

CONTRATOS ASSOCIATIVOS SOCIEDADE E CONSÓRCIO

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO*

Sumário: 1. Plano de Trabalho. 2. Contratos Associativos. 3. Contratos Associativos de Organização. 4. Sociedade e Contrato de Sociedade. 5. A Tipificação de Contratos. 6. O Tipo Contrato de Sociedade. 7. Os Contextos nos quais se encontra o Contrato de Sociedade nos Códigos Civis de 1.916 e 2.002. 8. Comparação entre as Definições de Contrato de Sociedade nos Códigos Civis de 1.916 e 2.002. 8.1. “*mutuamente*” e “*reciprocamente*”. 8.2. “*combinar seus esforços e recursos*” e “*contribuir com bens e serviços*”. 8.3. “*para lograr fins comuns*” e “*para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados*”. 9. Fundo Social, Patrimônio Social e Patrimônio Especial. 10. Sociedade em Comum. Sociedade Irregular. Sociedade de Fato. 11. O Contrato de Consórcio. 12. Conclusão.

1. Plano de Trabalho

Este estudo tem o objetivo de analisar a diferença fundamental entre as definições de contrato de sociedade no Código Civil de 2002 e no Código Civil de 1916. O conceito de contrato de sociedade, constante do artigo 1363 do Código revogado, hoje serve para definir o gênero “contratos associativos”, do qual o contrato de sociedade é espécie.

A constatação não carece de efeitos práticos, pois contratos corretamente tidos como modalidades do contrato de sociedade na vigência do Código de 1916 (como, por exemplo, o de consórcio) não mais podem ser assim considerados, porque não se enquadram na definição de contrato de sociedade do artigo 981 do Código Vigente.

O contrato de consórcio, tomado como exemplo do que afirmamos no parágrafo anterior, merecerá também uma análise circunstanciada até o ponto necessário para demonstrar a tese aqui defendida. O leitor interessado em uma visão geral do consórcio procurará abeberar-se em outras fontes mais especialmente voltadas ao estudo dessa figura jurídica. Assim também quanto às sumaríssimas descrições dos diversos subtipos do contrato de sociedade.

Antes de ingressar na matéria, recordaremos ainda alguns aspectos de caráter propedêutico.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro (Aposentado)

2. Contratos Associativos

A doutrina tradicional classificava os contratos em unilaterais e bilaterais, a primeira classe designando aqueles em que apenas uma das partes assume obrigação de efetuar prestação e a segunda, os em que ambas as partes mutuamente se obrigam a efetuar prestações e contraprestações diretamente direcionadas à esfera jurídica da outra.

Essa classificação ignora uma das categorias com que os contratos se apresentam na realidade social, na qual os negócios de cooperação se destacam dos negócios de troca ou doação. Deve-se a Ascarelli¹ a divulgação do entendimento de que mais uma classe deve ser considerada: a dos contratos plurilaterais, em que as prestações não são direcionadas à esfera jurídica da outra parte, mas visam à obtenção de um escopo comum, mediante colaboração.

Essa última classe de contratos caracteriza-se por poder abrigar duas ou mais partes, daí a qualificação de plurilateral, em oposição aos contratos bilaterais, que, por instrumentarem uma relação de troca, compreendem sempre duas partes². Em vista da possibilidade de também os contratos plurilaterais serem firmados por duas partes apenas, tem-se preferido designar os contratos bilaterais de contratos de troca e os plurilaterais, de contratos associativos.

O contrato associativo apresenta diversas particularidades, que o diferenciam do contrato de troca, dentre as quais: (i) a de ser capaz de vincular mais de duas partes, como já mencionado; (ii) a de não condicionar a realização da prestação de uma parte à realização da prestação de outra (inexistência de sinalagma, inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti*); (iii) a de não alterar sua substância com o ingresso e a retirada de partes; (iv) a de não ser rescindível no caso de inadimplência de uma ou mais partes, salvo se, em consequência, restar inviável a realização do escopo comum; (v) a de a nulidade da vinculação de uma ou mais partes não causar a invalidade do contrato, salvo se restar inviável a realização do escopo comum³.

Por fim, aponte-se a mais sugestiva das diferenças: o contrato de troca extingue-se com a efetuação das prestações, por ter atingido sua finalidade, enquanto o contrato associativo, por ter a realização do escopo comum como objeto e as prestações como instrumento, só se extinguirá com a consumação do escopo. Ou seja: no contrato de troca, a efetuação das prestações marca o término da vigência; no contrato associativo, as prestações se colocam desde o início, quando se cria um

¹ Vide a respeito o clássico artigo intitulado Contrato Plurilateral, constante da obra *Ascarelli, Tullio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, 2001*.

² Evidentemente, quando aqui se refere a “parte”, designa-se polo de interesses representados em um contrato, que pode constar de uma ou diversas pessoas.

³ Já dispunha o artigo 1.420 do Código Civil Italiano, de 1942: *Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale*.

ente personificado ou não, em função do qual as partes se relacionam, extinguindo-se o contrato com a consumação do escopo comum. Por geralmente reunirem uma pluralidade de partes em torno do escopo social, os contratos associativos em regra podem ser alterados por maioria.

Em suma, no contrato associativo as prestações das partes se destinam à consecução de um escopo comum e não à esfera jurídica da outra parte.

Para ilustrar a diferença entre o contrato de troca e o contrato associativo, Ascarelli propõe a comparação dos diagramas que representam as relações jurídicas emergentes de um e outro. Figure-se então que, no contrato de troca, os interesses das partes se colocam nos extremos de uma linha reta e a relação contratual causa o deslocamento do objeto de cada prestação para o outro extremo; no contrato associativo, os interesses das partes se posicionam em uma linha circular para convergirem na direção do centro, que representa o escopo comum.

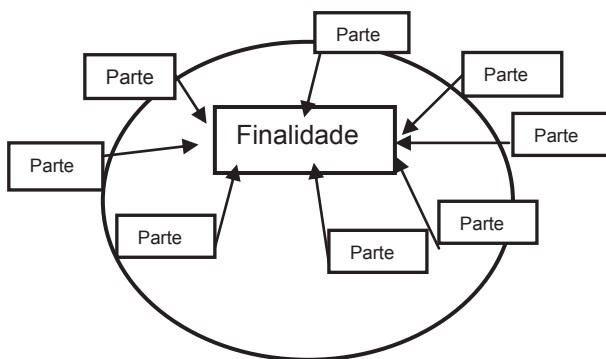
- Unilaterais



- Bilaterais (troca)



- Plurilaterais (associativos)



3. Contratos Associativos de Organização

Os escopos almejados em contratos associativos, na maioria dos casos, não são atingidos de uma vez e requerem que se crie uma organização para realizá-los. Frequentemente, essa organização é perene, por se tratar de escopo que se prolonga no tempo através de atividade cotidiana e complexa, exigindo a arregimentação de pessoas e bens. Daí a modalidade de contratos associativos de organização, em oposição aos contratos associativos instantâneos ou de curto prazo.

Portanto, os contratos associativos de organização criam uma entidade perene, personificada ou não, que reúne ordenadamente pessoas e coisas dedicadas à consecução do escopo comum. A organização das pessoas importa a adoção de uma estrutura hierárquica, com a atribuição de funções de comando, de operação e de representação.

Certamente o leitor percebeu que estamos palmilhando o campo geral em que vicejam entidades de variada espécie resultantes de contratos associativos de organização, dentre as quais se destaca a sociedade, a qual será objeto de análise em capítulos abaixo.

O Contrato de Sociedade, com efeito, não é o único que se reveste da natureza de contrato associativo de organização⁴. Para citar outro, muito presente na vida jurídica, aluda-se ao contrato constitutivo de associação a que se referem os artigos 53 e seguintes do Código Civil de 2002⁵.

O ente organizado aparece com maior frequência do que o contrato que o cria, principalmente se for dotado de personalidade jurídica, caso em que negocia com terceiros, adquire direitos ou assume obrigações, sendo titular de um patrimônio autônomo. Daí por que sobressaem as criaturas: sociedade, associação, etc.

4. Sociedade e Contrato de Sociedade

Sociedade é, portanto, criatura do contrato de sociedade. Só é sociedade a organização criada por um contrato de sociedade, necessariamente segundo os elementos essenciais do tipo legal pertinente, como se verá adiante. Entidade emergente de outro contrato associativo não se qualifica como tal.⁶

⁴ Embora haja contratos de sociedade que não criam uma organização por restringir-se a um só negócio a atividade econômica que lhe é objeto (cf. § único do art. 981 do Código Civil de 2002). Com efeito, o fato de criar uma organização não é da essência do contrato de sociedade, como veremos adiante.

⁵ Código Civil, art. 53. “Constituem-se as associações civis pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”.

⁶ Nas palavras de Ascarelli: “As considerações anteriores confirmam não constituir a sociedade (desde que se entenda este termo no seu próprio significado e não como sinônimo de qualquer contrato plurilateral) o único exemplar da categoria dos contratos plurilaterais.”” Ascarelli, Tullio *Problemas das Sociedades Anônimas e de Direito Comparado*, p. 451.

5. A Tipificação de Contratos

Tipificação é a providência da lei de desenhar o modelo esquemático de certos contratos e identificá-los por uma denominação. Criam-se então classes e subclasses de contratos típicos, também chamados nominados, que se distinguem dos contratos atípicos ou inominados. Neste último caso, o título e o conteúdo do contrato ficam inteiramente à mercê da autonomia da vontade das partes, respeitadas obviamente as normas da Teoria Geral dos Contratos.

Em certos casos, a lei desdobra um tipo de contrato em subtipos. Assim acontece com o contrato de sociedade, como veremos adiante.

Os contratos típicos devem seguir o desenho legal do tipo e do subtipo em que as partes os querem enquadrar, com o que as disposições legais pertinentes ao tipo e subtipo eleitos aplicam-se ainda que não expressamente referidas no instrumento contratual.

De se observar que a tipificação é instrumento da lei para classificar e identificar os contratos em espécie, segundo os elementos essenciais de modelos esquemáticos pré-configurados em abstrato no texto legal. Aos contratos enquadrados no modelo, atribui denominação comum que identifica a espécie e o regime jurídico mínimo que se lhe aplica. A lei pode, a qualquer tempo, suprimir ou alterar os tipos e subtipos existentes bem como criar novos tipos ou subtipos, porquanto a tipificação é matéria de regulação, objeto de normas gerais abstratas de direito positivo. Se a lei altera a configuração do tipo ou subtipo de um contrato, as partes em um contrato típico concreto deverão adaptá-lo ao novo modelo para assegurar sua classificação no tipo ou subtítulo eleito.

6. O Tipo Contrato de Sociedade

O contrato de sociedade corresponde a um tipo contratual definido pelo artigo 981 do Código Civil de 2002, apto a constituir sociedades empresárias e não empresárias.⁷

A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos subtipos definidos nos artigos 1.039 a 1.092 do Código (sociedade em nome coletivo,

⁷ Sociedade empresária é a destinada a exercer a atividade própria de empresário (titular de empresa); sociedade não-empresária, designada pelo novo Código sociedade simples, exerce atividade econômica, mas não definida como atividade própria do empresário. Notar que o Código, incidindo em equivocidade, também denomina sociedade simples a constituída sob as regras básicas constantes de seus artigos 997 a 1038, sem filiar-se a um subtipo previsto nos artigos 1.039 a 1.092. Sobre o conceito de empresa, reportamo-nos ao nosso ensaio intitulado *A Empresa*, publicado no livro *Advocacia de Empresas*, ed. Renovar, 2012, p. 431.

sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações). Faculta-se às partes eleger, dentre esses subtipos, o que melhor lhes aprouver, acrescentando aos elementos essenciais do tipo, definidos no artigo 981, os elementos próprios do subtipo eleito. Não se permite às partes criar outros subtipos, pois, como adverte Galgano, o sistema legal formado pelo contrato de sociedade e seus subtipos é um sistema fechado.⁸

A sociedade não-empresária rege-se pelos artigos 997 a 1.038 do Código, ou, se assim convencionarem as partes, assume a forma de um dos subtipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092, regendo-se pelos dispositivos legais que lhe são pertinentes.⁹

7. Os Contextos nos quais se encontra o Contrato de Sociedade nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

O Código Civil de 2002 alterou o modelo do contrato de sociedade definido pelo Código Civil de 1916.

O artigo 1.363 do Código Civil de 1916 desenhou para o contrato de sociedade um tipo legal tão amplo, que servia para definir todo o gênero do que hoje se entende por contratos associativos. No conceito de sociedade compreendia-se toda a gama de negócios associativos, inclusive as associações civis.¹⁰ Assim, na vigência do Código Civil de 1916, era correto classificar o consórcio como sociedade não personificada. Desse modo o consideravam a Exposição de Motivos do Projeto da Lei de Sociedades por Ações, que é de 1976, e, entre outros, o autorizadíssimo Leães, em parecer proferido na vigência do Código anterior.¹¹

O Código de 2002 distingue o contrato de sociedade dos demais contratos associativos, colocando-o nitidamente como espécie do gênero contratos associativos. A definição de contrato de sociedade do código vigente enuncia elementos essenciais próprios, não presentes na generalidade dos contratos associativos, inclusive os atos constitutivos das associações e os contratos de consórcio.

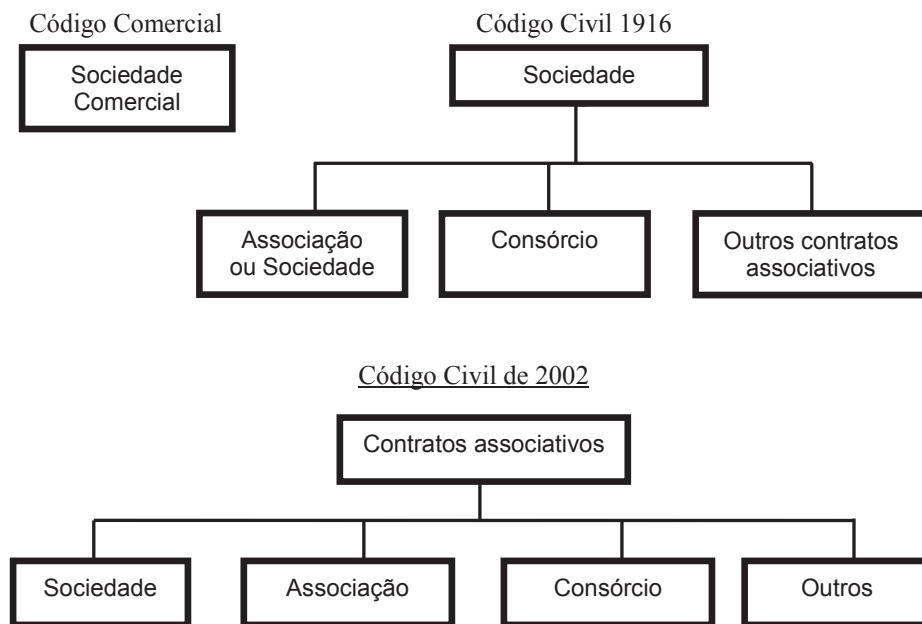
⁸ Galgano, Francesco, *Il negozio giuridico*, ed. Giuffrè, Milano, 2002, p.223/224.

⁹ Observe-se que as normas dos artigos 997 a 1.038 do Código Civil aplicam-se às sociedades em nome coletivo quando há omissão nos respectivos contratos sociais; no tocante às sociedades limitadas, tais normas se aplicam quando há omissão e as partes não tenham optado pelas normas da sociedade anônima.

¹⁰ As associações de objetivos não econômicos eram disciplinadas como espécie de sociedade. A seção que as regulava (artigos. 20 e segs.) tinha por título “Das sociedades ou associações civis”. O inciso I do artigo 53 aludia a “sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias”.

¹¹ Leães, Luiz Gastão Paes de Barros, *Pareceres*, São Paulo, Editora Singular, 2004, vol. I p.520/521.

O diagrama abaixo ilustra a posição do contrato de sociedade no direito anterior e no vigente:



8. Comparação entre as Definições de Contrato de Sociedade nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

O artigo 1.363 do Código Civil de 1916 assim definia o contrato de sociedade:

“Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

O artigo 981 do Código Civil de 2002 dispõe:

“Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens e serviços,

para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”¹²

Passamos então a analisar os pontos de divergência entre as duas definições.

8.1. “mutuamente” e “reciprocamente”

O Código de 2002, embora reproduza a parte inicial da definição do Código de 1916 – “*celebram contrato de sociedade as pessoas que Se obrigam*” - substituiu a palavra “mutuamente” por “reciprocamente”.

Em linguagem corrente, o termo reciprocamente é sinônimo de mutuamente. Então, por que substituir um termo pelo outro? Queremos crer que a substituição não é puramente semântica, nem resulta de caprichosa preferência literária do redator do texto legal.

Talvez o motivo esteja em que a palavra “mutuamente” induz a ideia de bilateralidade, pois deriva de mútuo, contrato em que se troca uma prestação presente por outra futura. “Reciprocamente” tem significado mais largo do que “mutuamente”, porquanto serve para designar correlação de atos, não necessariamente configurando troca ou doação de prestações entre as partes. A palavra “reciprocamente”, de maneira mais adequada, refletiria as relações tecidas em um contrato associativo, em que as prestações das partes convergem harmonicamente no sentido de uma finalidade comum.¹³

Ao preferir o termo “reciprocamente” para indicar o modo pelo qual as partes se relacionam no contrato de sociedade, o Código de 2002 estaria ressaltando que o contrato de sociedade é um contrato associativo e não bilateral, como permitia crer a letra do artigo 1363 do Código de 1916.¹⁴

8.2. “combinar seus esforços e recursos” e “contribuir com bens e serviços”

A fórmula “combinar esforços e recursos” contém dois elementos que servem para distinguir o conceito de sociedade no Código de 1916 e no de 2002: (i) “combinar” não significa que a contribuição dos sócios deva necessariamente ser transferida para um fundo social comum, podendo manter-se na esfera jurídica dos

¹² A definição inspira-se no art. 2.247 do Código Civil Italiano: “*Con Il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili.*”

¹³ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio-São Paulo, 1963, p.1303. No verbete *Recíproco* – “...demonstra o que é igual na correspondência entre um e outro, que possui a mesma relação de um lado ou de outro. Assim, obrigações recíprocas são as que se equivalem, ou as que se mostram de natureza semelhante ou de prestações equivalentes.... Deste modo, evidencia-se que o recíproco não traz ideia de troca de coisa por coisa, o que seria mútuo, em vulgar acepção. Tecnicamente, porém, mútuo e recíproco são inconfundíveis, visto que no recíproco as coisas não se permutam.”

¹⁴ Entretanto, o próprio Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 53, ao referir-se às associações, dispõe: “Não há entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”.

sócios; (ii) “esforços e recursos” é a mais lata expressão para designar a colaboração dos sócios, que compreende até a participação desinteressada em atividades pias e caritativas.

Ao utilizar a expressão “contribuir com bens e serviços” o artigo 981 do Código de 2002 limitou substancialmente a fórmula adotada pelo artigo 1363 do Código Civil de 1916, para definir com maior precisão o contrato de sociedade, distinguindo-o da generalidade dos contratos associativos¹⁵.

O verbo “contribuir” vem do latim “contribuere”, que, por sua vez, resulta da aposição do prefixo “con” ao verbo “tribuere”. O prefixo é por todos conhecido: dá a ideia de ação praticada em conjunto com outras pessoas ou de vários atos da mesma natureza praticados em concerto, cada um por uma pessoa. O verbo “tribuere” significa “imputar”, “dar”¹⁶. Na Língua Portuguesa, o radical “tribuir”, derivado de “tribuere”, produziu vários verbos, como “atribuir”, “distribuir”, “retribuir” e “contribuir”. Do particípio passado do verbo “tribuere”, adveio “tributo”, que significa o que é dado a alguém mais poderoso o que lhe é devido.

Portanto, “contribuir com bens e serviços” é uma fórmula muito mais estreita e específica do que “combinar esforços e recursos”: confere precisão à definição de contrato de sociedade: colocando-o no seu devido lugar de espécie de contrato associativo. Ao contribuir com bens e serviços os sócios estão combinando esforços e recursos; entretanto, a recíproca não é verdadeira: a combinação de esforços e recursos não importa necessariamente em contribuição com bens e serviços.

A expressão “contribuir com bens e serviços” traz à baila o fato de que, na sociedade, forma-se um fundo, constituído pelas prestações dos sócios, que é o instrumento básico da atividade econômica a ser exercida. O fundo é a consequência natural da reunião das contribuições.

Encerra-se este capítulo com a observação de que o Código Comercial tinha a contribuição dos sócios para o fundo social como elemento essencial do contrato de sociedade¹⁷. A concepção larga do artigo 1.363 do Código Civil de 1916, a rigor, nunca se aplicou às sociedades comerciais, que continuaram a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais, por determinação do parágrafo 2º do artigo 16 do Código de 1916. Portanto, em se tratando de sociedade comercial, a contribuição dos sócios para o fundo social continuou a ser da essência, embora a ampliação dos termos do artigo 1.363 se aplicasse na definição dos demais negócios associativos, que o Código, de modo equívoco, também denominava sociedade.

¹⁵ A ideia de contribuição dos sócios aparece nos artigos 981, 997, V, 1006 e 1007 do Código Civil de 2002. Os dois últimos revelam o cuidado do legislador em garantir a materialidade da contribuição com serviços.

¹⁶ Como na célebre enunciação dos princípios do Direito de Ulpiano: “... suum cuique tribuere” ou “dar a cada um o que é seu”.

¹⁷ Eis os termos do seu artigo 287: “É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria”

8.3. “para lograr fins comuns” e “para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Também neste ponto a definição do Código de 2002 especializa o conceito de contrato de sociedade.

Segundo o Código de 1916, enquadrava-se no largo âmbito do esquema legal de contrato de sociedade todo aquele que tivesse o objetivo de lograr fins comuns aos sócios, fossem tais fins obteníveis mediante o exercício de uma atividade organizada ou não, geradores ou não de renda, interesse ou vantagem material para os sócios.

De acordo com o Código de 2002, só é contrato de sociedade aquele no qual as contribuições dos sócios têm por finalidade a provisão de recursos (bens e serviços) para o exercício de atividade econômica, cujos resultados serão partilhados entre eles.¹⁸

Atividade econômica é o conjunto de atos praticados ordenadamente, com objetivo de auferir ganho mediante a colocação de bens ou serviços à disposição dos que queiram comprá-los. Trata-se de um processo, que se inicia com a aquisição e organização dos bens e serviços a serem usados como instrumento da atividade, e se desenvolve com a aquisição, a estocagem ou a transformação e a venda dos bens e serviços objeto da atividade (produto). Não só a indústria e comércio exercem atividade econômica. Tampouco é correto o entendimento de que só é atividade econômica a exercida através de empresa, pois até mesmo profissionais exercem atividade econômica ao adquirirem e organizarem os bens e serviços a serem usados em seu ofício e aplicá-los nos serviços que põem ao dispor de sua clientela.

Toda atividade econômica propicia um resultado correspondente à diferença entre a receita e os gastos, que, na sociedade, é partilhado entre os sócios, seja positivo (lucro) ou negativo (prejuízo)¹⁹.

Feita a análise comparativa das definições do contrato de sociedade no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, no próximo capítulo, serão estudadas as noções, que se localizam no cerne do conceito de sociedade, para, em seguida, ingressar no exame das sociedades não personificadas. A sociedade em comum, por ser não personificada, facilmente se despe dos elementos acrescentados pelos subtipos, permitindo nela examinar a essência do conceito de sociedade.

9. Fundo social, patrimônio social e patrimônio especial

Na sociedade, as contribuições dos sócios formam um fundo, que constitui o estoque de recursos a serem aplicados na atividade econômica. Com a efetivação das

¹⁸ Em plena vigência do Código Civil de 2002, o artigo 2º da Lei 11795, de 8/10/2008 qualifica de sociedade não personificada o consórcio para aquisição de bens duráveis.

¹⁹ Cf. artigo 1007 do Código Civil de 2002.

atividades esse fundo é acrescido por ganhos e diminuído por perdas. A diferença entre o valor dos ganhos e o valor das perdas constitui o resultado.

Assim, a toda sociedade personificada corresponde um patrimônio, isto é, uma universalidade expressa em termos financeiros, formada por elementos ativos (direitos reais e de crédito decorrentes das contribuições dos sócios e das atividades sociais) e elementos passivos (obrigações e riscos financeiros identificáveis incorridos no exercício das atividades). A diferença entre o total dos elementos ativos e o total dos elementos passivos é designada patrimônio líquido.

Cabe distinguir as noções de patrimônio geral e patrimônio especial: (i) patrimônio geral é a universalidade constituída por todos os elementos financeiros²⁰ ativos e passivos pertencentes a uma pessoa física ou jurídica; o patrimônio de uma sociedade dotada de personalidade jurídica é denominado patrimônio social; (ii) o patrimônio especial corresponde ao destaque de certos elementos ativos e passivos de um patrimônio geral, aplicados na persecução de uma determinada finalidade.

Os bens do patrimônio especial da sociedade não personificada respondem em primeiro lugar pelas dívidas assumidas na respectiva atividade econômica, observado o que examinaremos adiante.

10. Sociedade em comum. Sociedade irregular. Sociedade de Fato.

Sociedade em comum é toda sociedade, enquanto o respectivo contrato social não é registrado. O registro, segundo a feliz expressão de Sylvio Marcondes, *transubstancia* a sociedade em comum em sociedade personificada. Portanto, sociedade em comum não constitui um subtipo, mas tão somente um estado.

Toda sociedade (exceto a anônima) passa por uma fase em que é sociedade em comum, a partir do primeiro momento de sua existência, quando o contrato de sociedade é consumado, e assim permanece até o registro²¹. A sociedade em comum nada tem de irregular ou de ilegal, nem são ilícitos os atos praticados sob sua égide; se o registro não for providenciado, a sociedade poderá assim perenizar-se, sob o regime dos artigos 986 a 990 do Código de 2002. Efetuado o registro, a sociedade em comum adquire personalidade jurídica, sendo entronizada no tipo societário eleito no contrato de sociedade, ou abrigando-se no regime da sociedade simples, caso não seja empresária.

A disciplina da sociedade em comum no Código Civil de 2002 inclui uma inovação relevante, não contemplada na legislação revogada: atribuiu à sociedade em comum um patrimônio especial constituído dos bens alocados à atividade

²⁰ Usa-se aqui a qualificação “financeiro” no sentido de “susceptível de avaliação em dinheiro”

²¹ O artigo 45 do Código de 2002, que não nos parece ser dos mais felizes: ao reproduzir a fórmula do artigo 18 do Código de 1916, esqueceu-se da sociedade em comum, inovação por ele mesmo introduzida, cuja existência legal é reconhecida nos artigos 986 a 990, embora sem personalidade jurídica.

econômica exercida em comum e as dívidas incorridas em razão dessa atividade. Os sócios são titulares em comum do patrimônio especial, diz o artigo 988 do Código Civil de 2002 para significar que os bens do patrimônio especial respondem pelas dívidas contraídas por atos de gestão praticados por qualquer dos sócios (artigo 989 primeira parte).

Arnoldo Wald esclarece que os bens e dívidas refletidos no patrimônio especial da sociedade em comum não correspondem a um patrimônio autônomo em relação aos patrimônios dos sócios, mas apenas que, dentro dos patrimônios destes, é possível identificar os bens e dívidas relacionados à sociedade em comum²². Rachel Stajn, em ilustrativa passagem, afirma que “a cada patrimônio individual dos sócios está presa uma ‘fração ideal’ do patrimônio especial e que essa fração ideal dele se desprende quando a sociedade adquirir personalidade jurídica”²³. Portanto, os elementos do patrimônio especial não se apartam dos patrimônios dos sócios. São postos em destaque no patrimônio especial para responder em primeiro lugar pelas dívidas contraídas na atividade da sociedade em comum.

Na sociedade em comum, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, mas se lhes enseja invocar o benefício da ordem, para que os bens do patrimônio especial sejam executados em primeiro lugar. Entretanto, consoante o artigo 990 do Código de 2002, o sócio que contraiu a dívida exequenda fica excluído do benefício.

Por outro lado, todos os sócios têm poder para contrair dívidas por conta da sociedade em comum; se houver pacto de limitação de tais poderes de sócios, não valerá contra terceiros, exceto se for expresso e se o credor o conhecia ou devia conhecer (artigo 989 segunda parte).

As noções de sociedade irregular e de sociedade de fato provêm do Código Comercial e, no direito vigente, foram abarcadas pela sociedade em comum.

O artigo 301 do Código Comercial dispunha que, enquanto o instrumento do contrato de sociedade não fosse registrado, não teria validade entre os sócios nem contra terceiros, mas daria ação a estes contra todos os sócios solidariamente. Consoante o artigo 300, a forma escrita (“escritura pública ou particular”) era condição de validade do contrato de sociedade. Como existiam, na realidade, inúmeras sociedades funcionando sem contrato escrito, o artigo 305 criou uma presunção de existência de sociedade, quando pessoas exercitassem atos próprios de sociedade sem terem celebrado o contrato escrito exigido pelo artigo 300. Essa sociedade presumida era conhecida como sociedade de fato²⁴; a sociedade

²² Wald, Arnoldo, comentário ao artigo 988, *Comentários ao Novo Código Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ed. Forense, vol. XIV, p. 93.

²³ Sztajn Rachel, comentário ao artigo 988, *Código Civil Comentado*, coord. Alvaro Villaça Azevedo, ed. Atlas, 2008, vol. XI, p. 165.

²⁴ Pontes de Miranda, escrevendo na vigência dos códigos revogados, entendia que, a rigor, não havia sociedade na chamada “sociedade de fato”, ocorrendo tão somente uma situação fática que, por força da lei, produzia efeitos semelhantes aos da sociedade comercial. Miranda, Pontes de Tratado de Direito Civil, Contrato de Sociedade, Sociedade de Pessoas, Tomo XLIX, p. 108. Ousamos discordar, pois o

contratada por escritura pública ou particular não inscrita no Registro do Comércio era sociedade irregular.

Em verdade, a sociedade irregular e a sociedade de fato eram submetidas à mesma disciplina da responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas na atividade em comum. Respondiam os sócios, solidariamente e sem limitação, pelos débitos incorridos na atividade social.

O Código de 2002 unificou no conceito de sociedade em comum, as noções de sociedade irregular e de sociedade de fato²⁵.

11. O Contrato de Consórcio

O contrato de consórcio é um contrato típico²⁶ criado pela Lei 6404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações ou, abreviadamente, LSA).²⁷

Trata-se de contrato associativo, celebrado entre companhias e quaisquer outras sociedades para realizar determinado empreendimento. “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”, dispõe o parágrafo primeiro do artigo 278 da LSA.²⁸

O fato de o artigo 278 da LSA indicar como finalidade do consórcio a execução de determinado empreendimento, não distingue o contrato de consórcio do contrato de sociedade, porquanto esta também pode ter um determinado empreendimento por objeto (SPE – Sociedade de Propósito Específico), até mesmo constituído por um só negócio, como faz certo o parágrafo único do artigo 981 do Código de 2002. A circunstância de o artigo 278 só admitir companhias ou outras sociedades como consorciadas também não é elemento de distinção, pois as sociedades também podem ter como sócias exclusivamente outras sociedades.

Então, onde está o elemento de distinção entre a sociedade e o consórcio? A diferença está no regime de colaboração entre as partes para atingir o objetivo comum. Como nota Astolfi, trata-se de dois fenômenos contratuais bem diversos,

artigo 305 do Código Comercial dispunha expressamente: “Presume-se que existia ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social”.

²⁵ Vide a magistral exposição de Erasmio Valladão Azevedo e Novaes França, em sua obra *A Sociedade em Comum*, Malheiros Editores, S.P. 2013, p. 110/122.

²⁶ Tavares Guerreiro, José Alexandre, *Regime Jurídico do Consórcio*, RDM 138/203.

²⁷ Deve distinguir-se o contrato de consórcio regulado pelos artigos 278 e 279 da LSA de outros negócios associativos, que a prática e mesmo algumas disposições legais ou regulamentares, também denominam “consórcio” (p.ex: consórcios para distribuição de valores mobiliários e simples parcerias que as partes denominam “consórcio”). Nosso objeto é exclusivamente o consórcio previsto na LSA.

²⁸ Notar que a LSA, com o objetivo de enfatizar, incorre em tautologia voluntária, ao acrescentar “sem presunção de solidariedade”, posto que o artigo 896 do Código Civil de 1916 e o artigo 265 do Código Civil de 2002 proclamem que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Observar, também, que os consórcios regidos pela Lei de Licitações Públicas (Lei 8.666) as consorciadas respondem solidariamente.

que requerem disciplina das relações entre os participantes de modo diferente, apesar de ambos serem voltados à satisfação de um interesse comum das partes.²⁹ No consórcio, cada uma executa de modo autônomo a atividade que lhe compete; na sociedade, as contribuições dos sócios formam o fundo social, que será o instrumento de as partes exercerem em comunhão a atividade econômica prevista no contrato social.³⁰

Com efeito, no consórcio, cada consorciada executa separadamente uma parcela do empreendimento almejado em comum por todas e o faz em coordenação com as outras para que as parcelas do empreendimento, advindas de executores diversos, se ajustem formando uma unidade.³¹ Nessas condições, a inexistência de personalidade jurídica não induz a concepção de um patrimônio especial no consórcio, como acontece na sociedade em comum. No consórcio, como vimos, cada consorciada age separadamente e responde isoladamente pelos direitos, que adquire, e obrigações, que assume, não havendo razão para a concepção de um patrimônio especial de titularidade comum das consorciadas.

Na sociedade, a unificação se dá no início do processo, com os aportes dos sócios para a formação do fundo social; no consórcio, as consorciadas prometem aportar, na fase final do processo, as parcelas do empreendimento, que construíram separadamente.

A distinção entre sociedade e consórcio impõe-se pela natureza das coisas, em cujo campo exsurtem perfeitamente distintas duas maneiras de as pessoas exercerem atividade econômica em colaboração, tendo em mira um objetivo comum: (i) ou cada uma delas executa uma parcela do objetivo comum para, ao final, as parcelas serem ajuntadas para formar o objetivo comum, (ii) 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.

É interessante notar que a formação de um fundo comum é consequência natural da atividade econômica exercida em comum por meio da sociedade. No

²⁹ Astolfi, Andrea, *Il Contratto di Joint Venture – La Disciplina Giuridica dei Raggruppamenti Temporanei di Imprese*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 256/257 (tradução do trecho citado pelo autor).

³⁰ Franco Neto, Ary Azevedo, *Consórcio*, in *Direito das Companhias*, coord. Lamy Filho, Lamy e Bulhões Pedreira, José Luiz, Forense, 2009, vol. II, p. 2077.

³¹ A Exposição de Motivos do Decreto 231/1981 de Portugal salienta magistralmente este ponto: “O contrato agora expressamente regulamentado no nosso direito aparece chamado de «consórcio», por ser essa 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 atividade em comum, pois cada um continua a exercer uma atividade própria, embora concertada com as atividades dos outros membros”.

consórcio, em que de regra não há exercício em comum de atividade, a formação de um fundo comum é desnecessária.

Essa constatação coloca-se diante de nossos olhos ao contemplarmos a execução de projetos de grande porte, como a implantação de hidroelétricas e de outras grandes unidades industriais. Esse tipo de projeto muito dificilmente encontrará uma empreiteira capaz de isoladamente executá-lo por inteiro e entregá-lo pronto e completo (*turn key*). Então, as obras de terraplanagem e construção civil competem a uma empresa e o fornecimento e montagem do equipamento a outra, cada uma trabalhando com suas próprias equipes, seu próprio *know how* e utilizando seus próprios meios, separadamente. Mas os trabalhos devem ser harmonizados para que os equipamentos assentem no prédio com a precisão necessária.³²

Nessas condições, foi introduzida no Brasil a *joint venture* contratual,³³ sem regulação específica, que muita dor de cabeça deu ao empresariado, porque se enquadrava na definição de contrato de sociedade do artigo 1.363 do Código Civil de 1916. Sendo sociedade e não sendo registrada no Registro do Comércio como tal, a *joint venture* contratual corria o risco de ser considerada sociedade irregular ou de fato, do que adviriam duas graves consequências: (i) serem as partes responsáveis solidárias pelas dívidas contraídas isoladamente por uma delas em conexão com a respectiva atividade e (ii) ser a *joint venture* contratual equiparada a pessoa jurídica para efeitos tributários (artigo 146, parágrafo segundo do Regulamento do Imposto de Renda), do que decorria a cobrança do imposto de renda, acrescido de multa, sobre o “lucro apurado na suposta pessoa jurídica” (a *joint venture*), não obstante o fato de o lucro tributável de cada parte já ter sido apurado com a inclusão das receitas e despesas incorridas na atividade objeto da *joint venture*.

A Exposição de Motivos do Projeto da LSA, no Capítulo XIII, esclarece que a previsão do consórcio na lei “apenas convalida, em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento”.

Ingressando no campo socioeconômico, a Exposição de Motivos acentua ainda que o consórcio complementa o quadro das várias formas com que as sociedades empresárias se associam, conjugando seus recursos para responder aos desafios de escala propostos pela economia moderna. Essa conjugação é obtida, entre diversos outros meios e modos, seja mediante participações societárias que resultem em coligação ou controle (grupos de fato e de direito) seja através de outras relações contratuais de colaboração, dentre as quais figura o consórcio.

A participação de consórcios em licitações públicas foi expressamente admitida pelo art. 26 do Decreto 2.300, de 21 de novembro de 1986, atento à

³² Este é um exemplo esquemático, aqui apresentado apenas para ilustrar o que se pretende demonstrar no texto. Na realidade dos grandes projetos as complexidades são muito mais profundas e diversificadas.

³³ Não confundir com a *companhia joint venture*, em que as partes constituem uma subsidiária comum para contratar a execução do projeto. Vide o artigo *As Joint Ventures*, in Lobo, Carlos Augusto da Silveira, *Advocacia de Empresas*, Renovar, Rio, 2012, p. 123.

realidade dos fatos que exigia a reunião de empreiteiros de diversas especialidades para a execução de obras públicas de grande porte. Em 1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666) disciplinou novamente a matéria, reproduzindo os preceitos do Decreto 2.300 e acrescentando que as consorciadas são solidariamente responsáveis perante a Administração Pública.³⁴

A tipificação do contrato de consórcio constituiu, portanto, resposta da lei a uma necessidade real do meio econômico, que clamava por um instrumento jurídico apto a organizar a cooperação temporária entre empresas para executar empreendimentos comuns, podendo desvincular-se confortavelmente uma vez encerrados os trabalhos³⁵. Antes da LSA, esse tipo de colaboração empresarial era inviabilizado, ou seriamente perturbado, pela nebulosidade com que o artigo 1363 do Código Civil de 1916 encobria a distinção entre os contratos de sociedade e de consórcio.

O fato de o artigo 279 enunciar, dentre os elementos do contrato de consórcio, alguns assemelhados aos do contrato de sociedade não esmaece a distinção. A autonomia das atividades das consorciadas não se desfigura pelo fato de o consórcio apresentar certos aspectos externos iguais ou semelhantes aos da sociedade, tais como nome, endereço e foro³⁶; um colegiado deliberativo; faturamento unificado, contabilidade e partilha de resultados; contribuições para despesas comuns; conta bancária conjunta; representante³⁷, etc.

O parágrafo único do artigo 279 da LSA determina que o contrato de consórcio seja arquivado na Junta Comercial competente, devendo a certidão de arquivamento ser publicada. O registro visa ao efeito publicidade, do qual decorre a oponibilidade do contrato de consórcio perante terceiros. Portanto, ao contrato não registrado falta eficácia contra terceiros, mas terceiros podem invocá-lo em seu favor. A despeito da inexistência de registro, o contrato é válido e eficaz entre as consorciadas.

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 inciso IV do artigo 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.

³⁴ A responsabilidade solidária é válida para os consórcios regidos pela Lei 8.666, que é lei especial, sem prejuízo da aplicação aos demais consórcios do disposto no artigo 278 da LSA, que é lei geral.

³⁵ Antunes, José A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 399.

³⁶ A jurisprudência tem reconhecido a diversos entes não personificados legitimidade para estar em juízo - a chamada "personalidade judiciária" - conferindo interpretação extensiva ao artigo 12, VII do Código de Processo Civil. Veja no site do TJSP a decisão proferida no Agravo de Instrumento Processo nº: 2066568-13.2013.8.26.0000, com vasta citação de precedentes.

³⁷ Não confundir com representante legal de sociedade personificada, que é órgão social. No consórcio, o representante é mandatário das consorciadas.

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.

Com maior evidência ressalta a erronia de algumas decisões fiscais, que qualificam o consórcio não registrado de sociedade de fato: a falta de registro não transmuda o consórcio em sociedade. Muito menos poderá converter-se o consórcio em sociedade de fato: primeiro, porque sociedade de fato é figura abolida do mundo jurídico pelo Código Civil de 2002; segundo, porque é impossível enquadrar o consórcio no parágrafo primeiro do artigo 146 do Regulamento do Imposto de Renda, não sendo o consórcio nem firma nem sociedade.³⁸

Vejamos, então, que consequências lógicas decorreriam da falsa premissa segundo a qual o consórcio permanece sendo modalidade de sociedade, na vigência do Código Civil de 2002. Sendo assim, os artigos 278 e 279 da LSA estariam revogados, pois o novo Código Civil não contemplou o consórcio entre os subtipos e modalidades de sociedade, que disciplinou exaustivamente no Título II do Livro II³⁹. Então, para que fossem entronizados no novo regime, os consórcios constituídos na vigência da legislação anterior deveriam ter sido adaptados às disposições do novo Código até 11 de janeiro de 2007, segundo dispõe o artigo 2.031 das Disposições Finais e Transitórias, com a redação da Lei 11.127/65. Na adaptação, em vista da natureza empresarial do consórcio, incidiria o artigo 983 do novo Código, que determina que as sociedades empresárias adotem um dos tipos societários previstos nos artigos 1.039 a 1.092. Enquanto não adaptados e convertidos em um dos tipos societários mencionados, os consórcios constituídos segundo a legislação revogada não obteriam o registro a que se refere o artigo 985 e, em consequência, seriam considerados sociedades em comum.

12. Conclusão

Como ficou demonstrado, o Código Civil de 2002 modificou essencialmente a definição do tipo “contrato de sociedade” e, em consequência, alterou sua posição no quadro dos negócios associativos. No regime do Código Civil de 1916, o contrato de sociedade era definido em termos amplíssimos, coincidindo com o conceito de

³⁸ Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto: I - as pessoas jurídicas (Capítulo I); II - as empresas individuais (Capítulo II). § 1º As disposições deste artigo aplicam-se a todas as firmas e sociedades, registradas ou não.

³⁹ A LSA disciplinava a sociedade anônima, a sociedade em comandita por ações e o consórcio. O Código de 2002 contempla a sociedade anônima, por referência à LSA, no artigo 1.089, e dá nova disciplina à sociedade em comandita por ações nos artigos 1.090 a 1.092. Silencia quanto ao consórcio, do que se conclui: (i) se o consórcio é sociedade, deve adaptar-se ao novo sistema jurídico; (ii) se não, sobreviveu como um contrato associativo típico regido por lei especial.

contrato associativo. No Código de 2002, o contrato de sociedade passou a ser uma das espécies do gênero “contratos associativos”.

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.