

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X  
Edição 133 - Setembro de 2011  
R\$ 16,90

MASSAMI UYEDA  
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## REFLEXÕES SOBRE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

Editorial: OS LUMPENS DA POLÍTICA

# A PERSONALIDADE JURÍDICA DOS CONSÓRCIOS E AS IMPLICAÇÕES FISCAIS E CIVIS: LEI Nº 12.402, DE 2/5/2011

**Gustavo Binenbojm**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro  
Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ  
Advogado

Transcrição da palestra proferida no VII Seminário "Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo", realizado em agosto/2011, em Campos do Jordão

O sistema de transporte coletivo, embora interesse mais diretamente às populações de baixa renda, na realidade, interessa a todos nós, à medida que envolve a qualidade de vida de toda a população nesse vínculo solidarístico que nos une. Isso se comprova pela circunstância de que hoje a velocidade média dos automóveis individuais é próxima à velocidade das carroças puxadas por tração animal.

Nas últimas licitações realizadas por diversos municípios do nosso Estado e pelo próprio estado do Rio de Janeiro, a forma consorcial de atuação foi exigida, e diante das recentes alterações legislativas, esse tema – personalidade jurídica dos consórcios de empresas e as implicações fiscais e civis diante do advento da Lei federal nº 12.402, de 2 de maio de 2011 – torna-se uma questão premente a ser discutida.

Nesses termos:

**Lei nº 12.402, de 2/5/2011:**

Art. 1º. **As empresas integrantes de consórcio constituído nos termos do disposto nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, respondem pelos tributos devidos, em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento, observado o disposto nos §§ 1º a 4º.**

§ 1º O consórcio que realizar a **contratação, em nome próprio**, de pessoas jurídicas e físicas, com ou sem vín-

culo empregatício, **poderá** efetuar a retenção de tributos e o cumprimento das respectivas obrigações acessórias, **ficando as empresas consorciadas solidariamente responsáveis.**

§ 2º Se a retenção de tributos ou o cumprimento das obrigações acessórias relativos ao consórcio forem realizados por sua **empresa líder**, aplica-se, também, a **solidariedade** de que trata o § 1º.

§ 3º O disposto nos §§ 1º e 2º **abrange o recolhimento das contribuições previdenciárias patronais**, inclusive a incidente sobre a **remuneração dos trabalhadores avulsos**, e das **contribuições destinadas a outras entidades e fundos, além da multa por atraso no cumprimento das obrigações acessórias.**

Causa, evidentemente, perplexidade ao leitor desatento, propor-se um estudo sobre a **personalidade jurídica** dos consórcios diante de uma nova lei, a Lei nº 12.402, de 2011. Essa perplexidade decorre do fato de que há um conhecimento convencional, consagrado no Direito brasileiro e positivado nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976, de que o consórcio é um contrato por meio do qual duas ou mais sociedades – qualquer que seja a sua natureza e não apenas as S.A.s – obrigam-se entre si, de forma coordenada, temporária e limitada, à execução de um determinado empreendimento.



Desse contrato não nasce uma nova pessoa jurídica, conforme previsão expressa no § 1º do artigo 278 da citada lei, porque a forma consorcial é uma conjugação de esforços e recursos voltada à execução de uma tarefa determinada, de vocação temporária e limitada a esse empreendimento específico. E é por isso que a lei diz claramente: não há personalidade jurídica gerada no contrato de consórcio. Mais do que isso, as empresas consorciadas obrigam-se apenas e tão somente nos termos estipulados no contrato, sem qualquer presunção de solidariedade. Essa é a linguagem expressa da lei.

A já citada Lei nº 6.404, em seu artigo 279, define, dando um caráter típico ao contrato de consórcio, quais elementos necessariamente devem constar desse contrato:

- **designação** do consórcio, se houver;
- **empreendimento** que constitua seu objeto;
- duração, endereço e foro;
- **obrigações e responsabilidades** de cada consorciada;
- normas para **recebimento de receitas e partilha de resultados**;
- normas de **administração, contabilização e representação** das consorciadas;
- forma de **deliberação**, número de votos de cada consorciada e contribuição para despesas comuns.

De imediato, surge a pergunta feita pela doutrina há muito tempo: é possível que o consórcio seja sujeito de

direitos e obrigações? De maneira prática, é possível que ele celebre um negócio jurídico em nome próprio? A resposta, desenganadamente, seria negativa se se pretendesse dar ao termo consórcio a ideia de um ente dotado de personalidade, portanto apto à aquisição de direitos e à contração de obrigações. No entanto, a resposta pode ser positiva, caso se entenda, conforme a doutrina mais abalizada, que, na verdade, o consórcio é apenas a forma de designação contratual da totalidade das consorciadas que celebram coletivamente um contrato, cada qual por si, podendo todas comparecerem em nome próprio para celebrar o contrato ou por meio de uma sua mandatária, que passa a ser a empresa líder desse consórcio.

Isso significa que o contrato de consórcio define a matriz de responsabilidades e as obrigações das empresas. Quando esse consórcio entra em um novo contrato com terceiros, essas empresas consorciadas é que são, na verdade, as partes celebrantes do contrato. Portanto, não se trata de uma pessoa jurídica, não se trata do consórcio a celebrar um contrato em nome próprio, distinto das pessoas, das empresas consorciadas.

## Responsabilidade das consorciadas

Cada consorciada **responde por suas obrigações, na forma estipulada no contrato de consórcio**, havendo leis específicas que **impõem responsabilidade solidária entre empresas consorciadas**, tais como:

**Lei nº 8.666/93:**

Art. 33. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

**V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.**

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa

brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

#### Lei nº 8.987/95:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º **A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.**

#### Lei nº 8.078/90 (CDC):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;

§ 3º **As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código;**

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa;

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A própria Lei nº 6.404, em seu **artigo 278, § 1º**, diz, expressamente, que não há presunção de solidariedade. A solidariedade, como se sabe, decorre sempre da lei ou do contrato. Se o contrato de consórcio estabelecer, haverá a solidariedade; se não estabelecer, não haverá, salvo se existirem

leis específicas que atribuam expressamente responsabilidade solidária às empresas consorciadas.

A dúvida que temos vem da medida provisória que originou a Lei nº 12.402, de maio de 2011. A medida provisória, como se sabe, nada mais é do que um projeto de lei de efeitos cautelares. A confusão se dá pelo fato de o § 1º do artigo 1º da tal medida provisória determinar a não aplicação do § 1º do art. 278 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.s) para efeitos tributários. Creio que essa medida provisória foi a gênese da controvérsia sobre essa discussão. Aqui, cabe um parêntese: a medida provisória vige desde sua edição com força de lei, mas não é lei. Ela tramita no Congresso Nacional como um projeto de lei com efeitos cautelares e, embora continue sendo um instrumento normativo autoritário, originário do velho decreto-lei do Estado Novo do regime militar, é objeto de emenda, coisa que não acontecia com os decretos-leis.

Após tramitar no Congresso Nacional, a medida provisória foi objeto de um substitutivo que alterou consideravelmente seu texto, resultando exatamente na Lei nº 12.402, de 2/5/2011. A meu ver, foi a partir daí que as coisas foram esclarecidas.

Torna-se evidente que a obrigação tributária primária é de cada empresa consorciada na proporção da sua participação no empreendimento. Não há, portanto, uma substituição das pessoas jurídicas consorciadas por uma nova pessoa jurídica, que é o consórcio. As obrigações tributárias são originariamente de cada empresa consorciada.

Nos termos dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º da Lei nº 12.402/2011, estabeleceu-se, tão somente, a responsabilidade solidária das empresas consorciadas por obrigações tributárias decorrentes das operações do consórcio. Tal regime de solidariedade abrange apenas o recolhimento das contribuições previdenciárias patronais, inclusive a incidente sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos, e das contribuições destinadas a outras entidades e fundos, além da multa por atraso no cumprimento das obrigações acessórias

#### Conclusões:

- Os consórcios de empresas **não são dotados de personalidade jurídica;**
- As empresas consorciadas respondem por suas **respectivas obrigações**, nos termos estipulados no contrato de consórcio;
- Em relação às **obrigações tributárias** decorrentes das operações do consórcio, cada consorciada responde na **proporção de sua participação no empreendimento;**
- Em relação às **contratações realizadas em nome do consórcio**, há responsabilidade tributária **solidária** das consorciadas;
- Tal regra se aplica apenas em relação a **contribuições previdenciárias patronais, contribuições destinadas a outras entidades e fundos**, além da multa por atraso no cumprimento de obrigações acessórias;
- Tal regra retroage a 29.10.2010, tornando sem nenhum efeito, desde a sua edição, a Medida Provisória nº 510/2010.

