

Rocha e Pernidji: Consórcio entre associações civis sem fins lucrativos

29/11/2022

Este artigo tem como objetivo abordar a possibilidade de associações civis sem fins lucrativos figurarem como partes em contratos de consórcio previstos nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).



Para que nos seja possível responder este questionamento, faz-se

necessária uma breve incursão sobre a natureza jurídica dos contratos de consórcio, a razão de sua existência e sua tipificação legal, de modo a determinar se haveria impedimento legal ou não a que associações civis sem fins lucrativos pudessem, como partes, contratar essa forma de associação.

Consórcio: finalidade e natureza jurídica

Sem sombra de dúvidas, a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios da pessoa jurídica em relação às dívidas e obrigações dessa última, trouxe enorme evolução ao desenvolvimento das atividades comerciais.

A ficção da pessoa jurídica, materializada para o mundo real, outorgando personalidade jurídica e a qualidade de pessoa com direitos e deveres independentes de seus sócios, algo antes só admitido a pessoas naturais, representou notável evolução no mundo do comércio, mola propulsora do desenvolvimento das nações. Permitiu-se que os sócios, ou associados não respondessem, salvo em caso extraordinários, pelas dívidas da pessoa jurídica.

É sabido, que determinados projetos empresariais para que tenham chances de êxito verdadeiro, exigem a comunhão de esforços empresariais para a sua realização.

É justamente dessa necessidade que nasce o contrato associativo de consórcio. Determinadas empreitadas, não importando suas dimensões, muitas vezes exigem a participação conjunta de empresas, para que o objetivo comum, que individualmente não poderia ser realizado, possa ser alcançado. Para tanto, reúnem-se capacidades, habilidades e capital, direcionados a realização de um determinado empreendimento comum.

O Consórcio desde muito existia em nossa realidade empresarial, mas sua previsão encontrava-se diluída em leis e normas esparsas.

A Lei das Sociedades por Ações foi a lei que fez previsão expressa e objetiva aos consórcios, e que até hoje os regula. O Artigo 278 da referida lei, assim dispõe:

"Artigo 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."

O contrato de consórcio é, portanto, um contrato típico regulado pela Lei das Sociedades por Ações. Trata-se de contrato de natureza associativa, celebrado entre companhias e quaisquer outras sociedades para a realização de determinado empreendimento. As participantes do consórcio compartilham suas capacidades e conhecimentos, exercendo em comunhão de esforços as atividades objeto do consórcio, preservando sua personalidade jurídica autônoma, respondendo cada uma por suas obrigações, e sem que o consórcio seja caracterizado como um novo ente personalizado, ou como melhor definido nas palavras do professor Carlos Silveira Lobo (Carlos Augusto Silveira Lobo, Contratos Associativos e Consórcio, Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, Volume 66, 2014):

"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. 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."

É de se notar, que o contrato associativo de consórcio visando empreender um negócio comum sempre partirá do pressuposto, na forma da Lei das Sociedades Anônimas, do exercício da atividade empresária, tendo como objetivo final a obtenção de lucro com fins econômicos.

As partes do contrato de consórcio

Fixadas as premissas sobre a natureza jurídica do contrato de consórcio, passamos a discorrer sobre quem pode figurar como parte nesse tipo de negócio jurídico associativo.

O artigo 278 da Lei das Sociedades por Ações dispõe que: *"As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio..."*. Ora, a lei é clara quando diz que apenas as companhias, ou seja, sociedades anônimas e quaisquer outras sociedades podem constituir consórcios.

É pacífico na doutrina que outras sociedades que não as anônimas podem ser parte de consórcios, na forma da lei. O que costuma se discutir e trazer certa insegurança é se *"quaisquer outras sociedades"*, tomando emprestado o termo da lei, precisariam ser necessariamente empresárias.

A resposta deve ser positiva. Apenas podem participar de consórcio sociedades empresárias, sejam elas anônimas, ou não.

Em primeiro lugar, porque o consórcio, como já demonstrado, é contrato associativo para o desenvolvimento de atividade empresarial. Em segundo lugar, porque o contrato de consórcio deve ser necessariamente registrado no registro do comércio do lugar de sua sede, sistema registral onde se encontram arquivados os atos das sociedades empresárias, na forma do Parágrafo Único, do artigo 279 da Lei das Sociedades por Ações.

Adicionalmente, a Lei das Sociedades por Ações contém expressa previsão no §2º, do Artigo 278 de que *"a falência de uma consorciada não se estende às demais"*. Ora, na acepção técnica do termo, salvo as exceções previstas em lei, quem está sujeita à falência são as sociedades empresariais, ou o empresário individual, sendo esse instituto uma possibilidade própria a esse tipo societário ou condição.

Não é outra a opinião de Ary Azevedo Franco Neto, extraída do Livro Direito das Companhias (página 1.516, Editora Forense, 2º Edição) transcrita abaixo:

"O consórcio é tipo de contrato próprio de sociedades empresárias: a Lei das Sociedades por Ações dispõe que podem ser partes do contrato a companhia e quaisquer outras sociedades(...). O fato de o contrato de consórcio ser arquivado no Registro de Empresas Mercantis fundamenta a interpretação de que podem ser partes do consórcio da LSA quaisquer sociedades empresárias."

Consórcios e associações civis sem fins lucrativos

Chegamos, enfim, ao ponto nuclear que nos possibilita tratar do principal questionamento que ora é abordado no presente artigo. Pode uma associação civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de consórcio com outra, também organizada como associação civil sem fins lucrativos?

A resposta deve ser negativa.

A associação civil sem fins lucrativos, de conformidade com o Artigo 44 do Código Civil, é caracterizada como pessoa jurídica de direito privado, não obstante o fato de que a associação de seus membros não possui objetivo de obter lucro com finalidade econômica.

Como visto anteriormente, apenas sociedades empresárias podem fazer parte de consórcios, observado que um dos fundamentos principais do contrato de consórcio é desenvolver atividades empresariais obedecendo a natureza desse instituto.

Ainda que se argumentasse que a expressão da lei contida no artigo 278 ("*quaisquer outras sociedades*") alcançasse também a sociedades não empresárias, mesmo assim uma associação civil sem fins lucrativos não estaria autorizada a figurar como Parte em contrato de consórcio, segundo o atual arcabouço legal que rege o tema.

Confira-se, a este respeito, os artigos do Código Civil que tratam de associações civis sem fins lucrativos e sociedades:

"Artigo 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

Em artigo denominado *Associações e Sociedades: À Luz da Noção de Contrato Plurilateral* (Revista de Direito Privado, vol. 21/2005, página 223-234), Rachel Sztajn assim esclarece:

"O que é assente na doutrina, e agora, na legislação, é que sociedades e associações têm, na finalidade econômica daquelas, inexistente nestas, seu traço diferenciador, mesmo que pudesse haver, na vigência do Código Civil de 1916 (LGL19161), discordâncias quanto a tal divisão. É que o fenômeno parece o mesmo. Tullio Ascarelli, ao tratar do contrato plurilateral, suporte de constituição de sociedades, via dois tipos de associações, as organizadas destinadas a satisfazer necessidades de seus membros como, por exemplo, as esportivas, culturais, recreativas, e as formadas para prestação de auxílio ou utilidades para terceiros."

Como se vê, a associação civil não é sociedade, nem tão pouco possui como objetivo a obtenção de lucro. Faltaria a essas entidades pressupostos fundamentais que permitiriam que o contrato de consórcio fosse por elas legitimamente celebrado. Estaria tísado, portanto, de vício insanável o referido contrato, constituindo-se como negócio jurídico nulo, ou anulável.

Note-se que não se diz aqui que não seja possível a duas ou mais associações, por meio da celebração de determinado contrato atípico, como por exemplo um convênio, ou até mesmo um contrato inominado, se unirem para a conjugação de esforços visando o alcance de um interesse comum. Nada obstante, tal contrato associativo não estaria subsumido às regras que regem o consórcio, nem tão pouco de consórcio poderia ser denominado.

Cabe aqui registrar que, em recente alteração legislativa que criou a Lei das Sociedades Anônimas do Futebol (SAF), acresceu-se ao artigo 971 do Código Civil, um parágrafo único que permite que as associações que desenvolvam atividades futebolísticas em caráter habitual e profissional possam ser consideradas empresárias para todos os efeitos, desde que requeiram sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme abaixo transcrito:

"Artigo 971 – O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo à associação que desenvolva atividade futebolística em caráter habitual e profissional, caso em que, com a inscrição, será considerada empresária, para todos os efeitos."

Parece-nos, no entanto, sem proceder a uma análise mais aprofundada sobre a matéria, que tal dispositivo legal permitirá que as associações que desenvolvam atividade futebolística possam beneficiar-se dos favores legais previstos na Lei nº 11.101/2005, quais sejam, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, favores esses restritos, até a modificação da lei antes referida, aos empresários, individuais, ou organizados sob a forma societária, muito embora algumas decisões judiciais já venham reconhecendo o direito da recuperação judicial a entidades que não tenham fins lucrativos, inclusive a clubes de futebol, sob o argumento de que a atividade desenvolvida possui caráter empresarial.

De todo modo, somos da opinião, que ainda que as associações desportivas requeiram sua inscrição como empresas no Registro Público de Empresas Mercantis, deve ser tratado com cautela, em princípio, a formação de consórcios por essas entidades, por falta de expressa previsão legal, uma vez que a lei exige para registro do consórcio que este seja formado por sociedades empresariais, condição que as associações, ainda que se registrem na forma do parágrafo único do Artigo



971 do Código Civil, não possuem, não obstante a elas sejam equiparadas para todos os efeitos.

Fundamental observar, entretanto, que a inscrição da associação no Registro Público de Empresas Mercantis e sua equiparação como sociedades empresárias poderia gerar impactos ainda não totalmente previsíveis nas normas aplicáveis a essas associações na área tributária, fiscal, societária, podendo vir a alterar significativamente a dinâmica hoje existente dessas associações.

Tendo em vista todo o acima exposto, somos da opinião de que não é permitido às associações sem fins lucrativos constituir e/ou participar de consórcio regulado pelos artigos 278 e 279 da Lei das Sociedades Anônimas, haja vista tratar-se modelo de contrato associativo destinado apenas às companhias (sociedades anônimas) e quaisquer outras sociedades empresárias. Adicionalmente, deve ser analisado com muita cautela qualquer tentativa de formação de consórcios entre essas associações, mesmo quando elas se equiparem a sociedades empresárias para todos os efeitos, na forma da recente alteração do artigo 971 do Código Civil.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-nov-29/rochae-bernidji-consorcio-entre-associacoes-civis-fins-lucrativos/>