ano 2, p. 157, set. 2010. Semestral.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FERES, Marcos Vinício Chein. Joint Ventures: O Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan/2001. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos de Organização da Atividade Econômica*. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Fabiano Lopes. *Consórcio e direito: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERRIANI, Carlos Alberto. Da Cláusula Penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 55, p. 133-165, jan-mar/2012. DTR\2012\2467. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 25.12.2017.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Gestão e Controle*. Série GVLaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FORGIONI, Paula A. Integração dos Contratos Empresariais: Lacunas, Atuação dos Julgadores, Boa-Fé e seus Limites. Integration of business contracts: gaps, actions of the judges, good faith and its limits. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 45, p. 229-244, abr-jun/2015. DTR\2015\9732. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

_____. *Os Fundamentos do Antitruste*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Voto Parcialmente Divergente. Caso Inepar Indústria e Construções X Itiquira Energética S.A. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol.17, abr-jun/2008. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

_____. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇOIS, Pierre ; ESPEILLAC,Julien. *Revue Lamy droit des affaires*, n. 118, 1/sep /2016. Disponível em <<https://www.pinsentmasons.com/PDF/2016/Contrats-d%E2%80%99affaires-impacts-de-la-r%C3%A9forme-du-droit-des-obligations.pdf>>. Acesso em 20.12.2017.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Joint ventures contratuais. *RIL Brasília*, n. 207, ano 52,p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05.07.2016.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. revista, atualizada e aumentada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONG, Yaping et al. Do Multiple Parents Help or Hinder International Joint Venture Performance? The Mediating Roles of Contract Completeness and Partner Cooperation. *Strategic Management Journal*, vol. 28, ed. 10, p. 1021–1034, out/2007. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/8c2d/b0c1a7c686c00ae65188998387d865d317a3.pdf>>. Acesso em agosto de 2016.

GRAU, Eros Roberto. Ônus, Dever e Obrigação. Conceitos e Distinções. Natureza

Obrigacional dos Tributos - Anuidade Instituída pela Lei 3.820/1960: sua Caracterização como Ônus, e Não Como Contribuição Tributária - Valor Real e Valor Nominal das Anuidades. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 1, p. fev/2011. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

HAGEDOORN, John. Inter-firm R&D partnerships: an overview of major trends and patterns since 1960. *Research Policy*, 31, p. 477–492. Disponível em <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.494.7273&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em agosto de 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KITTS, J.A et. al. (2016). *Greed and Fear in Network Reciprocity: Implications for Cooperation among Organizations*, p.16. PLoS ONE 11(2): e0147264. doi:10.1371/journal.pone.0147264.

KUYVEN, L. F. M. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição dos acordos de acionistas. In: _____. (coord.). *Temas essenciais de direito empresarial – Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. atualizada e reformulada: Rio de Janeiro: Forense: 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. O Dever de Boa-Fé na Execução de Fazer Infungível. *Revista de Processo*, vol. 140, p. 304, 2006. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contratos Associativos - Sociedade e Consórcio. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 66, p. 102-111, out- dez/2014. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais no Direito Brasileiro*. 2000. Disponível em <<http://lasa.international.pitt.edu/LASA97/portomacedo.pdf>>. Acesso em janeiro de 2017.

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. 4 ed. revista e atualizada por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to Mitigate the Loss no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Verbatin, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, p. 357, 2002. Disponível em <<http://www.dse.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid425733.pdf>>. Acesso em novembro de 2015.

MILTON, Joseph Russell *apud* WILLISTON ON CONTRACTS § 318A, at 563-65. International Consortia: Definition, Purpose and The Consortium Agreement. *Fordham International Law Journal*, vol. 3, Issue 2, 1979, Article 1. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=ilj>>. Acesso em 11.12.2017.

MORTON, H. Meinhard, Respondent, v Walter J. Salmon et al., Appellants. Court of Appeals of New York Argued December 4, 1928. Decided December 31, 1928. 249 NY 458 CITE TITLE AS: Meinhard v Salmon. [*461] Opinion of the Court. Disponível em <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/meinhard_salmon.htm>. Acesso em 04.12.2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *A empresa contemporânea e direito societário*. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contrato de Associação - Inadimplemento e Execução Específica*. Soluções Práticas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. V. 7. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

NORTH, Douglas C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, nº 1, p. 97, winter 1991.

_____. Transaction costs, institutions, and economic performance. *International Center for Economic Growth Publication*, San Francisco, California, p. 29, 1992.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de Grupos de Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017.

OLIVEIRA, Karina Cardozo de. Breve Análise sobre o Contrato de Consórcio Empresarial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 66, out.dez/2014. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

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

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Joint Ventures – Contratos de parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Rio de Janeiro:

Borsoi, 1954. T. III.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, T. LI.

RATYNSKI, Phillippe. Prefácio. In CHENUT, Charles-Henry. *Guide Juridique du Consortium*. 101 Questions Pratiques. França: EFE, 2005.

REALE, Miguel. “Joint Venture” e Grupo de Sociedades. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva 1976-1980.

RICHARDSON, G. B. Source. *The Economic Journal*, vol. 82, n. 327, p. 886, sep/1972.

RUSSO, Michael V.; PARK, Seung Ho. When Competition Eclipses Cooperation: An Event History Analysis of Joint Venture Failure. In *Management Science*, jun/1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, p. 51, 2007.

_____. Breves Acenos para uma Análise Estruturalista do Contrato. *Revista de Direito Mercantil*, n. 141, p. 21-23, 2006.

_____. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SHISHIDO, Zenichi. Berkeley Law. Berkeley Law Scholarship Repository. Faculty Scholarship. 1-1-1987. Conflicts of Interest and Fiduciary Duties in the Operation of a Joint Venture. Berkeley Law. Disponível em <scholarship.law.berkeley.edu>. Acesso em 25.12.2017.

SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. *Consórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVA, Susana Costa e; SOUSA, Maria João de. Consórcios internacionais de empresas de construção civil. O caso da Mota-Engil. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, abr/jun 2009.

SIMPÓSIO SOBRE SOCIEDADES ANÔNIMAS. São Paulo, FCIESP, p. 37, 1970.

SZTAJN, Rachel. Associações e Sociedades: à Luz da Noção de Contrato Plurilateral. *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p. 231, jan.mar/2005. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. A Boa-Fé nas Negociações

Preliminares. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 2, p. 61-66, out. 2011. *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, vol. 2, p. 121-126, set/2012. DTR\2012\928. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 30.10.2017.

TERRANOVA, Carlo G. *Il Codice Civile Commentario Diretto da Piero Schlesinger*. L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467 – 1469. Milano: Giuffrè editore, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato de Consórcio - Garantias e Exeqüibilidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 641, p. 7, mar.1989. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

TIMM, Luciano Benetti; RODRIGUES, Marcelo Borges. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 21, abr-jun/2009. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 06.11.2017.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Adimplemento: Conceito e sua Natureza Jurídica. Due performance: concept and legal nature. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 10, p. 51 – 72, jan/mar/ 2017. DTR\2017\478. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 26.12.2017.

VASCONCELOS, Paulo Alves de Souza de. *O Contrato de Consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURA, Raul. *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*. Disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B3d8df1be-60d0-4d5e-9eb4-db46277ffde0%7D.pdf>>. Acesso em junho de 2017.

WALD, Arnaldo (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 21, ano 6, p. 66, 2009.

_____. (org.). Direito empresarial: direito societário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, p. 27, 2011.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XIV, livro II: Do direito de empresa. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*. Berkeley: University of California, 1991.

YVES GUYON; GEORGES COQUEREAU. *Le Groupement d'Intérêt Économique - Régime juridique et fiscal*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1973.

Referências Documentais

Contratos de Constituição de Consórcio e Aditamentos:

CONSORCIO SP – NIRE 35500724716. Disponível em <<https://www.jucesponline.sp.gov.br>>.

CONSORCIO ELLENCO CSC RAPOSO KM 63 - NIRE 35500721580 Disponível em <<https://www.jucesponline.sp.gov.br>>.

CONSORCIO MINAS SAO PAULO 03 – NIRE 35500709679. Disponível em <<https://www.jucesponline.sp.gov.br>>.

CONSORCIO Engineering Estrutural – NIRE 35500711118. Disponível em <<https://www.jucesponline.sp.gov.br>>.