

RAFAEL JABUR CARNEIRO

**SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES NO CÓDIGO CIVIL
(ARTIGO 977)**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil
Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus
Maluf

**São Paulo
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rafael Jabur Carneiro
Sociedade entre Cônjuges no Código Civil (Artigo 977)

Dissertação apresentada a Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de Concentração: Direito Civil

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Orientador: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra aos meus pais, pela incansável luta em minha formação, aos meus avós e minhas tias, a quem serei eternamente grato pelo carinho infinito e por nunca permitirem que nada de essencial me faltasse, aos meus irmãos, eternos companheiros de caminhada, aos meus queridos amigos, fonte inesgotável de sustentação e estímulo para a vida, e a Deus, por sempre manter acesa minha fé e o desejo constante de me tornar um ser humano melhor.

Gostaria de agradecer, especialmente, ao meu orientador, Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf, pelos preciosos ensinamentos e por permitir a realização de um dos meus maiores sonhos.

RESUMO

CARNEIRO, Rafael Jabur. *Sociedade entre Cônjuges no Código Civil (Artigo 977)*. 2008. 139p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

O objetivo do presente trabalho é analisar a viabilidade jurídica da constituição e da manutenção da sociedade entre cônjuges, bem como os efeitos jurídicos daí decorrentes, sobretudo no Direito brasileiro. Demonstra que o tema em análise ainda não está pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias, dada a sua complexidade e a ampla gama de institutos de Direito Civil e Comercial que encerra, além de elementos sociológicos indissociáveis da realidade jurídica que o permeia. São objeto do presente estudo as matérias que circunscrevem a órbita das sociedades entre cônjuges e que, portanto, são indispensáveis à compreensão e à análise crítica do instituto, para o qual se recorrerá também ao Direito comparado. Na esteira dos objetivos da presente dissertação, far-se-á, ainda, uma análise da evolução legislativa dispensada à sociedade entre marido e mulher no Brasil. Finalmente, serão discutidas as novas tendências de tratamento do tema no Direito alienígena e no Brasil, sobretudo em relação aos impedimentos até então vislumbrados à sociedade entre cônjuges, discussão esta que ainda remanesce pendente de assentamento no Brasil, mormente após o advento do Código Civil de 2002, como é possível depreender neste trabalho.

Palavras-chave: Sociedade, Cônjuges, Código, Civil.

ABSTRACT

CARNEIRO, Rafael Jabur. *Spousal Entities According to the Brazilian Civil Code (Article 977)*. 2008. 139p. Dissertation (Master's Degree) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

The purpose of this study is to analyze the legal feasibility of the incorporation and maintenance of the spousal entities, as well as the most significant effects arising out of this matter, especially in the Brazilian legal system. This study intends to convey that, due to its complexity, the innumerable civil and commercial law issues that it involves and, also, the intertwined sociological elements necessary to its understanding, the matter under analysis has not yet been subject to a consensus. The analysis of the different legal concepts in connection with the spousal entities will be dealt with in this thesis, to the extent that they are fundamental to its comprehension, in lieu of both national and comparative law. Within the purposes of this study, an analysis of the legal treatment applicable to the spousal entities will be conducted. Finally, the new tendencies on the treatment to be applied to the matter both in the Brazilian and international legal systems will be addressed. The discussion of the above referred tendencies has gradually acquired more importance, especially the obstacles so far raised against the validity of the spousal entities, causing such discussion to be still alive and pending of consensus, mainly after the effectiveness of the Brazilian 2002 Civil Code, as it will be verified by means of the present thesis.

Keywords: Entities, Spousal, Code, Civil.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
I. INTRODUÇÃO	8
II. O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA	10
2.1 <i>Natureza Jurídica</i>	10
2.2 <i>Teoria Ficcionalista</i>	13
2.3 <i>Teoria da Realidade Jurídica</i>	15
2.4 <i>Teoria Institucionalista</i>	17
2.5 <i>Breve Análise Comparativa das Correntes de Pensamento do Instituto da Pessoa Jurídica</i>	19
III. A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NAS SOCIEDADES	21
3.1 <i>Análise do Binômio Personalidade Jurídica e Separação Patrimonial</i>	21
3.2 <i>Limitação da Responsabilidade: A Questão da Possibilidade de Atribuição de Personalidade Jurídica a Entes Não-Coletivos</i>	24
3.3 <i>Limitação da Responsabilidade: A Questão da Possibilidade de Separação entre Patrimônio Individual e Patrimônio Social</i>	25
3.4 <i>Formas de Limitação da Responsabilidade: As Formas Societária e Não-Societária</i>	28
IV. REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES, SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	30
4.1 <i>Considerações Preliminares</i>	31
4.2 <i>Diretrizes Principiológicas</i>	32
4.3 <i>Regimes de Bens Admitidos pelo Código Civil de 2002</i>	39
4.3.1 <i>Regras Gerais dos Regimes de Bens</i>	39
4.3.2 <i>Características Específicas dos Regimes de Bens</i>	46
4.3.2.1 <i>Regime da Comunhão Parcial de Bens</i>	47
4.3.2.2 <i>Regime da Comunhão Universal de Bens</i>	52
4.3.2.3 <i>Regime da Participação Final nos Aquestos</i>	56
4.3.2.4 <i>Regime da Separação Convencional de Bens</i>	62
4.3.2.5 <i>Regime da Separação Obrigatória de Bens</i>	64
V. SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES	70
5.1 <i>Fundamento da Sociedade entre Cônjuges e Desdobramentos do Instituto à Luz do Direito Comparado</i>	70
5.2 <i>A Sociedade entre Cônjuges no Brasil</i>	77
5.2.1 <i>A Sociedade entre Cônjuges antes da Lei nº 4.121/1962</i>	78
5.2.2 <i>A Sociedade entre Cônjuges depois da Lei nº 4.121/1962 e a Evolução dos Direitos da Mulher Casada</i>	84
5.2.3 <i>A Sociedade entre Cônjuges na Vigência do Código Civil de 2002 de Acordo com o Regime de Bens Adotado</i> ..	94
5.3 <i>A Discussão Específica acerca da Sociedade entre Cônjuges Constituída Anteriormente à Entrada em Vigor do Código Civil de 2002 e Ainda em Atividade</i>	107
5.4 <i>O Futuro do Instituto no Sistema Jurídico Brasileiro</i>	117
VI. A SOCIEDADE ENTRE COMPANHEIROS NO REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	119
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

PREFÁCIO

Entrego, com sincera satisfação, a presente Dissertação de Mestrado à Douta Banca Examinadora da área de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Trata-se, em verdade, da realização de um sonho ter a oportunidade de elaborar e expor o presente trabalho, razão pela qual espero, com todo o esforço envidado para concluí-lo, honrar o elevado nível de excelência a que faz jus as Arcadas.

Apesar das limitações temporais iminentes à vida hodierna, sobretudo as de ordem profissional, procurei, com imperfeito porém resignado trabalho de pesquisa, observar a dedicação e o rigor necessários para a preparação de um trabalho sólido e coerente, porque embasado em parcela significativa da doutrina e da jurisprudência mais autorizadas a respeito da matéria sob análise, e não menos criativo, na medida em que busquei, dentro dos limites da razoabilidade científica e do escopo de uma dissertação de mestrado, refletir sobre os ensinamentos que vivenciei, mais do que meramente organizá-los e reproduzi-los de maneira fortuita e acrítica.

Atraiu minha atenção o fato de tão controvertida matéria ter notável aplicabilidade prática, além de envolver diversos institutos de Direito Civil e Comercial, simultaneamente, o que a torna tão interessante, desafiadora e merecedora de cuidadosa análise.

Espera-se que a presente obra seja de alguma utilidade a quem quer que a ela tenha acesso, e que alcance os humildes fins a que se propõe cumprir em sua tentativa de analisar, de forma sistematizada e, de algum modo, inovadora, alguns dos mais significativos aspectos relacionados à sociedade constituída entre cônjuges, com a devida vênia, desde já apresentada, por eventuais imprecisões existentes.

Que possa a referida Dissertação de Mestrado contribuir, de certa forma, para a discussão de um tema que ainda carece de solução, quando aprovada pela Ilustre Banca Examinadora, se assim entenderem os Examinadores que a compõem.

Rafael Jabur Carneiro

I. INTRODUÇÃO

Debate-se com frequência cada vez maior, tanto em países cujo sistema jurídico é o do Direito consuetudinário (*Common Law*), como aqueles em que é adotado o Direito continental (*Civil Law*), sobretudo no Direito brasileiro, acerca da viabilidade jurídica da constituição da sociedade entre cônjuges.

Trata-se de matéria ainda não pacificada na doutrina e jurisprudência pátrias, dada a sua complexidade e a ampla gama de institutos de Direito Civil e Comercial que encerra¹, além de elementos sociológicos indissociáveis da realidade jurídica que a permeia.

A mentalidade patriarcal que perdurou durante grande parte do século XX, inclusive em ambiência jurídica, serviu, indubitavelmente, como um dos principais mecanismos repressores à constituição de sociedade entre marido e mulher, por enxergar, no referido veículo comercial, flagrante lesão ao princípio da supremacia marital.

Outrossim, e não menos importante fator de reprovação jurídica à constituição de sociedade entre cônjuges, foi a própria interpretação míope, porque restrita, do princípio da personalidade jurídica e sua indissociável exigência de separação do patrimônio social do patrimônio individual dos sócios que a compõem.

Neste sentido, sustentava-se que a sociedade entre cônjuges poderia, ademais, violar tanto o regime matrimonial de bens do casal - estipulado, de forma inequívoca e peremptória por ocasião do pacto antenupcial - bem como o princípio da separação do patrimônio social, requisito intrinsecamente relacionado à atribuição de personalidade jurídica, na medida em que os bens conjugais confundir-se-iam com o patrimônio da sociedade que se pretendia constituir, como se fossem uma só massa patrimonial - uma e indivisível.

¹ “O assunto é complexo e controvertido, assumindo maior dificuldade pelo fato de girar em torno de normas de Direito Civil e normas de Comercial, envolvendo dispositivos de Direito de Família e regras de constituição das sociedades comerciais.” (FARIA, Anacleto de Oliveira. Sociedade comercial entre cônjuges. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 8, p. 227, 2001).

Decorreria de tais empecilhos o prejuízo a terceiros, em especial a credores, sobrevivendo insegurança jurídica nociva ao desenvolvimento das relações sociais, razão pela qual a sociedade entre cônjuges foi desaconselhada até a segunda metade do século XX, porque entendida como ilícita.

Contudo, com a evolução natural das relações sociais e o conseqüente advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, também chamada de “Estatuto da Mulher”, atribui-se a mulher a autonomia e independência necessárias para colocar-se em condição de igualdade com o homem nas relações conjugais.

Paralelamente, o desenvolvimento do princípio da separação do patrimônio social e o concomitante amadurecimento do instituto da personalidade jurídica, levaram a uma hermenêutica mais precisa e consentânea com os fins para os quais estes conceitos jurídicos foram concebidos.

Resultaram deste processo uma série de questionamentos que ganharam, cada vez mais, força na doutrina e jurisprudência, alienígenas e pátrias, aos impedimentos até então vislumbrados à sociedade entre cônjuges, discussão esta que ainda remanesce pendente de assentamento, sobretudo após o advento do Código Civil de 2002, como será possível depreender a seguir.

II. O INSTITUTO DA PESSOA JURÍDICA

Na medida em que o tema central objeto do presente trabalho acadêmico é a sociedade entre cônjuges, indispensável se faz conhecer, preliminarmente, o instituto da pessoa jurídica, gênero do qual a sociedade, enquanto uma das diversas formas associativas é espécie.

Por esta razão, é apresentada a seguir breve incursão às principais escolas doutrinárias a se debruçarem sobre o instituto da pessoa jurídica, com o escopo de conhecer sua gênese, seu conceito e, sobretudo, o mais relevante propósito a que se propõe cumprir, qual seja, a limitação da responsabilidade, a fim de nos municiarmos para o posterior estudo de tal fenômeno (da limitação da responsabilidade) especificamente nas sociedades.

2.1 Natureza Jurídica

Marcos Bernardes de Mello² leciona, de forma bastante esclarecedora, a respeito da origem etimológica da palavra *pessoa*, associando-a ao personagem vivificado pelo homem no convívio social em analogia à máscara de teatro, por meio da qual o ator representa algo diverso de sua essência:

(...) a própria palavra pessoa, quer se a considere advinda de per sonare, querendo referir-se à voz que saia através da máscara, segundo afirmado desde Aulo-Gélio, ou do grego prósopon, como sugerido por Keller, quer se a admita, como se mostra mais correto, vinda do verbo latino perso, personare, originário do etrusco persu, que quer dizer máscara de teatro, gente com máscara, expressa um modo de ser do homem, o homem como personagem no ambiente social, o homem em suas relações intersubjetivas, portanto, não apenas o próprio homem em sua natureza.

² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 141.

As escolas de direito tradicionais atribuem à *pessoa* o conceito de sujeito de direito, assim como resta demonstrado, no magistério de Maria Helena Diniz³:

PESSOA. Direito Civil. 1. Sujeito de direito e obrigações.

(...)

PESSOA CAPAZ. Direito Civil. Pessoa que tem aptidão para exercer, por si mesma, os atos da vida civil.

A pessoa jurídica, a seu turno, é uma atribuição legal segundo a qual é criado um centro autônomo de imputação de direitos e obrigações absolutamente distinto do centro de imputação de direitos e obrigações de cada um dos indivíduos que a compõem, concedendo-se-lhe o benefício da autonomia patrimonial, conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho⁴.

Já no Direito romano, o instituto da pessoa jurídica encontrava-se positivado, assumindo duas formas distintas, a saber: a *universitas personarum* e a *universitas rerum*.

Consistia a *universitas personarum* em uma associação de pessoas ao passo que a *universitas rerum* era a atribuição dada ao conjunto de bens destinados à consecução de uma finalidade específica⁵.

O jurista Alberto João Zortéa, em sua obra *A Sociedade Comercial entre Marido e Mulher no Sistema Nacional*, utiliza-se, com propriedade, das esclarecedoras considerações de Leon Michoud, em *La Théorie de la Personnalité Morale*⁶, acerca do conceito de pessoa jurídica, *in verbis*:

³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 587.

⁴ Neste sentido, cite-se o magistério esclarecedor de Fábio Ulhoa Coelho acerca do conceito e da natureza do instituto da pessoa jurídica, *in verbis*: “O instituto da pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial. Os membros dela não são os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica. Tais direitos e obrigações formam um patrimônio distinto do correspondente aos direitos e obrigações imputados a cada membro da pessoa jurídica.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 232).

⁵ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 37-38.

⁶ MICHOU, Leon. *La Théorie de la Personnalité Morale*. Paris: L.G.D.J., 1932. v. 1, p. 03 *apud* ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 04.

A palavra pessoa, na linguagem jurídica, designa um sujeito de direito, isto quer dizer um ente capaz de ter direitos a ele pertencente e obrigações que lhe incumbam.

(...)

As palavras pessoa jurídica ou pessoa moral designam um sujeito de direito que não é ao mesmo tempo um ente humano, uma pessoa física.

Diante do acima exposto, Alberto João Zortéa⁷ apresenta a inelutável conclusão segundo a qual a pessoa jurídica não pode ser confundida, em nenhum aspecto, com as pessoas que conjugam recursos e esforços para lhe dar vida, ao afirmar que “(...) a pessoa jurídica é um ente independente das pessoas que a compõem”.

Preliminarmente, faz-se necessário compreender qual o exato fim a que se propôs cumprir o instituto da personalidade jurídica no momento em que foi idealizado.

Desta forma, esclareça-se que os líderes das principais escolas de pensamento que se debruçaram sobre a teoria da personalidade jurídica foram Savigny, pela “teoria ficcionista”, Gierke, representando a “teoria da realidade jurídica”, também chamada de “teoria da realidade orgânica” ou “teoria da associação”, e Maurice Hauriou, capitaneando a “teoria institucionalista”.

⁷ ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 04.

2.2 Teoria Ficcionista

A teoria ficcionista consiste na concepção apresentada por Savigny acerca da pessoa jurídica em 1845⁸, momento em que a simples evocação de princípios naturalistas não era mais suficiente para a sustentação dos institutos de Direito, sendo necessário, para tanto, recorrer ao raciocínio técnico-jurídico.

Savigny preconiza que, diferentemente da pessoa natural fruto de criação da natureza, a pessoa jurídica decorre de concepção artificial, na medida em que só existe em razão de determinação legal, que a considera, por um mecanismo de ficção jurídica, um ser existente.

Destarte, segundo o referido jurista, a pessoa jurídica consiste na atribuição legal de um centro de imputação de direitos e obrigações distinto do centro de imputação de direitos e obrigações de cada um dos sócios que integram a referida jurídica⁹.

Washington de Barros Monteiro¹⁰ informa, de modo esclarecedor, que a teoria ficcionista tem como pilar de sustentação a premissa de que só o homem é passível de atribuição de capacidade, sendo o único apto a ser sujeito de direitos. Assim, segundo o jurista, o ordenamento jurídico teria o condão de limitar esta capacidade do homem ou, por vezes, estendê-la, como o fez com a pessoa jurídica - entidade considerada fictícia e incapaz de vontade própria, somente podendo exercê-la por intermédio de representação.

⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929. p. 138.

⁹ Neste contexto, convém trazer à colação os dizeres de Miguel Reale, *in verbis*: "(...) preferiu Savigny ver no conceito de pessoa jurídica mais um exemplo de *fictio juris*, existente apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum." (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 230).

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39. ed. revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 124.

Arremata seu raciocínio, Washington de Barros Monteiro, afirmando que a pessoa jurídica não existe no mundo real, sendo mera invenção da lei para otimizar o exercício de direitos patrimoniais, sobrevivendo a conclusão de que à pessoa jurídica é atribuída personalidade por meio de exercício de abstração positivada no ordenamento jurídico. E esta é, justamente, a síntese da teoria da ficção.

2.3 Teoria da Realidade Jurídica

Já a teoria da realidade jurídica, conforme explica Silvio de Salvo Venosa¹¹, foi concebida na Alemanha, por intermédio de Otto Von Gierke, em reação à teoria da ficção legal, anteriormente detalhada.

Washington de Barros Monteiro¹² leciona que a principal diretriz principiológica da teoria realista consiste na idéia de que as pessoas jurídicas seriam tão reais quanto às pessoas físicas, não devendo-se resumir o conceito de pessoa tão-somente ao ser humano.

Como decorrência natural da linha de raciocínio previamente apresentada, a pessoa jurídica teria vontade própria, por sua vez circunscrita à realização do fim social, não sendo, pois, criação artificial da lei, que apenas reconhece sua existência.

Aponta Alberto João Zortéa¹³, especialista na matéria objeto do presente trabalho, a linha-mestra de concepção da teoria realista, bem como seu mais significativo ponto de divergência para a teoria ficcionista, esclarecendo que Gierke, seu principal expoente, postulava em favor da idéia de que a pessoa jurídica não era um fenômeno fictício – tal como preconizavam os adeptos da teoria da ficção -, mas uma realidade.

Defende a escola realista, por conseguinte, que a manifestação volitiva humana, e não a lei, atribui vida a um organismo autônomo em relação a seus componentes, sendo este organismo, em última análise, uma realidade sociológica a quem foi reconhecida a capacidade jurídica de participar das relações jurídicas¹⁴.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 237.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 39. ed. revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 125.

¹³ “Gierke se preocupou com o aperfeiçoamento da teoria, considerando a clássica, que considera a pessoa jurídica apenas como criação de lei, dentro da estrutura alemã das associações, inteiramente inadequada. Para ele, desenvolvendo a teoria de Beseler, entende que a pessoa jurídica não é uma ficção legal, mas uma realidade.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 09).

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 88.

Isso se justifica, segundo a escola realista, pelo fato de que a lei nada cria, mas apenas limita-se a reconhecer o objeto da concepção humana.

A partir dessa reflexão, podemos dizer que a profusão de diversas manifestações volitivas das pessoas naturais que decidem compor uma pessoa jurídica faz nascer uma vontade própria, dotada de capacidade jurídica própria, por intermédio de um patrimônio autônomo e desvinculado das massas patrimoniais de seus integrantes.

Em última análise, segundo a escola realista, não seria a pessoa jurídica um ente fictício, mas sim um fenômeno real e independente das pessoas que a integram¹⁵.

Faz-se relevante observar, à luz dos sábios ensinamentos de Silvio Rodrigues¹⁶ e Marcos Bernardes de Mello¹⁷, que Gèny, também adepto da escola realista, divergiu da teoria de Gierke tão-somente na questão segundo a qual a as pessoas jurídicas seriam uma realidade estritamente do universo jurídico, não do mundo sensível, sendo, pois, menos sociológica do que técnica. Desenvolveu, assim, Gèny, uma corrente realista intitulada “teoria realista técnica”.

¹⁵ Outrossim, convém reproduzir os ensinamentos de Miguel Reale a respeito da síntese dessa teoria, também intitulada teoria da realidade orgânica (teoria organicista), *in verbis*: “Segundo a teoria organicista, quando os homens se reúnem para realizar qualquer objetivo, de natureza política, comercial, civil, estética ou religiosa, forma-se efetivamente uma entidade nova. Constitui-se um grupo que possui existência inconfundível com a de seus membros, tendo sido, mesmo, observado, por adeptos dessa teoria, que também nas combinações químicas o corpo composto apresenta qualidades que nem sempre são as dos elementos que o formam.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 230-231).

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 88.

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144.

2.4 Teoria Institucionalista

A teoria institucionalista, a seu turno, concebida por Maurice Hauriou, teria sido concebida enquanto síntese e ponto de equilíbrio das teorias ficcionista e realista, conforme leciona Miguel Reale¹⁸.

Faz-se possível depreender, de forma sintética, o modo como Maurice Hauriou¹⁹ identifica a corrente de pensamento a que deu origem, a partir dos seguintes dizeres extraídos de obra na qual a concebeu:

Uma instituição é uma idéia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente em meio social; para a realização desta idéia, se organiza um poder que lhe procura os órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos.

A teoria institucionalista, portanto, sugere que são as instituições que criam as regras de Direito aplicáveis à pessoa jurídica, não o contrário, na medida em que para a formação de uma pessoa jurídica faz-se necessário, preliminarmente, (i) a existência de uma idéia de empreendimento, seguida da (ii) necessidade de estruturação de órgãos de poder capazes de concretizar este empreendimento e, por fim, (iii) a produção de manifestações de comunhão entre os membros do grupo, o que, sobrevindo, posteriormente, a criação da pessoa jurídica e o modo pelo qual ela será gerida enquanto organismo autônomo.

Cumprido notar que as instituições seriam entes coletivos derivados da necessidade inafastável de um grupo de pessoas naturais em dar consecução a um escopo comum (já que este fim comum não poderia ser alcançado individualmente e sem esta somatória de recursos e esforços), e não de uma manifestação de vontade autônoma do tipo contratual²⁰.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 231.

¹⁹ HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Tradução Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968. p. 39-40.

²⁰ ARAÚJO, Alan Pereira de. Institucionalismo e efetividade jurídica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2325>>. Acesso em: 14 out. 2007. p. 01.

O nível de organização das estruturas de poder da instituição e a capacidade de concretizar as idéias de empreendimento, vislumbrada por seus membros, é que converterá a instituição em pessoa jurídica.

Informa-nos, Silvio Rodrigues²¹, na tentativa de identificar o mecanismo norteador da escola institucionalista, que “*a instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce*”.

Miguel Reale²² esclarece que, segundo a teoria institucionalista, a existência de uma finalidade e a persecução desta finalidade (instituição) são os elementos caracterizadores da pessoa jurídica, mais do que as pessoas que a compõem: “*a pessoa jurídica é uma existência, mas uma existência teleológica, ou seja, finalística.*”

Faz-se possível depreender que a corrente institucionalista preconiza uma concepção dualista da posição do sócio (i) em relação aos demais sócios e (ii) em face da sociedade (objeto e objetivo sociais, bem como a forma de concretizá-los), em contraposição à concepção meramente monista de convergência de interesses de cada sócio com os demais, de modo que a sociedade deverá necessariamente subsistir na medida em que permaneça intocada a relação entre o sócio e a sociedade enquanto forma organizativa autônoma.

Assim, entendemos que a teoria institucionalista defende o elemento diferencial das sociedades sendo, além da regulação de relações jurídicas isoladas entre os sócios, a criação de uma estrutura organizativa independente dos interesses e recursos patrimoniais dos sócios individualmente considerados.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 88.

²² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 232.

2.5 Breve Análise Comparativa das Correntes de Pensamento do Instituto da Pessoa Jurídica

À luz do acima exposto, convém trazer à colação as palavras de Leandro Sarai²³, em apertada síntese acerca das três principais teorias da pessoa jurídica²⁴ previamente analisadas:

A pessoa jurídica é um instituto, assim como o é a enfiteuse, o fideicomisso, a propriedade, a responsabilidade etc.

Assim, se considera como real apenas o que é tangível, estarão corretos os ficcionistas.

Por outro lado, se considerada a realidade algo mais que o simples mundo perceptível, a pessoa jurídica será considerada existente.

*Mas essa existência, enquanto está no plano teleológico para os institucionalistas, para os realistas, ela se situa no plano físico.*²⁵

Nota-se, diante do apresentado, que a pessoa jurídica é delineada pela teoria ficcionista como fruto artificial da criação humana, instrumentalizada por meio de lei, não sendo, pois, considerada elemento do mundo real, em razão de sua intangibilidade.

Contudo, se adotada a perspectiva realista, a existência da pessoa jurídica é considerada inquestionável, na medida em que, para os realistas, a intangibilidade de um elemento não o torna, necessariamente, excluído do mundo real.

²³ SARAI, Leandro. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/1990, Lei nº 8.884/1994, Lei nº 9.605/1998 e Lei nº 10.406/2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 615, 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>>. Acesso em: 14 out. 2007. p. 01.

²⁴ Faz-se bastante pertinente, ainda, a reprodução dos dizeres de Alberto João Zortéa para justificar o referido estudo do instituto da pessoa jurídica, mecanismo basilar das sociedades enquanto veículos de persecução de atividades comerciais, servindo, em última instância, de ferramenta indispensável para a necessária análise crítica da matéria objeto da presente obra, a saber, a sociedade entre cônjuges: “A preocupação é de que a personalidade jurídica, como uma construção legal e criada teoricamente pela técnica jurídica, com maior ou menor dimensão em diversos países de diferentes situações normativas, sirvam de suporte e garantia da estrutura societária.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 35).

²⁵ Na citação ora reproduzida, Leandro Sarai faz remissão à obra de Miguel Reale intitulada *Lições preliminares de direito*, 1988. p. 231-232.

Diverge a teoria realista da teoria institucionalista apenas no fato de que a segunda corrente de pensamento atribui uma conotação finalística ao instituto da pessoa jurídica, defendendo que a existência da estrutura organizativa independente dos interesses e recursos patrimoniais dos sócios individualmente considerados.

Eis, em apertada síntese, uma breve introdução das três principais correntes de pensamento que se debruçaram sobre o estudo do instituto da pessoa jurídica.

Feita esta breve incursão pelo universo teórico da pessoa jurídica, bem como da finalidade a que o referido instituto se propõe cumprir em suas diversas acepções (no tocante à limitação da responsabilidade), far-se-á, a seguir, uma análise elementar deste verdadeiro incentivo ao anseio e a necessidade do Homem de empreender no contexto das “sociedades”, enquanto espécie associativa do gênero “pessoa jurídica”, ora estudado.

III. A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NAS SOCIEDADES

Uma vez conhecidos os principais contornos doutrinários que gravitam em torno do instituto da pessoa jurídica, convém analisar como a limitação da responsabilidade manifesta-se em uma de suas espécies, a saber, as sociedades, na medida em que consiste o referido fenômeno no principal benefício de que se valem aqueles que pretendem empreender por meio de veículo societário.

O estudo da limitação da responsabilidade nas sociedades nos permitirá compreender, mais adiante, a engenharia jurídica que consiste na completa separação existente entre o acervo de bens da sociedade e a esfera patrimonial de cada um dos sócios que a compõem, argumento basilar no qual se edifica a defesa em favor da validade de sociedade constituída entre cônjuges, independentemente do regime de bens adotado, inclusive no regime da comunhão universal de bens, até o momento mitigado pelo Código Civil em vigor aos nubentes que pretendam empreender, entre si ou com terceiros, conforme será possível observar a seguir.

3.1 Análise do Binômio Personalidade Jurídica e Separação Patrimonial

Já a partir de sua concepção, a teoria da pessoa jurídica foi considerada intrinsecamente ligada ao princípio da separação patrimonial.

Desde então, juristas estudiosos da matéria discutem, sem ainda pacificar a questão, acerca da possibilidade de separação dos institutos acima mencionados, de tal forma que uma massa patrimonial pudesse ser destacada para a consecução de uma determinada finalidade sem que a ela fosse necessariamente atribuída uma personalidade jurídica.

A discussão do binômio *personalidade-jurídica/patrimônio separado* (por *patrimônio separado* entenda-se patrimônio autônomo, destacado para a consecução de um fim) justifica-se e reveste-se de tão aclamada importância, dado o fato de que dela decorre a conclusão quanto à forma de se limitar a responsabilidade das sociedades em geral e, ainda, dos empresários individuais.

Torna-se de ainda maior importância o estudo cuidadoso do referido tema quando confrontado aos objetivos do presente trabalho, na medida em que está diretamente relacionado à constituição da sociedade entre cônjuges.

Nesse sentido, a sociedade entre cônjuges vem se apresentando como uma alternativa à não-positivação, no Direito brasileiro, da sociedade unipessoal, porque ao ser vedado ao empresário brasileiro valer-se do benefício da limitação da responsabilidade somente atribuível no Brasil à pessoa jurídica, a solução paliativa por ele encontrada tem sido contratar sociedade com seu consorte, sobrevivendo, deste fenômeno, um aumento considerável na constituição de sociedades entre cônjuges para esse fim.

Contudo, surge a seguinte questão debatida pela melhor doutrina a respeito da matéria: como justificar, dentro do ordenamento jurídico, uma sociedade com responsabilidade limitada na qual não exista pluralidade de sócios?

Para o enfrentamento do espinhoso e ainda não solucionado tema da limitação da responsabilidade, sobretudo do empresário individual, duas questões devem ser analisadas, conforme se propõe doutrinariamente, a exemplo de Calixto Salomão Filho, *in verbis*²⁶:

Duas são as questões tratadas. A primeira é a possibilidade de personificação (no sentido de criação de um novo centro de imputação de direitos e deveres) de um ente não-coletivo. A segunda diz respeito à possibilidade de separação de uma parte do patrimônio da pessoa natural para o exercício de uma determinada atividade.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 179.

A bipartição da referida questão se justifica a partir da conclusão de que o conceito de patrimônio (e de patrimônio separado) não se confunde, sob nenhuma circunstância, com o de personalidade jurídica, à luz do magistério de Orlando Gomes, seguido por Calixto Salomão Filho²⁷:

*Falar em princípio da unidade do patrimônio não implica confundir as noções de patrimônio e de personalidade. Se o patrimônio é necessariamente uno, ele não seria um conjunto de bens, mas sim a própria aptidão para ter direitos e contrair obrigações. Nesse momento, tornar-se-ia um conceito inútil.
(...)*

Afastada também deve ser a contraposição entre patrimônio separado e personalidade jurídica. Isto porque este último termo permite captar apenas um dos aspectos envolvidos pela realidade empresarial (capacidade negocial), nada dizendo em relação ao regime de responsabilidade (existem pessoas jurídicas com e sem responsabilidade limitada) (...)

²⁷ Idem, ibidem, p. 197-198.

3.2 Limitação da Responsabilidade: A Questão da Possibilidade de Atribuição de Personalidade Jurídica a Entes Não-Coletivos

Assim, a primeira questão a ser analisada recai sobre a possibilidade de personificação (atribuição de personalidade jurídica) de um ente não-coletivo, no sentido de criação de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres.

É, de fato, essencial a discussão acima apresentada, considerando-se que é justamente a partir da aquisição de personalidade jurídica que um modelo organizativo adquire capacidade negocial, vale dizer, a faculdade de contratar em nome próprio e ser sujeito de direitos e obrigações nas mais diversas relações jurídicas.

Outrossim, a aquisição de personalidade jurídica viabiliza a circulação e a liquidez do empreendimento como um todo, que só deste modo passa a poder ser transacionado, ou seja, adquirido, incorporado, cindido ou fundido a uma outra forma organizativa.

Deste modo, a atribuição de personalidade jurídica à forma organizativa coletiva ou não-coletiva apresenta-se como uma característica extremamente significativa, por constituir atrativo indispensável ao interesse de eventuais compradores e até mesmo aos projetos de expansão do empreendimento a frente do qual esta a referida forma organizativa, mormente na era em que vivemos, na qual nos são apresentadas, diariamente, notícias informativas de reorganizações societárias²⁸, aquisições e parcerias entre sociedades.

Outra vantagem de relevância considerável para a forma organizativa à qual é atribuída personalidade jurídica é a preservação institucional, que, de modo simplificado, possibilita a perpetuação da atividade empresarial mesmo após o falecimento de seus sócios, sobretudo no caso do empresário individual²⁹.

²⁸ Por *reorganizações societárias*, entendam-se as incorporações, fusões e cisões, parciais ou totais.

²⁹ Calixto Salomão Filho sintetiza, com precisão, as vantagens acima enumeradas da forma societária de limitação da responsabilidade da atividade empresarial: “A *consequência das fórmulas não-societárias é uma drástica redução da capacidade de circulação da empresa e de sua liquidez. Esses problemas traduzem-se na impossibilidade de venda parcial da empresa sem transformação de forma, ou seja, sem transformá-la previamente em sociedade. Torna-se, portanto, mais difícil a venda parcial com a manutenção do controle, objetivando mera capitalização. De outro lado, reduz-se a possibilidade de preservação da empresa em caso de morte do empresário. Objeto da sucessão são diretamente os bens da empresa e não, como nas*

3.3 Limitação da Responsabilidade: A Questão da Possibilidade de Separação entre Patrimônio Individual e Patrimônio Social

A segunda questão a ser ponderada para enfrentamento do tema da limitação da responsabilidade, sobretudo do empresário individual, diz respeito à possibilidade de separação de uma parte do patrimônio da pessoa natural para o exercício de uma determinada atividade, de modo que a massa patrimonial destinada à forma organizativa torne-se inteiramente dissociada da esfera patrimonial pessoal dos sócios que a compõem ou de seu empresário individual.

De acordo com a teoria unitarista³⁰, que reinou na França no século XIX, três são os princípios que devem reger o patrimônio:

- (i) só as pessoas naturais ou jurídicas podem ter patrimônio;
- (ii) cada pessoa só pode ter um patrimônio; e
- (iii) o patrimônio é inseparável da pessoa.

Conseqüentemente, aquele que desejasse limitar sua responsabilidade deveria necessariamente revestir-se de personalidade jurídica (forma societária), observando seus requisitos, dentre os quais a existência de mais de um sócio.

E é, sobretudo, na necessidade inelutável de se permitir aos empresários individuais a afetação de parte de seu patrimônio a fins econômicos específicos que se baseiam as principais críticas teóricas contra o princípio da unidade do patrimônio, antes explanada.

Sob uma perspectiva jurídico-econômica da matéria, fundamental para que não se proceda a uma análise míope, porque imprecisa, da problemática ora retratada, convém refletir acerca das esclarecedoras ponderações de Calixto Salomão Filho³¹, segundo o qual se, por um lado, a limitação

sociedades de capital, 'os bens de segundo grau' representados pelas ações e pelas quotas." (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 200).

³⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 227.

³¹ Leia-se, a seguir, os delineamentos de Calixto Salomão Filho acerca das vantagens e desvantagens

da responsabilidade dos sócios pode proporcionar uma restrição à garantia de satisfação dos credores sociais – a partir da separação do patrimônio individual dos sócios da massa patrimonial que responderá pelas dívidas da sociedade -, por outro lado os credores individuais de cada um dos sócios também não mais poderão acionar qualquer dos bens por eles aportados na sociedade como forma de satisfazer seu crédito, sendo esta uma garantia conferida aos credores sociais.

A discussão doutrinária que vem ganhando dimensão acerca do tema sinaliza que sob a hipótese em que se reconheça e atribua uma forma organizativa que não coloque à disposição do empresário as mesmas vantagens da sociedade, esse continuará a fazer uso das sociedades fictícias.

Conforme identifica Alberto João Zortéa³², em análise provida de incomum lucidez, a positivação da limitação da responsabilidade do empresário individual significaria tão-somente o reconhecimento legislativo de uma realidade fática há muito existente:

Para a consecução de tal fim com escopo econômico, são numerosos os casos do concurso de pessoas que na realidade somente emprestam o nome para a constituição da sociedade, sem a participação de capital, a fim de ajudar um amigo na constituição da sociedade de responsabilidade limitada perante terceiros. São os sócios aparentes.

(...)

O fato é tão corriqueiro que não mais impressiona.

A freqüência de sua constatação nos meios comerciais obriga ao legislador o encontro de novas formas de limitação, incluindo a pessoa física nessa vantagem excepcional.

(...)

Não há que se fugir à realidade. A procura da limitação de responsabilidade dos riscos no comércio é uma constante em toda parte do mundo, de modo progressivo, necessitando o respaldo da lei.

relacionadas ao expediente da limitação da responsabilidade dos sócios sob a inafastável perspectiva da segurança jurídica: “Do ponto de vista econômico, o problema que se coloca é saber até onde a limitação da responsabilidade pode implicar uma perda de crédito por parte da empresa, decorrente da limitação patrimonial oferecida aos credores. Tal crítica pode ser contestada empiricamente, afirmando que é impossível determinar se o desaparecimento da concorrência dos credores pessoais do sócio sobre o passivo social não contrabalança ou até supera essa aparente desvantagem.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 191).

³² ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 105 e 113. O autor afirma, ainda, que a função dinâmica de ser do direito deve refletir e adaptar-se às alterações sociais, à luz da idéia de que “o direito costumeiro, de um modo geral, precede ao direito positivo. Mormente no comércio, que pela sua peculiar atividade dinâmica, é muito criador. Assim acontecendo, a lacuna da lei se apresenta, obrigando o legislador a supri-la, criando normas para respaldar a falha”.

O referido autor³³ vai além e defende que o reconhecimento da limitação da responsabilidade do empresário individual se justifica também do ponto de vista humano e econômico, na medida em que se trata de instituto cuja positivação viabilizaria os pequenos empreendimentos, derivados das classes menos favorecidas, via de regra³⁴.

³³ Alberto João Zortéa sustenta que a limitação da responsabilidade do empresário individual serviria, adicionalmente, como mecanismo facilitador da melhor distribuição de renda, na medida em que daria oportunidade aos pequenos e médios empresários de empreender beneficiando-se, também, da limitação da responsabilidade de seu patrimônio pessoal por dívidas contraídas pela empresa, conforme a seguir demonstrado: “*Não levará muito tempo que a limitação da responsabilidade tanto societária quanto da empresa singular será o comum e a ilimitação, a exceção. (...) Mais cedo ou mais tarde a pretendida limitação da responsabilidade individual no giro dos negócios no comércio se transformará em realidade, tornando-se regra comum, humanizando o direito, igualando o direito dos menos favorecidos pela sorte ao dos detentores de fortuna, que são minorias dominantes.*” (Idem, ibidem, p. 104 e 116).

³⁴ Nesse sentido, pertinentes também se fazem os dizeres de Túlio Ascarelli a respeito do mecanismo de renovação dos institutos que integram a ciência do Direito, bem como de sua necessidade de acompanhar a evolução social, reiterando, sob uma outra perspectiva, o quanto previamente explanado: “*O direito evolue, às vezes, lenta, mas continuamente; os novos institutos não surgem de improviso, mas se destacam, às vezes, aos poucos do tronco de velhos institutos que, sem cessar, se renovam, preenchendo novas funções. (...) Estudar direito sem tomar em conta as normas sociais significa examinar somente um dos versos de uma medalha.*” (ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 35-36).

3.4 Formas de Limitação da Responsabilidade: As Formas Societária e Não-Societária

Uma vez demonstrada a viabilidade econômico-jurídica da limitação da responsabilidade do empresário individual, surge o desafio quanto à determinação da melhor forma de se instrumentalizar a persecução do referido objetivo.

Existem duas maneiras de fazê-lo, de acordo com a doutrina mais autorizada, a saber: por intermédio da forma não-societária ou lançando-se mão do veículo societário³⁵.

A limitação da responsabilidade do empresário individual sem atribuir-lhe a forma organizativa societária (forma não-societária) implicaria tão-somente a separação patrimonial entre seus bens pessoais e os bens sociais – a saber, bens destacados para a consecução da atividade empresarial pretendida -, não havendo atribuição de personalidade jurídica a essa massa patrimonial destacada, porém.

A principal conseqüência das fórmulas não-societárias de limitação da responsabilidade do empresário individual é uma drástica redução de capacidade de circulação da empresa e sua liquidez, traduzindo-se a referida limitação, em última análise, na impossibilidade de venda parcial da forma organizativa sem que se lhe atribua personalidade jurídica da qual sobrevenha sua transformação em sociedade, conforme anteriormente mencionado.

Outrossim, sem o benefício da forma societária, como referido, reduz-se a possibilidade de preservação da atividade empresarial, em caso de morte do empresário individual, conforme também já discutido.

A segunda modalidade de limitação da responsabilidade do empresário individual é aquela que se reveste de um veículo societário por meio do qual a atividade empresarial pode ser desenvolvida.

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 192-197.

Por conseguinte, esta segunda modalidade de limitação da responsabilidade do empresário individual seria a mais benéfica para o fomento da atividade econômica, por ser mais favorável ao empresário individual, o qual além de aproveitar o direito de destacamento de parte de seu patrimônio para a empresa³⁶, aproveitaria também o direito de se valer de personalidade jurídica própria para seu empreendimento, sendo esta a mais significativa diferença dessa segunda modalidade para a anterior, já apresentada.

Também aos potenciais credores parece a solução societária ser a mais benéfica, porque mais segura, porquanto estaria sujeita às regras atinentes às sociedades de um modo geral, enquanto que a alternativa não-societária de limitação da responsabilidade do empresário individual, desprovida de material legislativo que lhe possa ser aplicável, estaria propensa a maior instabilidade jurídica³⁷.

Dessas acepções, podemos ressaltar que à luz da convicção de que a circulação e a continuidade da empresa são dois elementos jurídicos fundamentais a uma forma organizativa que se pretenda atrativa e proporcione verdadeiro incentivo aos pequenos e médios empreendimentos, a Comissão da Comunidade Européia optou pela forma societária como modelo de organização da empresa individual, consolidando a tendência de seus Estados membros³⁸.

³⁶ Por empresa, entenda-se atividade empresarial desenvolvida pelo empresário, no referido contexto.

³⁷ “Decorrência direta desse problema é a questão da aplicação residual de regras. Adotando a formulação societária, as regras e princípios organizativos do direito das sociedades serão sempre aplicáveis. Não ocorre o mesmo quanto à solução não-societária: as lacunas legais dão excessiva liberdade organizativa às partes, criando um clima de incerteza para terceiros, credores ou não.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197).

³⁸ É o que leciona Calixto Salomão Filho, *in verbis*: “Foi exatamente com base na convicção de que a circulação e a continuidade da empresa são dois elementos jurídicos básicos para que a forma organizativa seja realmente atrativa e proporcione verdadeiro incentivo às pequenas e médias empresas que a Comissão da Comunidade Européia optou pela forma societária como modelo-base de organização da empresa individual. Evidentemente, como ato relativo de uma comunidade de Estados, foi necessário levar em conta, para a escolha, a situação dos diversos ordenamentos que deveriam sofrer seus efeitos. Verificou-se que a maioria (França, Alemanha, Bélgica, Holanda e Dinamarca) já reconhecia a forma societária com responsabilidade limitada e que apenas Portugal admitia uma forma não societária.” (Idem, *ibidem*, p. 200-201).

IV. REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES, SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O objetivo do presente capítulo é, por intermédio de breve imersão no direito de família, tão-somente proporcionar entendimento elementar da mecânica de funcionamento dos diversos regimes de bens entre os cônjuges, tanto do ponto de vista de suas regras gerais, como sob a perspectiva das características específicas de cada qual, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como das principais discussões a eles pertinentes, a fim de que, mais adiante, seja possível debater, sobretudo, acerca dos regimes patrimoniais sob a égide dos quais não é facultado ao marido e à mulher contratar sociedade, entre si ou com terceiros, bem como as implicações daí decorrentes, este sim o principal objeto de análise deste trabalho.

Portanto, é de suma importância reiterar que não é objetivo desta capítulo esgotar as discussões mais polêmicas e controvertidas a respeito dos regimes de bens, sob pena de se incorrer em perda do foco almejado para a presente dissertação e na medida em que, neste momento, o que se pretende apenas é estudar e conhecer, de modo objetivo, os regimes patrimoniais albergados pelo sistema jurídico brasileiro, bem como aqueles sob cuja égide é possível contratar ou não sociedade entre cônjuges, com a finalidade de, no capítulo subsequente, discutir as questões mais intrincadas relacionadas à sociedade entre cônjuges no Código Civil em vigor e que, de algum modo, permeiem a matérias pontualmente relacionadas aos regimes de bens.

Entretanto, algumas das questões pertinentes aos regimes (i) da comunhão universal de bens e (ii) da separação obrigatória serão analisadas, neste capítulo, de forma pormenorizada, com o objetivo de estarmos municiados para o enfrentamento do tema central da presente obra, a saber: a proibição imposta pelo legislador do Código Civil de 2002, por meio de seu art. 977, à contratação de sociedade aos cônjuges casados sob um dos dois regimes de bens supracitados.

4.1 Considerações Preliminares

O Código Civil em vigor trata dos direitos patrimoniais pertinentes ao casamento, especificamente acerca do regime de bens entre os cônjuges, nos arts. 1.639 a 1.688, dedicando os arts. 1.639 a 1.652 às disposições gerais, os arts. 1.653 a 1.657 ao tratamento do pacto antenupcial, os arts. 1.658 a 1.666 ao regime da comunhão parcial de bens, os arts. 1.667 a 1.671 ao regime da comunhão universal de bens, os arts. 1.672 a 1.686 ao regime da participação final nos aqüestos, e os arts. 1.687 e 1.688 ao regime da separação de bens.

Saliente-se, desde já, que o legislador não manteve previsão legal para o “regime dotal”, por sua vez admitido pelo Código Civil de 1916.

Silvio Rodrigues³⁹ esclarece que regime de bens é “*o estatuto que regula os interesses patrimoniais durante o matrimônio*”.

Clóvis Beviláqua⁴⁰, por sua vez, define regime de bens como “*o conjunto de princípios jurídicos que regulam as relações econômicas entre os cônjuges*”.

Em síntese, entende-se por regime de bens o conjunto de diretrizes sob a égide das quais estão organizados os interesses de natureza patrimonial dos cônjuges, entre si ou com terceiros, após o casamento.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 126.

⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 184.

4.2 Diretrizes Principiológicas

Conforme lecionam Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁴¹, os regimes de bens estão alicerçados, no ordenamento jurídico brasileiro, nas seguintes diretrizes principiológicas:

- (i) Princípio da autonomia privada;
- (ii) Princípio da Indivisibilidade do Regime de Bens;
- (iii) Princípio da Variedade de Regime de Bens; e
- (iv) Princípio da Mutabilidade Justificada.

O princípio da autonomia privada, anteriormente conhecido por princípio da autonomia da vontade, consiste na liberdade atribuída a pessoas físicas ou jurídicas de convencionarem acerca do modo de como serão regidas suas relações jurídicas, desde que não seja violado qualquer norma cogente de ordem pública.

No ramo do direito de família, tal princípio está consubstanciado no art. 1.639, parágrafo segundo, do Código Civil em vigor, o qual faculta aos cônjuges convencionarem acerca do regime de bens que melhor lhes aprouver.

É possível, ainda, que os nubentes optem por regime de bens diversificado daqueles previstos no Código Civil, estando apenas limitados por normas inafastáveis de ordem pública cujo conteúdo, de algum modo, se oponha ao que pactuaram.

Nesse sentido, convém trazer à colação o Enunciado 331 da IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

⁴¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 122-123.

Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

O princípio da indivisibilidade dos bens representa a impossibilidade de que um determinado regime de bens seja aplicável ao marido, sendo regime patrimonial diverso aplicável à mulher, na medida em que este mesmo regime deve reger os interesses econômicos dos cônjuges, não podendo, pois, ser fracionado para beneficiar um em detrimento do outro.

O princípio da variedade de bens consiste na faculdade conferida pelo legislador aos cônjuges de escolherem entre quatro regimes de bens distintos, a saber, o regime da comunhão universal de bens, o regime da comunhão parcial de bens, o regime da participação final nos aqüestos e o regime da separação de bens, sendo ainda possível que os cônjuges optem por regime de bens diverso, desde que respeitadas as normas cogentes, de ordem pública, conforme já mencionado.

Finalmente, o princípio da mutabilidade justificada encontra vida no art. 1.639, parágrafo segundo, do Código Civil em vigor, por meio do qual é permitido aos cônjuges alterar o regime de bens no curso do casamento, desde que o pedido seja motivado e concretizado mediante propositura de ação judicial por ambos os nubentes, ressalvados os direitos de terceiros.

A este respeito, com louvável acerto determinou o Enunciado 113 da I Jornada de Direito Civil que o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens não deve ser utilizado como mecanismo de fraude, conforme transcrito abaixo:

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

A partir do acima exposto, discutir-se-á, no capítulo subsequente, a respeito da necessidade ou não de que cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória que tenham sociedade constituída entre si ou com terceiros, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, alterem seu regime de bens, de modo a se adequarem ao disposto no art. 977 do mesmo diploma legal, a fim de manterem válida a sociedade constituída.

Muito se tem discutido acerca da possibilidade de alteração do regime de bens de cônjuges casados sob a égide do Código Civil de 1916.

Euclides de Oliveira manifestou-se, de forma pioneira, a respeito da matéria, por meio do artigo “Alteração do Regime de Bens no Casamento”, o qual faz parte da coletânea de artigos apresentados na obra “Questões Controvertidas no Novo Código Civil”, sob a coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves⁴².

Defende o referido jurista que somente as regras específicas de cada regime de bens é que estão sob a égide da lei vigente no momento da celebração do casamento, ao contrário das normas de caráter genérico, as quais se aplicam a todos os regimes de bens indistintamente.

Segundo o referido autor, esta é a interpretação correta a ser extraída do disposto no art. 2.039 do Código Civil em vigor, o qual prevê que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido, conforme trecho de seu artigo a seguir transcrito:

Questionável essa interpretação de cunho restritivo. Tenha-se em mente que o regime de bens resulta do conjunto de normas e princípios referentes ao patrimônio dos cônjuges, regulando os interesses econômicos oriundos do casamento. Verifica-se que o dispositivo do art. 2.039 apenas determina que, para os casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, não poderão ser utilizadas as regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens, para efeito de partilha do patrimônio do casal. (...) Exatamente neste sentido deve ser interpretado o mencionado artigo, em consonância com o sistema jurídico e

⁴² OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1, p. 394-395.

adequação à mens legis, a fim de que somente as regras relativas ao conteúdo de cada regime sejam as da lei vigente ao tempo da celebração do matrimônio, e não as normas gerais, que são de observância para todos os regimes de bens no casamento.

A jurisprudência parece caminhar para o mesmo posicionamento acima apresentado, no sentido de que o princípio da mutabilidade do regime de bens insculpido no art. 1.639, parágrafo segundo, do mesmo diploma legal, pode retroagir aos casamentos celebrados anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, seja por inexistir previsão expressa neste sentido ou pelo fato de não ser razoável conferir tratamento mais flexível à união estável - na qual se admite alteração do regime de bens -, do que ao casamento, conforme ilustrativo trecho do julgado abaixo transcrito⁴³:

A questão referente ao regime de bens não se insere dentre aquelas de ordem pública. Cuida-se, em verdade, da relação meramente patrimonial. Não existe proibição expressa no CC 2.039 para que haja a modificação do regime de bens de casamento celebrado na vigência do CC/1916. Para que fosse imutável, deveria haver previsão expressa nesse sentido. A questão do direito de terceiros também não é razão para se impedir a modificação, uma vez que o próprio dispositivo legal que autoriza a mudança já estabelece que ficam ressalvados os direitos de terceiros (CC 1.639, parágrafo segundo). Dada a absoluta liberdade quanto aos bens que têm os companheiros no regime da união estável, seria por demais desarrazoado dar-se tratamento mais rigoroso ao casamento, caso não se permita a alteração do regime de bens na hipótese sob exame. (...) Deferida a modificação do regime de bens do casamento de comunhão parcial para separação, devendo constar de escritura pública que ficam ressalvados os direitos de terceiros.⁴⁴

A corroborar o acima exposto, faz-se indispensável trazer à colação entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, também em favor da alteração do regime de bens por cônjuges casados sob o pálio do Código Civil de 1916,

⁴³ 12ª Vara Central de Família e Sucessões de São-Paulo, Proc. N. 000.03.026973-3, Juiz João Batista, Silvério da Silva, Sentença de 11 de abril de 2003.

⁴⁴ Cite-se, na mesma esteira, decisão favorável à possibilidade de alteração do regime de bens por cônjuges casados sob a égide do Código Civil de 1916, dada a sua natureza didática e esclarecedora, *in verbis*: “Casamento – Regime de bens – Alteração – Possibilidade de sua alteração mesmo para casamentos realizados sob a égide da legislação anterior – Interpretação ampliativa e sistemática da norma do art. 2.039 do Código Civil que não leva à conclusão de vedação da alteração do regime matrimonial nos casamentos anteriores a sua vigência – Recurso provido.” (TJSP, Apelação Cível 320.566-4/0/São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Marcondes Machado, 08 de junho de 2004).

porém com fulcro no art. 2.035, *caput*⁴⁵, do Código Civil em vigor, conforme a seguir reproduzido⁴⁶:

Civil – Regime matrimonial de bens – Alteração judicial – Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei nº 3.071) – Possibilidade – Art. 2.039 do CC/2002 (Lei nº 10.406) – Correntes doutrinárias – Art. 1.639, parágrafo segundo, c/c art. 2.035 do CC/2002 – Norma geral de aplicação imediata. 1. – Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, parágrafo segundo, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 – Recurso conhecido e provido pela alínea “a” para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, parágrafo segundo, do CC/2002.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁴⁷ explicam com notável clareza o teor do acórdão acima reproduzido, ao se utilizarem das disposições do art. 2.035 do Código Civil em vigor e da “escada ponteana”, idealizada por Pontes de Miranda, a qual triparte a análise dos negócios jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia.

⁴⁵ Para facilidade de referência do leitor, convém trazer à colação a íntegra do art. 2.035 do Código Civil de 2002, a seguir: “Art. 2.035: A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”

⁴⁶ STJ, REsp 730.546/MG, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, julgado 23 de agosto de 2005, DJ 03 de outubro de 2005, p. 279.

⁴⁷ Cite-se trecho da obra de Flávio Tartuce e José Fernando Simão que reproduz o quanto mencionado, esclarecendo, adicionalmente, o legítimo alcance do art. 2.039 do Código Civil em vigor, *in verbis*: “Conforme já apontamos nos volumes anteriores que compõem essa obra, o que o dispositivo legal está prevendo é que quanto aos planos da existência e validade (o primeiro está dentro do segundo) devem ser aplicadas as normas do momento da constituição ou celebração do negócio. Quanto ao plano da eficácia, devem ser aplicadas as normas do momento dos efeitos (...) Então qual seria o alcance da dicção do art. 2.039 do CC ao dizer que: ‘O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido?’ A resposta é simples. Para aqueles que se casaram antes da vigência do novo Código Civil no regime da comunhão universal de bens valem as regras contidas nos arts. 262 a 268 do Código revogado; no regime da comunhão parcial as regras dos arts. 276 e 277 e, por fim, para os que se casaram no regime dotal, as regras dos arts. 278 a 311. Todas as novas regras da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666) e da separação de bens (1.687 e 1.688) não se aplicam aos casamentos celebrados antes de 11 de janeiro de 2003 por expressa determinação do art. 2.039 da nova codificação, importante norma de direito intertemporal. Esse é o efetivo alcance da disposição prevista no último comando citado.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 126).

Lecionam os referidos autores que a existência e a validade do negócio jurídico devem se balizar pela norma do momento da constituição do negócio, ao passo que a eficácia do mesmo negócio deve ser pautada pela lei do momento da produção de seus efeitos, justificando, pois, a aplicação do art. 1.639, parágrafo segundo, do Código Civil em vigor para que cônjuges casados sob o Código Civil de 1916 possam alterar os efeitos de sua vida patrimonial – e, portanto, seu regime bens -, no momento presente.

A título conclusivo, o Enunciado 260 aprovado pela III Jornada de Direito Civil reitera o posicionamento apresentado, conforme a seguir transcrito:

Arts. 1.639, parágrafo segundo, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no parágrafo segundo do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados sob a vigência da legislação anterior.

Nota-se, diante do acima exposto, que vem se construindo posicionamento doutrinário e jurisprudencial sólido em favor da possibilidade de alteração do regime de bens mesmo aos cônjuges casados sob o pálio do Código Civil de 1916.

Trata-se de conclusão que no início da vigência do Código Civil de 2002 foi de significativa relevância, na medida em que o art. 977 do Código Civil em vigor, objeto central do presente trabalho, proíbe que cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal de bens e da separação obrigatória constituam sociedade entre si ou com terceiros.

Consistia a referida discussão na possibilidade ou não dos cônjuges casados pelos regimes da comunhão universal ou separação obrigatória sob a égide do Código Civil de 1916 alterarem seu regime de bens de modo a conformarem-se com as regras do Código Civil de 2002 e, portanto, manterem válida a sociedade que haviam constituído entre si ou com terceiros no passado.

Não obstante, conforme será demonstrado no capítulo subsequente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial tem sido no sentido de que o referido art. 977 aplica-se somente às sociedades constituídas após o Código Civil de 2002, não sendo, pois, aplicável às sociedades constituídas antes de sua entrada em vigor.

Por esta razão, tornou-se superada ou de menor relevância a discussão previamente apresentada, já que os cônjuges casados pelos regimes da comunhão universal ou separação obrigatória sob o Código Civil de 1916 e que constituíram sociedade entre si ou com terceiros antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 não precisariam mais, a princípio, alterar seu regime de bens, para manter sua sociedade válida, já que tem sido defendida a incidência do art. 977 do mesmo diploma legal tão-somente às sociedades constituídas após sua vigência.

4.3 Regimes de Bens Admitidos pelo Código Civil de 2002

Antes de adquirirmos noção elementar das características específicas de cada um dos regimes de bens admitidos pelo Código Civil em vigor, faz-se indispensável uma breve compreensão de suas regras gerais.

4.3.1 Regras Gerais dos Regimes de Bens

As regras gerais relativas aos regimes de bens estão contempladas nos arts. 1.639 a 1.652 do Código Civil em vigor.

O art. 1.639 prevê que é lícito aos nubentes convencionar acerca do regime de bens do casamento que contrairão. Tal escolha deve ser realizada antes do casamento, para que produza efeitos somente após o casamento e deverá ser formalizada mediante escritura pública, tal como disposto no art. 1.640.

Nesse sentido, o mesmo art. 1.640 prevê que não havendo convenção (pacto antenupcial) ou sendo ela nula ou ineficaz, deverá ser automaticamente adotado o regime da comunhão parcial de bens. Por esta razão, este regime também é chamado de regime legal.

O regime da comunhão parcial de bens substituiu o regime da comunhão universal como regime legal a partir da entrada em vigor da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também conhecida como Lei do Divórcio.

No tocante ao art. 1.641, que se debruça sobre a separação obrigatória, por razões didáticas, será tratado no item subsequente, exclusivamente dedicado aos regimes de bens individualmente considerados.

Independentemente do regime de bens escolhido pelo casal, faculta o legislador do Código Civil de 2002, por intermédio dos arts. 1.672 e 1.673, a prática individual de

determinados atos pelo marido ou pela mulher, sem que seja necessária a anuência do consorte, a seguir listados:

(i) praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647, relativas a gravar de ônus real ou alienar bens imóveis de um dos cônjuges ou do casal;

(ii) administrar os bens próprios;

(iii) desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial. Neste caso, o terceiro prejudicado terá direito de ajuizar ação de regresso contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico ou, ainda, contra seus herdeiros. Esta é a inteligência do art. 1.646. O mesmo tratamento é aplicável ao item (iv) a seguir;

(iv) demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647, os quais versam sobre a prestação de aval ou fiança e doação não remuneratória de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação;

(v) reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

(vi) praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente; e

(vii) comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica e obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir. Neste caso, prevê o art. 1.644 que os cônjuges serão solidariamente responsáveis pelo adimplemento das dívidas correspondentes, independentemente de apenas um cônjuge ter contraído a referida dívida.

Com relação ao art. 1.647 do Código Civil em vigor, convém reproduzi-lo abaixo, dada sua importância e o fato de ser objeto de constante discussão doutrinária e jurisprudencial:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

O artigo em comento apresenta a necessidade de outorga conjugal para a prática de determinados atos jurídicos.

Questiona-se, comumente, a atualidade e a pertinência do inciso I do referido artigo que, de modo sucinto, exige outorga conjugal para a alienação ou imposição de gravame real para bens imóveis, não apenas aos do casal, mas também aos particulares.

Clóvis Beviláqua⁴⁸, na qualidade de legislador do Código Civil de 1916 de artigo análogo ao atual art. 1.647, justifica a adoção de tal postura conservadora em razão de os bens imóveis oferecerem, segundo ele, uma garantia mais sólida de manutenção do bem-estar do casal, bem como de sua subsistência.

Deste modo, a alienação dos bens imóveis deveria ser objeto de assentimento de ambos os cônjuges, de sorte que nenhum deles possa atribuir culpa ou responsabilidade ao

⁴⁸ Cite-se, a seguir, íntegra da justificativa adotada por Clóvis Beviláqua para exigir outorga conjugal na alienação ou imposição de gravame real de bens imóveis, sejam eles particulares ou do casal, na constância do casamento, dada a sua relevância para compreensão da matéria, bem como da inteligência do inciso I do art. 1.647 do Código Civil em vigor: “*Quanto aos bens imóveis e aos direitos reais, que sobre eles recaem, não quer o Código que somente um dos cônjuges tenha o direito de disposição. Qualquer que seja o regime de bens, hão de os dois agir de acordo, salvo o direito de um deles recorrer ao juiz, quando for injustificada a recusa da cooperação (arts. 237 e 245). A razão da lei, facilmente, se revela. Os imóveis podem oferecer uma base mais segura ao bem-estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura e não acarretam obstáculos prejudiciais à circulação e desenvolvimento das riquezas as restrições postas ao direito de livre disposição deles. É o lar a terra nutrix, que o Código defende das possíveis dilapidações, no interesse da família, mas sem retirar os bens do comércio, instituindo apenas a fiscalização, por um dos cônjuges, dos atos do outro.*” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado: direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. v. 2, p. 94).

outro em caso de alienação ou gravame mal-sucedido, devendo o casal, pois, chegar a um consenso antes de fazê-lo.

Outra questão relevante acerca do art. 1.647 é se o seu conteúdo seria extensível à união estável.

Com base no princípio jurídico basilar segundo o qual norma restritiva de direito não deve ser estendida, analogicamente, para situações não previstas expressamente em lei, entende-se que as disposições constantes do art. 1.647 não devem ser aplicadas, por analogia, à união estável. Este é o entendimento manifestado por autores do tomo de Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁴⁹.

A principal inovação da redação do referido art. 1.647 em comparação ao seu análogo art. 235 do Código Civil de 1916 consiste em ter excepcionado o regime da separação absoluta no tocante à necessidade de outorga conjugal em determinados atos jurídicos praticados por cônjuges casados pelos outros regimes de bens.

A discussão doutrinária e jurisprudencial gravitando em torno da referida inovação é se a exceção aberta ao regime da separação absoluta aplicar-se-ia ao regime da separação obrigatória (legal), ao regime da separação convencional ou a ambos os regimes.

Para tanto, faz-se necessária a análise do conteúdo da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, bem como de sua vigência ou revogação.

Dispõe a referida Súmula que “*no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”.

Surgiram dois posicionamentos doutrinários antagônicos para a interpretação da Súmula 377 do STF após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

⁴⁹ Cite-se passagem ilustrativa da obra referente à matéria em comentário: “*Melhor dizer que a norma em comento é restritiva e especial do casamento, limitadora da autonomia privada, não admitindo aplicação por analogia para a união estável.*” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 134).

Na primeira vertente, autores como Francisco José Cahali⁵⁰, Silvio Rodrigues⁵¹, Inácio de Carvalho Neto⁵² e José Fernando Simão⁵³, defendem que a referida Súmula teria sido revogada, na medida em que o Código Civil em vigor não teria reproduzido o conteúdo do art. 259 do Código Civil de 1916.

Assim, segundo tais autores, a dispensa de outorga conjugal recairia tanto sobre o regime da separação convencional quanto da separação obrigatória, não sendo necessária, em última análise, a autorização de um dos cônjuges para a alienação de determinados bens.

Posicionamento contrário possuem juristas como Flávio Tartuce⁵⁴, Rolf Madaleno⁵⁵ e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁶, entendendo que não podem os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens alienar determinados ativos sem a outorga de seu consorte, na medida em que estes tenham sido adquiridos mediante o esforço comum.

⁵⁰ CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado. Homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

⁵¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 186.

⁵² CARVALHO NETO, Inácio de. *A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil, ano IV*, n. 49, dez. 2004. Disponível em: <<http://intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2008.

⁵³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 135-136.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 136.

⁵⁵ Dada a relevância das ponderações da Ralf Madaleno acerca do tema, necessário se faz transcrever trecho de sua obra “Direito de família em pauta”, citado por Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in verbis*: “Ainda que o regime de bens deva ser focado sob o abrigo da legislação codificada de 1916, nunca será demasia constatar que sequer a nova codificação admite ver revogada a Súmula 377 do STF, por enxergar presente e sempre a comunicação dos aqüestos provenientes do esforço comum, em exegese que repudia o enriquecimento sem causa, mormente nos regimes de obrigatória imposição de separação de bens.” (MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 239, *apud* TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 136).

⁵⁶ Cite-se trecho da obra dos referidos autores na qual é possível aferir, com clareza, a respeito da comunicação tão-somente dos bens amealhados mediante esforço comum dos cônjuges na constância do casamento, sob o regime da separação obrigatória ou legal: “Se tiver havido falência do casamento dos casados sob o regime da separação obrigatória, os bens adquiridos posteriormente ao casamento só se comunicam se houver prova do esforço comum de ambos os cônjuges para essa aquisição (...) Nesse caso, para que incida a regra do STF 377 a prova da contribuição dos cônjuges para a aquisição dos bens aqüestos é necessária.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 778).

De acordo com esta segunda vertente, portanto, permaneceria válida a Súmula 377 do STF, devendo comunicar-se os bens adquiridos mediante esforço comum na constância do casamento sob o regime da separação obrigatória, sobretudo com alicerce no art. 884 do Código Civil em vigor, o qual veda o enriquecimento sem causa.

Concluindo, aos doutrinadores que defendem a revogação da Súmula 377 do STF, por separação absoluta (total) deve-se entender tanto a separação convencional como a obrigatória, não havendo comunicação de bens em nenhum dos dois casos.

Contudo, os doutrinadores da segunda vertente, que postulam em favor da vigência da Súmula 377 do STF, entendem que a separação absoluta⁵⁷ compreende apenas a separação convencional, na medida em que na separação obrigatória a outorga conjugal é necessária para alienação ou gravame de bens adquiridos mediante esforço comum na constância do casamento⁵⁸.

A robustecer a prevalência da linha de raciocínio com a qual concordamos, a saber, aquela segundo a qual a Súmula do STF 377 ainda estaria em vigor, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento pelos cônjuges casados pelo regime da

⁵⁷ Cite-se passagem da obra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery onde é explicado, com clareza, o conceito e o alcance da terminologia “separação absoluta”, *in verbis*: “2. Regime da separação obrigatória. Quando a doutrina se refere ao regime da separação absoluta de bens, em regra quer referir-se ao que foi assim firmado contratualmente, por meio de pacto antenupcial. A utilização dessa terminologia consagrada pela doutrina no texto do CC 1647 caput *in fine* autoriza o intérprete a dizer que, em caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, não incide a exceção à regra. No regime da separação obrigatória de bens exige-se a autorização do outro cônjuge para a realização dos atos elencados nos incisos que se lhe seguem.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 780).

⁵⁸ A reproduzir de forma precisa e não menos sintética o posicionamento esposado, com o qual concordamos, cite-se trecho da obra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*: “8. Separação obrigatória. Comunicação dos aqüestos. Conclusão. No regime da separação obrigatória, os bens aqüestos (adquiridos depois do casamento): a) comunicam-se se adquiridos na constância do casamento, isto é, quando marido e mulher se encontram convivendo, quando a relação de casamento se desenvolve normal e naturalmente com respeito aos direitos e deveres oriundos do casamento (coabitação, fidelidade, assistência material e afética recíprocas etc.); b) não se comunicam os bens adquiridos depois da falência do casamento, isto é, depois da separação de fato do casal, vale dizer, fora da constância do casamento.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 778).

separação obrigatória, convém trazer à colação posicionamento jurisprudencial no mesmo sentido, a seguir reproduzido⁵⁹:

Registro de imóveis – Escritura de venda e compra – Bem adquirido na constância de casamento celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens – Comunicação dos aqüestos por força da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal – Falecimento de um dos cônjuges na vigência do Código Civil de 1916 – Necessidade de abertura de sucessão – Alienação do bem por inteiro pelo cônjuge sobrevivente, na vigência do atual Código Civil – Inadmissibilidade – Princípio da continuidade – Violação – Dúvida procedente – Recurso não-provido.

Superada a discussão acima, determina o legislador do Código Civil de 2002, por meio de seu art. 1.648, que é faculdade do juiz suprir a outorga denegada por um dos cônjuges sem justo motivo, ou caso lhe seja impossível concedê-la.

Esclareça-se que a ausência de outorga conjugal não suprida pelo juiz, inquinará de nulidade relativa (anulabilidade) o ato praticado, sendo que tal pretensão somente poderá ser exercida pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros, em período que não exceda 2 (dois) anos após o término da sociedade conjugal. Esta é a inteligência dos arts. 1.649 e 1.650 do Código Civil em vigor.

Nos termos do art. 1.651 do Código Civil em vigor, na hipótese em que, por algum motivo, um dos cônjuges não possa exercer administração de seus bens particulares ou do casal, caberá ao outro cônjuge administrá-los do seguinte modo: (i) gerir os bens comuns e os do consorte; (ii) alienar os bens móveis comuns; e (iii) alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial.

O cônjuge que se sub-rogar nos direitos de seu consorte para a administração dos bens particulares deste último, será considerado (i) como usufrutuário, caso o rendimento seja comum, (ii) como procurador, se estiver investido de poderes de representação por instrumento expresso ou tácito de mandato ou como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador, conforme dispõe o art. 1.652 do Código Civil em vigor, encerrando, assim, o tratamento dispensado às regras gerais dos regimes de bens.

⁵⁹ TJSP, Apelação Cível 121-6/4/Araraquara, Conselho Superior de Magistratura, rel. Luiz Tâmbara, 05 de fevereiro de 2004.

Passemos, então, à análise das especificidades de cada um dos regimes de bens, sendo importantíssimo salientar, de antemão, que seu estudo terá unicamente o objetivo de proporcionar compreensão genérica de sua mecânica de funcionamento, a fim de que tais conceitos já estejam familiarizados e possam ser empregados mais adiante para o enfrentamento do tema objeto do presente trabalho, isto é, a sociedade entre cônjuges no Código Civil em vigor, sobretudo sob os regimes de bens em que ela é proibida até o presente momento, a saber: o regime da comunhão universal de bens e o regime da separação obrigatória.

4.3.2 Características Específicas dos Regimes de Bens

O legislador do Código Civil de 2002 contemplou quatro diferentes regimes de bens, a seguir enumerados:

- (i) regime da comunhão parcial de bens;
- (ii) regime da comunhão universal de bens;
- (iii) regime da participação final nos aqüestos;
- (iv) regime da separação convencional de bens; e
- (v) regime da separação obrigatória de bens.

Por razões didáticas, e de modo a atender os propósitos do presente trabalho, apresentamos o que entendemos ser uma quinta espécie de regime de bens, a saber, o regime da separação obrigatória, também conhecido como regime da separação legal.

Trata-se de regime de bens que merece estudo pormenorizado tanto quanto os demais acima listados, sobretudo porque os cônjuges casados sob este regime, bem como sob o regime da comunhão universal de bens que tenham sociedade constituída, são o principal objeto de estudo do presente trabalho, na medida em que são os dois regimes de bens sob os quais o legislador impõe ao casal o comando proibitivo de constituir sociedade

entre si ou com terceiros, conforme previsão do art. 977 do Código Civil de 2002, discussão esta que será enfrentada no capítulo subsequente.

4.3.2.1 Regime da Comunhão Parcial de Bens

O regime da comunhão parcial de bens é também conhecido como regime legal ou regime supletório, na medida em que é o regime automaticamente aplicável aos cônjuges, se inexistente o pacto antenupcial entre os cônjuges ou, ainda que existente, seja ineficaz.

Conforme já mencionado anteriormente, o regime da comunhão parcial de bens substituiu o regime da comunhão universal desde a entrada em vigor da Lei nº 6.515/1977, também conhecida como Lei do Divórcio, sendo tal posicionamento incorporado ao Código Civil de 2002, na esteira do Código Civil Italiano de 1942 e do Código Civil Português de 1966⁶⁰.

Também na união estável este é o regime de bens aplicável, “no que couber”, caso permaneçam silentes os companheiros, nos termos do art. 1.725 do Código Civil em vigor.

No regime da comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens amealhados na constância do casamento, exceto aqueles classificados como incomunicáveis pelo art. 1.659, a seguir listados:

(i) os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

(ii) os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

(iii) as obrigações anteriores ao casamento;

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, p. 213.

- (iv) as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- (v) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- (vi) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; e
- (vii) as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Note-se que o comentado art. 1.659 do Código Civil de 2002, com as devidas atualizações, unificou o conteúdo dos arts. 269 e 270 do Código Civil de 1916.

Portanto, excluem-se da comunhão de bens, os ativos individualmente adquiridos por cada um dos cônjuges antes do casamento, sendo mesmo tratamento aplicável aos bens recebidos por doação ou herança e os bens que se lhes sub-rogarem.

Contudo, se para a aquisição dos bens sub-rogados aos bens herdados ou doados forem empregados recursos do outro consorte ou da vida decorrente do matrimônio, tais bens farão parte do rol de bens comuns ao casal.

Também não se comunicam as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges anteriormente ao casamento, de tal sorte que os haveres de um consorte ficam ‘blindados’ contra os credores pessoais do outro, com relação à dívidas particulares anteriores ao casamento, salvo se tal dívida, de algum modo, reverter em favor de ambos.

Também os bens de uso pessoal e laborativo não são comunicáveis.

Igualmente incomunicáveis são os recursos auferidos em contrapartida ao trabalho pessoal exercido por cada cônjuge. Trata-se de dispositivo bastante polêmico e que vem sendo alvo de infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse sentido, convém trazer à colação o esclarecedor ensinamento de Alexandre Guedes Alcoforado Assunção⁶¹, ilustrando posicionamento majoritário da doutrina, ao qual nos filiamos, no sentido de que a não-comunicação dos rendimentos auferidos por meio da atividade laborativa de cada cônjuge, bem como os bens com tais rendimentos adquiridos, é conflitante com a própria natureza do regime da comunhão parcial de bens, na medida em que tal regime prevê como regra geral a comunicação de tudo o que for adquirido por um e/ou outro cônjuge na constância do casamento, conforme a seguir transcrito:

A previsão da exclusão dos proventos do trabalho de cada cônjuge, indicada no inciso VI, produz situação que se antagoniza com a própria essência do regime. Ora, se os rendimentos do trabalho não se comunicam, os bens sub-rogados desses rendimentos também não se comunicam (...) e, por conseguinte, praticamente nada se comunica nesse regime, no entendimento de que a grande maioria dos cônjuges vive dos rendimentos do seu trabalho.

As pensões (valor pago com o objetivo de prover a subsistência de alguém), meio-soldos (quantia paga pelo Estado ao militar aposentado) e montepios (quantia paga pelo Estado à família do servidor público que venha a falecer), bem como outras rendas semelhantes e de natureza pessoal também estão excluídas da comunhão, conforme as disposições constantes do inciso VII do art. 1.659 do Código Civil de 2002.

Por fim, os bens cuja aquisição tiver se iniciado anteriormente ao casamento são incomunicáveis. Esta é a inteligência do comando inserto no art. 1.661 do Código Civil em vigor.

Após versar sobre os bens incomunicáveis, passa o legislador a se debruçar sobre os comunicáveis, listando-os no art. 1.660 do Código Civil de 2002, conforme segue :

(i) os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

(ii) os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

⁶¹ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Novo Código Civil comentado. 2. ed. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.519.

(iii) os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

(iv) as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; e

(v) os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, admitindo-se prova em contrário, conforme o art. 1.662 da codificação civil.

No tocante à administração dos bens comuns, esta pode ficar sob a incumbência de qualquer um dos cônjuges. Contudo, respondem os bens comuns e particulares pelas dívidas contraídas pelo cônjuge administrador, e eventualmente os bens particulares do outro cônjuge, na medida do que houver sido revertido em seu favor. É o que prevê o art. 1.663 do Código Civil em vigor.

Prevê, ainda, o referido dispositivo que é indispensável o assentimento de ambos os cônjuges para atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns e que o juiz poderá conceder a administração dos bens do casal a apenas um dos cônjuges, em caso de malversação.

Independentemente de quem for o administrador, porém, responde o patrimônio do marido e de sua esposa pelas dívidas contraídas por qualquer um dos quais para atender despesas de natureza familiar ou decorrentes de imposição legal, nos termos do art. 1.664 do Código Civil em vigor.

Por outro lado, a administração e alienação de bens particulares competem exclusivamente ao seu cônjuge proprietário, salvo se disposto de forma diversa no pacto antenupcial, não respondendo os bens comuns por dívidas daí decorrentes, conforme inteligência dos arts 1.665 e 1.666 do mesmo diploma legal.

De qualquer modo, trata-se de dispositivos que devem ser interpretados em conjunto com o art. 1.647 do mesmo diploma legal, que prevê a necessidade de outorga conjugal para a alienação ou imposição de gravame real de bens imóveis, ainda que particulares, na constância do casamento, salvo no regime da separação absoluta.

Entende-se que o disposto no art. 1.647 não pode ser ignorado e que o comando inserto no art. 1.663 deve ser mitigado a fim de que mesmo as alienações de bens imóveis particulares recebam outorga conjugal para que se aperfeiçoem de forma válida.

Este também foi o entendimento manifestado por intermédio do Enunciado 340 da IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “*No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuges, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis.*”

Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁶² apresentam importante síntese da matéria, bem como do posicionamento acima esposto, manifestando concordância com o conteúdo do Enunciado 340 da IV Jornada de Direito Civil, conforme trecho de sua obra a seguir transcrito:

Concordamos de forma integral com as suas palavras. Lembramos que, muitas vezes, são introduzidas benfeitorias nesses bens particulares que, como vimos, são comunicáveis na vigência da comunhão parcial (art. 1.660, IV, do CC). Desse modo, a alienação de um imóvel nessas condições sem a outorga pode gerar o enriquecimento sem causa de um cônjuge em relação ao outro.

Concluindo, sendo alienado um imóvel particular sem a outorga do outro cônjuge, mesmo na comunhão parcial, é possível alegar a anulabilidade do ato, com base nos arts. 1.647 e 1.649 do CC.

Por fim, no regime da comunhão parcial de bens, faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, nos termos do art. 977 do Código Civil em vigor, conforme será constatado mais adiante.

⁶² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 149.

4.3.2.2 Regime da Comunhão Universal de Bens

Desde a separação entre o casamento civil e o casamento religioso, oficializada por intermédio do Decreto nº 181, de 1890⁶³, o regime legal era o da comunhão universal de bens, permanecendo assim até a entrada em vigor da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio). A partir de então, conforme mencionado anteriormente, o regime supletório passou a ser o da comunhão parcial de bens.

Consiste o regime da comunhão universal de bens na comunicação praticamente irrestrita entre os cônjuges dos bens particulares do homem, dos bens particulares da mulher e dos bens adquiridos por ambos na constância do casamento.

Clóvis Beviláqua⁶⁴ expõe, com propriedade, o verdadeiro alcance do regime da comunhão universal de bens, equiparando-o a uma sociedade *sui generis, in verbis*:

Os bens constituem, neste regime, um conjunto ou massa indivisa, da qual os dois cônjuges são os condôminos. Marido e mulher constituem, assim, uma sociedade universal; porém uma sociedade regida por princípios especiais, em virtude da situação jurídica especial dos cônjuges entre si.

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira⁶⁵, pelo regime da comunhão universal de bens, comunicam-se os bens presentes e futuros dos cônjuges, mas também as suas dívidas passivas, excetuando-se o que reputa o art. 1.668 do Código Civil em vigor como incomunicável, a saber:

(i) os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

⁶³ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710). Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 338.

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*: direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954. v. 2, p. 137.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, p. 223.

(ii) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva⁶⁶;

(iii) as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

(iv) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

(v) os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659, a saber, os bens de uso pessoal, os livros e os instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Até o advento da Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal, discutia-se se o conceito de inalienabilidade englobava o de incomunicabilidade. Todavia, após a referida Súmula colocou fim ao questionamento, ao esclarecer que “*a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens*”.

Harmonizando-se com a Súmula 49 do STF, prevê o art. 1.911 do Código Civil em vigor que a cláusula de inalienabilidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Todavia, discussão relacionada ao tema que ainda remanesce viva diz respeito à longevidade da cláusula de incomunicabilidade.

Nesse sentido, Silmara Juny Chinelato⁶⁷, em referência ao magistério de Carlos Alberto Dabus Maluf⁶⁸, esclarece que a função precípua da incomunicabilidade é de

⁶⁶ Cite-se trecho da obra de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, onde é explicado com precisão o verdadeiro alcance do referido inciso II do art. 1.668 do Código Civil em vigor: “*Como se sabe, o fideicomisso é uma forma de substituição testamentária em que um primeiro herdeiro (fiduciário) pode ser substituído por outro (fideicomissário). Lembramos que nos sistema do Código Civil o fideicomissário será pessoa não existente no momento da abertura da sucessão (...) Quando o bem estiver com o fiduciário é que estará presente a referida incomunicabilidade, pois a propriedade do mesmo é resolúvel.*” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 151).

⁶⁷ Dada a propriedade com que Silmara Juny Chinelato direciona solução para a complexa discussão da longevidade da cláusula de incomunicabilidade, amparada pelos ensinamentos de Carlos Alberto Dabus

proteger o cônjuge donatário ou herdeiro de eventuais vicissitudes futuras, bem como de seu consorte, não havendo qualquer indício dado pelo legislador ou pela própria natureza do instituto no sentido de que tal inexistência de comunicação deva se prolongar indefinidamente para gerações posteriores ao do donatário ou herdeiro.

Trata-se, por conseguinte, de liberdade limitada àquela de que dispõe o doador ou testador que aliena determinado bem ou conjunto de bens, na medida em que os efeitos da cláusula de incomunicabilidade devem ser de natureza vitalícia em relação ao seu beneficiário, e não de natureza perpétua extensível a todos os que lhe sucederem no domínio dos referidos bens.

A incomunicabilidade tratada no art. 1.668 do Código Civil em vigor, porém, não se estende aos frutos dos bens ali relacionados, na medida em que sejam percebidos na constância do casamento, nos termos do art. 1.669.

No tocante à administração dos bens do casal que tenha optado pelo regime da comunhão universal, aplicam-se as mesmas regras mencionadas anteriormente para o regime da comunhão parcial, à luz do art. 1.670 da codificação civil.

Maluf, convém reproduzir trecho de sua obra que lhe faz referência: “*Lembre-se que a incomunicabilidade normalmente pretende proteger um cônjuge em relação ao outro, circunstância ponderada em cada caso concreto, não se podendo presumir que a necessidade de proteção se perpetuará (...) A finalidade de proteção do cônjuge, que é circunstancial, por si só já afastaria o cabimento da continuidade da cláusula. (...) Quanto à vitaliciedade da cláusula, registro que não se deve confundir com perpetuidade, duração ad aeternum, pois vitalício significa durante a vida do beneficiário.*” (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 351, 352 e 355).

⁶⁸ Na mesma esteira, Carlos Alberto Dabus Maluf propõe o seguinte exemplo ao qual apresenta lógica e coerente solução: “*Portanto, essa cláusula é uma precaução contra possíveis desmandos do outro cônjuge. (...) Outro aspecto interessante a ser considerado diz respeito à seguinte hipótese: um homem casado sob o regime da comunhão universal de bens recebe de seus pais, a título de doação, um determinado imóvel gravado tão-somente com cláusula de incomunicabilidade. Ocorrendo o falecimento de sua mulher, de que maneira poderá ele alienar o imóvel? (...) A resposta é simples. Basta que ele faça uma averbação à margem da transcrição ou da matrícula (segundo a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), de seu estado civil de viúvo. Com esta providência poderá ele vender sua propriedade livremente, independente de qualquer autorização judicial.*” (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 58-59).

Contudo, uma vez encerrada a comunhão e partilhado entre os consortes os ativos e passivos correspondentes, cessa a responsabilidade de cada qual em face dos credores de seu consorte.

Entretanto, as responsabilidades dos cônjuges podem ser alteradas não apenas por meio da divisão de ativos e passivos decorrente da separação judicial ou divórcio, mas também por intermédio da separação de fato, conforme preleciona Silmara Juny Chinelato⁶⁹, ou seja, conforme define a própria jurista, através da “*ruptura da vida em comum, em caráter prolongado e contínuo, que demonstre intenção de manter tal rompimento*”.

Cumpre notar, a título conclusivo, que é passível de separação judicial a separação de fato por período superior a 1 (um), nos termos do art. 1.572, parágrafo primeiro, do Código Civil em vigor. Adicionalmente, enseja divórcio a separação de fato por período superior a 2 (dois) anos, conforme prevê o art. 1.580, parágrafo segundo, do mesmo diploma legal.

Por fim, no regime da comunhão universal de bens, assim como no regime da separação obrigatória, não é facultado aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, nos termos do art. 977 do Código Civil em vigor, conforme será exaustivamente analisado mais adiante.

⁶⁹ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 360-361.

4.3.2.3 Regime da Participação Final nos Aquestos

É o regime da participação final nos aquestos, o menos utilizado pelos cônjuges brasileiros, até o momento, dada a sua complexidade e pouca praticidade.

Por esta razão, talvez, a doutrina brasileira pouco se debruçou sobre as especificidades da matéria até a ocasião, em conformidade com sua também escassa ou quase inexistente ocorrência na casuística.

Outrossim, saliente-se que a análise detalhada da integralidade dos aspectos relacionados ao referido regime de bens não é de relevância direta para o enfrentamento do tema objeto do presente trabalho, a saber, a sociedade entre cônjuges (sobretudo casados pelo regime da comunhão universal ou separação obrigatória), na medida em que não foi levantado qualquer questionamento ou óbice até o momento, seja em ambiência legislativa, doutrinária ou jurisprudencial, a respeito da permissão para que cônjuges casados pelo regime da participação final nos aquestos contratem sociedade entre si ou com terceiros.

Tendo em vista as razões acima expostas, proceder-se-á, a seguir, a um estudo que permita tão-somente compreensão objetiva da mecânica de funcionamento de tal regime de bens, a fim de se manter fidelidade ao corte metodológico do presente trabalho.

À luz dos ensinamentos de Miguel Reale⁷⁰, esclareça-se, de antemão, que o regime da participação final nos aquestos não encontra similar em sistemas jurídicos alienígenas, na medida em que se trata de criação do legislador pátrio apenas influenciada por determinado regime de bens positivado em Quebec, conforme trecho de sua obra a seguir reproduzido:

Antes de concluir estas notas sobre Direito de Família cabe lembrar que se estranhou houvesse sido previsto um 'regime de participação final nos aquestos', não correspondente a nenhum modelo alienígena. Trata-se, efetivamente, de contribuição original que tem alguns pontos de contato com o estabelecido pela Lei que entrou em vigor em Quebec, em julho de 1970.

⁷⁰ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

Consiste a participação final nos aqüestos em regime de bens no qual cada cônjuge é titular de patrimônio próprio, ocorrendo partilha irrenunciável dos bens no momento da dissolução da sociedade conjugal e apenas com relação aqueles bens adquiridos com participação de ambos os consortes na constância do casamento. Esta é a inteligência dos arts. 1.672 e 1.682 do Código Civil em vigor.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷¹, amparados no magistério de Rolf Madaleno, assim definem o regime da participação final nos aqüestos:

Pelo regime de participação final dos aqüestos, os cônjuges vivem sob verdadeira separação de bens, vale dizer, cada cônjuge tem a livre administração de seus próprios bens, enquanto durar a sociedade conjugal. A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação nos aqüestos só surge com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal.

A partir dessa reflexão, pode-se inferir que estão excluídos de qualquer comunicação os bens amealhados por cada qual anteriormente ao casamento, bem como aqueles adquiridos, a qualquer título, de forma individualizada e sem a contribuição do consorte na constância do casamento, assim como as dívidas correspondentes. É o que nos confirma o comando inserto no art. 1.674 do Código Civil de 2002.

Por conseguinte, para que haja divisão do bem, há de se configurar participação de ambos os consortes em seu processo aquisitivo.

Eis aí uma diferença substancial para o regime da comunhão parcial de bens, porquanto este último contemple presunção de que os bens adquiridos durante a união, de forma individualizada ou conjunta, pertencem a ambos⁷².

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 785.

⁷² TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 154.

Doutrinadores como Silmara Juny Chinelato⁷³ e Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁷⁴ entendem que a interpretação mais acertada do art. 1.672 indicaria que após a dissolução da sociedade conjugal, haveria uma *participação* dos cônjuges de acordo com sua contribuição para aquisição dos bens na constância do casamento, e não uma *meação*.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷⁵, entretanto, entendem que os bens adquiridos na constância do casamento deverão ser divididos pela metade após o término da sociedade conjugal.

Entendimento intermediário parece ser o de Caio Mário da Silva Pereira⁷⁶, em obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, postulando-se que a partilha deve ocorrer de modo a se equalizar os ganhos obtidos por um cônjuge em detrimento do outro na constância do casamento, igualando-se os patrimônios amealhados por ambos naquele período, de modo semelhante a uma sistema contábil de débitos e créditos. No mesmo sentido é o posicionamento de Zeno Veloso⁷⁷.

Entende-se mais adequado o entendimento enunciado por Silmara Juny Chinelato e Flávio Tartuce e José Fernando Simão, dentre outros, porquanto mais consentâneo com a própria natureza do regime da participação final nos aqüestos, que parece primar pela lógica e pela justiça no sentido de que tão-somente deverão ser partilhados os bens amealhados mediante esforço comum e na exata medida do que cada qual contribuiu.

A corroborar tal entendimento, o art. 1.682 do Código Civil de 2002 menciona expressamente o termo *meação*, inclusive qualificando-a como irrenunciável.

⁷³ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710). Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 380.

⁷⁴ TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 154-156.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 785.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, p. 229-231.

⁷⁷ VELOSO, Zeno. Regimes Matrimoniais de Bens. In: LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 205.

Outrossim, de difícil aplicação prática parece ser a aplicação do regime da participação final nos aqüestos tal como entendido por Caio Mário da Silva Pereira e Zeno Veloso.

De qualquer modo, trata-se de discussão ainda incipiente e que não chegou a um termo final e pacífico em ambiência doutrinária.

No tocante à administração dos bens próprios, esta incumbe a cada um dos cônjuges. Contudo, somente os bens particulares considerados móveis é que poderão ser alienados sem a necessidade de outorga marital ou uxória, na medida em que tal anuência conjugal se faz necessária quando da alienação dos bens imóveis, conforme interpretação do art. 1.673 da atual codificação civil.

Adicionalmente, o parágrafo único do referido dispositivo legal confere presunção relativa (*iuris tantum*) a todos os bens móveis como sendo adquiridos posteriormente ao casamento.

No momento da dissolução da sociedade conjugal regida pela participação final nos aqüestos, apurar-se-ão os valores dos bens doados por um dos cônjuges sem que o outro consorte, necessariamente, o autorize, sendo que o bem objeto da doação poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros.

Outrossim, devem ser incorporados ao monte partilhável os valores dos bens alienados e que deveriam ter feito parte da meação, caso o cônjuge prejudicado não queira reivindicar o próprio bem alienado, nos termos do art. 1.676 da codificação civil em vigor.

Com relação aos bens móveis em poder de terceiros, estes se presumem do cônjuge devedor, conforme preleciona o art. 1.680 do Código Civil de 2002.

Diferentemente, os bens imóveis são considerados de titularidade do cônjuge cujo nome conste do registro, salvo impugnação de seu consorte. No entanto, note-se que, neste caso, é invertido o ônus da prova processual, na medida em que a comprovação de titularidade do bem incumbe ao destinatário da acusação (impugnação), o qual deverá

demonstrar que adquiriu o bem imóvel de forma individualizada e sem qualquer contribuição de seu consorte, conforme se depreende do comando inserto no art. 1.681 do mesmo diploma legal.

Por fim, ainda que superiores as dívidas de um dos cônjuges à sua meação, não obrigarão a parcela da meação do outro consorte, bem como de seus herdeiros, à luz do que preleciona o art. 1.686 do Código Civil em vigor.

Após breve compreensão dos aspectos gerais relacionados ao regime da participação final nos aqüestos, cumpre trazer à colação trecho da obra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷⁸, que discute acerca de eventual sociedade de fato que venha a ser formada entre cônjuges casados por tal regime de bens.

Ao final do magistério dos referidos juristas, a importante conclusão é no sentido de que deverão ser partilhados entre os cônjuges os bens integrantes de tal sociedade, mas não por qualquer particularidade imanente à natureza do regime da participação final nos aqüestos, e sim pelas conseqüências atribuídas a qualquer sociedade de fato, independentemente do regime de bens adotado, conforme abaixo reproduzido:

Além da possibilidade de cônjuges casados pelo regime de comunhão final nos aqüestos contratarem sociedade (CC 977), nada pode evitar, por óbvio, que o casal estabeleça sociedade de fato entre si. Se isto ocorrer, o que não será incomum, ensejará a apuração e a divisão do patrimônio comum adquirido, da mesma forma como se dissolve a sociedade de fato, não decorrendo a eventual meação de cada cônjuge, nesse caso, do regime de bens que pactuaram, mas da sociedade de fato que instituíram. O reconhecimento desse fato e do direito que dele decorre deve ser objeto de ação própria.

De qualquer modo, conforme foi possível depreender desta breve explanação, trata-se de regime de difícil aplicação prática, razão pela qual é de fato irrisória, até o presente momento, a freqüência de sua escolha pelos cônjuges brasileiros.

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 787.

Por fim, no regime da participação final nos aqüestos, faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, nos termos do art. 977 do Código Civil em vigor, conforme será constatado mais adiante.

4.3.2.4 Regime da Separação Convencional de Bens

O regime da separação de bens pode ser convencional, mediante celebração de pacto antenupcial pelos cônjuges, ou obrigatório, sendo neste último caso imposto pelo art. 1.641 do Código civil em vigor.

A primeira espécie de separação de bens será tratada neste item; a segunda, no item subsequente.

Consiste a separação convencional de bens em regime patrimonial de simples operabilidade, positivado nos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil em vigor, de acordo com o qual os bens de próprios de cada cônjuge permanecem incomunicáveis, podendo ser livremente alienados ou gravados de ônus real.

Entretanto, em que pese a individualidade de tal espécie de regime de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas familiares na proporção dos rendimentos auferidos em suas respectivas profissões, bem como do patrimônio tido por cada qual, exceto se estipulado de forma diversa no pacto antenupcial.

O aspecto mais controvertido relacionado ao regime da separação convencional de bens reside na discussão acerca da vigência e do alcance da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, questão essa já exaustivamente debatida no item 5.3.1, referente às regras gerais dos regimes de bens, onde foi defendido posicionamento segundo o qual a Súmula 377 do STF ainda estaria em vigor, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento pelos cônjuges casados tão-somente pelo regime da separação obrigatória.

A contrario sensu, estariam excluídos de qualquer comunicação não apenas os bens particulares, mas também aqueles adquiridos na constância do casamento pelos cônjuges casados pelo regime da separação convencional, conforme já aclarado anteriormente.

É o que confirma parcela maciça da doutrina, citando-se, a título exemplificativo, Maria Alice Zaratín Lotufo⁷⁹, que revela a natureza eminentemente individualista do regime da separação convencional de bens, *in verbis*:

O objetivo do regime da separação, na sua essência, é de que não exista um patrimônio comum; que cada um dos consortes seja o único dono de seus bens, quer adquiridos antes ou mesmo durante o casamento.

No mesmo sentido, posiciona-se de forma absolutamente clara Maria Helena Diniz⁸⁰, com trecho de sua obra abaixo reproduzido:

Há incomunicabilidade não só dos bens que cada qual possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges.

Por fim, no regime da comunhão universal de bens, faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, nos termos do art. 977 do Código Civil em vigor, conforme será constatado mais adiante.

⁷⁹ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 106.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, p. 188.

4.3.2.5 Regime da Separação Obrigatória de Bens

O regime da separação obrigatória encontra-se positivado no art. 1.641 do Código Civil de 2002, sendo também conhecido como regime da separação legal, posto que a lei exige que ele seja adotado pelos cônjuges nas seguintes hipóteses:

(i) às pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento previstas no art. 1.523 do Código Civil em vigor⁸¹;

(ii) ao homem ou à mulher maior de 60 (sessenta) anos; e

(iii) a todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, os quais se encontram disciplinados nos arts. 1.517, 1.519, 1.634, III, 1.747, I e 1.774 da atual codificação civil⁸², mas que, em linhas gerais, referem-se aos casos de pessoas que se encontram sob tutela ou curatela.

No tocante ao item (ii), referente às pessoas com idade superior à 60 (sessenta) anos, trata-se de tema de complexa discussão e bastante pertinente aos fins a que pretende

⁸¹ O item (i) acima pretende fazer referência às condições suspensivas relacionadas no art. 1.523 do Código civil em vigor, cuja reprodução *ipsis literis* se faz pertinente: “Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.”

⁸² O item (iii) faz referência às hipóteses de necessidade de suprimento judicial tratadas nos arts. 1.517, 1.519, 1.634, III, 1.747, I e 1.774 do Código Civil em vigor, cuja reprodução *ipsis literis* se faz pertinente “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. (...) Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz. (...) Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: ... III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (...) Art. 1.747. Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte; (...) Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.”

cumprir o presente trabalho, razão pela qual este será objeto de discussão aprofundada a partir de agora, a fim de que, no capítulo subsequente, estejamos devidamente municiados para o enfrentamento da questão relativa ao impedimento de contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória.

Entende representação considerável da doutrina que o referido inciso II do art. 1.641 da atual codificação civil seria inconstitucional, conforme demonstra o conteúdo do Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil, abaixo reproduzida:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁸³ endossam o posicionamento acima apresentado, conforme esclarecedores dizeres a seguir reproduzidos:

Concordamos integralmente com o conteúdo em questão. Primeiro porque o dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna, que tende a proteger a pessoa. Ademais, entendemos que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender. A justificativa de proteção dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Herdeiro não é profissão...

Maria Helena Diniz⁸⁴ lembra que pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos gozam de plena vivência e maturidade para tomar decisões relacionadas ao seu patrimônio, razão pela qual resta descabida a restrição que lhes impõe o legislador de casarem-se sob o regime da separação de bens.

⁸³ TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 5, p. 129.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, p. 190.

Maria Alice Zaratín Lotufo⁸⁵ também reputa como absurdo o comando inserto no inciso II do art. 1.641, concluindo que o legislador presumiu, de forma equivocada, a inépcia de pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos para distinguir, por conta própria, qual a verdadeira intenção de seu consorte.

Deise Maria Galvão Parada⁸⁶, em obra exclusivamente dedicada aos regimes de bens, classifica como vexatório tal comando proibitivo imposto pelo legislador, na esteira dos demais juristas supracitados.

Silmara Juny Chinelato⁸⁷ pondera que segundo pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a idade média do brasileiro está em franca ascensão, sendo maior do que aquela aferida no início do século passado, quando do advento do Código Civil de 1916, sendo, pois, no mínimo desatualizada a restrição imposta pelo legislador a pessoas erroneamente consideradas como detentoras de “idade avançada”.

Antonio Chaves⁸⁸ descortina, de forma peremptória, o equivocado propósito legislativo inserto no inciso II do art. 1.641 do atual Código Civil, merecendo reprodução de seus dizeres:

E preso a preconceitos tão remotos, entendia Clovis Bevilácqua que as pessoas que tivessem alcançado essa quadra da vida, teriam, só por isso, passado da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo.

De qualquer modo, concordamos plenamente com os pensamentos acima elucidados no sentido de ter errado o legislador ao impor tal comando restritivo. É de difícil compreensão a postura do legislador ao subestimar a capacidade de discernimento de pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos, restringindo-lhes a liberdade de escolha,

⁸⁵ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 108.

⁸⁶ PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de Bens entre Cônjuges*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002. p. 122.

⁸⁷ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 290.

⁸⁸ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil. Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. Tomo 1, p. 485.

sobretudo no início do terceiro milênio, em meio ao qual os avanços da medicina e da tecnologia da informação são capazes de proporcionar plena lucidez a pessoas com idade muitíssimo superior a esta.

Na verdade, mais do que de difícil compreensão, é inadequada, porque inverossímil, a postura do legislador civil, não havendo outra solução a ser proposta senão a supressão do inciso II do art. 1.641 da atual codificação privada, de modo a se permitir aos indivíduos com idade superior a 60 (sessenta) plena liberdade de escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem contrair matrimônio.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 209/2006 do Senador José Maranhão, em tramitação no Congresso⁸⁹, propõe justamente a eliminação do referido dispositivo legal, por entendê-lo atentatório à dignidade humana dos homens e mulheres com idade superior a 60 (sessenta) anos, ferindo, assim, os arts. 1º, III, 5º, I e X e 226 da Constituição Federal, dos quais decorrem o princípio da liberdade de constituir entidade familiar. Proposta similar apresenta, ainda, o Projeto de Lei nº 209/2006, do Senador José Maranhão, em tramitação no Congresso.

A despeito da inexistência de qualquer alteração, até o presente momento, do inciso II, do art. 1.641 do Código Civil em vigor, a jurisprudência já começa a se manifestar em favor da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, por ferir o basilar princípio constitucional da dignidade humana, à luz do entendimento apresentado, em 2003, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹⁰, cujo trecho da decisão segue abaixo transcrito:

A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

⁸⁹ Segundo informação obtida em 30 de julho de 2008 no site do Congresso (<http://www.congresso.gov.br>), em 25 de janeiro de 2007 o Projeto de Lei havia retornado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e estava aguardando designação do relator para instalação de Comissão para posterior distribuição.

⁹⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, Apelação 70004348769, julgamento proferido em 27 de março de 2007, relatora Desembargadora Maria Berenice Dias.

Adicionalmente, o Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil esclarece que pessoa maior de 60 (sessenta) anos que tenha iniciado convívio em união estável anteriormente à data em que completou tal idade não está obrigada a casar-se sob o regime patrimonial da separação legal: “*A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade*”.

O Enunciado subsequente, a saber, o de número 262, faculta aos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória alterar seu regime de bens, uma vez superada ou desaparecida a circunstância que motivou sua adoção: “*A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs*”.

Podemos concluir, com base no acima exposto, que é condenável a limitação imposta pelo legislador às pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, por intermédio do inciso II do art. 1.641 do atual Código Civil.

Sinaliza parcela majoritária da doutrina, contudo, até mesmo por omissão, serem aceitáveis as restrições impostas nos incisos I e III do mesmo dispositivo legal, cerceando-se aquelas pessoas que se casaram em situações irregulares (violação às condições suspensivas) e protegendo-se as pessoas que contraíram matrimônio em situações excepcionais, carecendo, pois, de suprimimento judicial.

Entretanto, o fato de permanecer válido o conteúdo dos incisos I e III do art. 1.641 do atual Código Civil e, portanto, de permanecer legítimo o regime da separação obrigatória para as hipóteses neles contidas, não significa, de modo algum, dizer que acertou o legislador ao proibir cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade, nos termos do art. 977 do mesmo diploma legal.

Até porque o que se pretende demonstrar no próximo capítulo é que independentemente do regime de bens escolhido pelos cônjuges, não haveria razão, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, para impedi-los de contratar sociedade entre si ou com terceiros, na medida em que, dentre outras razões, de acordo com o

princípio da intangibilidade do capital social, o patrimônio da sociedade não se confunde, em nenhum dos regimes de bens, com o patrimônio individual de cada um dos sócios que a compõem, sendo eles marido e mulher ou não, sendo este o objeto central de análise da presente obra.

V. SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

Uma vez conhecidos alguns dos principais aspectos jurídicos relacionados ao instituto da pessoa jurídica, ao fenômeno da limitação da responsabilidade intrínseco às sociedades (inclusive entre cônjuges), bem como aos regimes de bens concebidos pelo Código Civil em vigor, já é possível, a partir deste momento, iniciar o estudo do tema central da presente obra, a saber, a sociedade entre marido e mulher, sobretudo no contexto daqueles regimes patrimoniais em que o novel Código Civil não lhes permite empreender, a saber, o regime da comunhão universal de bens e o regime da separação obrigatória.

Para tanto, pretende-se fazer incursão à evolução histórica, sociológica e jurídica da matéria no Brasil e em alguns dos principais sistemas jurídicos de *civil law*, concluindo-se o presente estudo com análise crítica e sugestiva de seus futuros desdobramentos no Direito Pátrio.

5.1 Fundamento da Sociedade entre Cônjuges e Desdobramentos do Instituto à Luz do Direito Comparado

Assim como qualquer outro veículo societário, também a sociedade entre marido e mulher tem como principal função limitar a responsabilidade dos cônjuges empreendedores aos bens destacados de seu patrimônio pessoal e aportados para o exercício da empresa.

O sistema jurídico francês foi um dos precursores no estudo do tema, tanto em sede doutrinária como em ambiência jurisprudencial, sendo, ainda, aquele no qual a discussão adquiriu maior profundidade, merecendo, pois, maior atenção em nosso estudo.

Não obstante ter sido preliminarmente contra a constituição e a manutenção da sociedade entre marido e mulher, a França atualmente reconhece a legitimidade de tal espécie associativa.

Autores do tomo de Jean Escarra⁹¹ e Georges Ripert⁹², na década de 50, capitanearam o posicionamento doutrinário contrário à sociedade entre esposos, servindo de sustentáculo às decisões jurisprudenciais que antecederam as reformas verificadas posteriormente.

Segundo os referidos juristas franceses, o princípio da imutabilidade do regime matrimonial, até então vigente no art. 1.395 do Código Civil Francês, consistia no principal empecilho à constituição válida da sociedade entre consortes, na medida em que a constituição de tal espécie associativa infringiria o princípio acima mencionado, acabando por alterar o regime de bens estabelecido pelo casamento⁹³.

Outrossim, considerava-se a sociedade entre cônjuges um mecanismo potencializador de fraude contra credores, à luz do que nos reporta C. Houpin⁹⁴, ao discorrer sobre o tema.

Contudo, com o crescente clamor de doutrinadores do calibre de Lyon Caer et Renault⁹⁵, os quais ousaram questionar o posicionamento perpetrado pela doutrina e jurisprudência francesas até

⁹¹ ESCARRA, Jean. *Cours de Droit Commercial*. Nouvelle Édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952. n. 498 e 499, p. 306-307.

⁹² Convém transcrever trecho da obra de Ripert a que se faz referência, a fim de melhor ilustrar o posicionamento da época acerca da sociedade entre cônjuges, por sua vez corporificado nas palavras do sábio jurista: “*Bien qu’aucun texte ne prohibe lès sociétés entre époux et qu’il n’y ait dans lè Code Civil aucune disposition générale interdisant lès contrats entre époux (...), une jurisprudence déjà ancienne et fermement maintenue déclare ces sociétés nulles. (...) Même depuis la suppression de la puissance maritale et de l’incapacité de la femme mariée, lè mari reste lè chef de la famille e til a ladirection du ménage (art. 213, Civ.) (...) La société entre époux est nulle et la nullité est d’ordre public.*” (RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. n. 30-632, p. 283-285).

⁹³ Sustentavam Jean Escarra e Georges Ripert, em caráter secundário, que, apesar da inexistência de dispositivos no Código Civil Francês que proibissem as sociedades entre cônjuges ou até mesmo a celebração de contratos entre marido e mulher, a jurisprudência francesa imputava-lhes a condição de nulas, também pautada pelo art. 1595 do mesmo diploma legal, que veda a operações de venda e compra entre esposos.

⁹⁴ É oportuno trazer à colação passagem da obra de Houpin a que se faz referência: “*Sociétés entre époux, seuls ou avec des tiers – D’après la jurisprudence, um société ne peut exister valablement entre deux époux communs em biens, ou separe de biens, ou soumis à tout autre regime, parce que cette société conférerait à chacun de sés membres une égalité de droits incompatible avec l’exercise de la puissance maritale, et modifierait lès rapports d’intérêt existant entre eux, contrairement à la règle de immutabilité des conventions matrimoniales. Certains jurisconsultes nádmettent pas, em príncipe, que lès époux soient, à raison de cette seule qualité d’époux, incapables de former ebre eux une société après lè mariage; ils estiment que la société ne devrait être annulée que si elle avait eu pour but d’attribuer à la femme une indépendence contraire aux droits du mari, ou de modifier lès effects de leur regime matrimonial.*” (HOUPIN, C. *Traité General-Théorique et pratique des sociétés civiles et Commerciales*, 3. ed., t. I, L. Paris: Larose Editeur, 1899. n. 24, p. 20).

⁹⁵ RENAULT, Lyon Caen et. *Traité*. 3. ed. Paris: F. Pichon, 1900. t. III, n. 78. p. 62.

então, sobreveio, mais tarde, a irreversível positivação, no ordenamento jurídico francês, da sociedade entre marido e mulher, refletindo o reconhecimento jurídico de uma realidade cuja presença não mais se podia negar naquele país, por intermédio das cada vez mais inovadoras decisões jurisprudenciais acerca da matéria.

Conseqüentemente, a validade da sociedade entre consortes foi reconhecida em 1958, na França, concessão esta atrelada à condição de que os cônjuges não fossem indefinida e solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais em uma mesma sociedade.

Tal restrição acabava por impedir, indiretamente, que os consortes fossem sócios de uma sociedade em nome coletivo, cuja responsabilidade é ilimitada.

A Ordenança de 19 de dezembro de 1958, acima referida, foi posteriormente consolidada pela Lei nº 66.538, de 24 de julho de 1966, diploma legal que cuidou de eliminar eventuais dubiedades alegadamente deixadas pela redação do normativo anterior, ratificando, de forma peremptória, a faculdade atribuída aos cônjuges, na França, de contratar sociedade entre si ou com terceiros, conforme se depreende da precisa sinopse realizada por Alberto João Zortéa⁹⁶ ao dispositivo inserto na referida Lei nº 66.538, de 24 de julho de 1966, objeto da presente análise:

Ante o desprezo da proibição da espécie societária, o legislador não teve outro caminho senão dar suporte legislativo ao fato reinante e em ascensão, no que resultou a Ordenança de 19 de dezembro de 1958, (...).

(...)

Apesar da incorporação ao direito a sociedade em exame, o texto dá margem à dubiedade e a incertezas, pois as sociedades comerciais entre marido e mulher visa, principalmente, a limitação do risco comercial.

⁹⁶ O autor reproduz, ainda, de forma traduzida, o conteúdo da referida Ordenança de 19 de dezembro de 1958, demonstrando sua redação obscura e lacunosa, a seguir apresentada: “Art. 1º - No caso onde dois esposos participam conjuntamente na constituição duma sociedade, nos termos do presente artigo, as parcelas de capital, direitos e obrigações não podem ser julgados como doação simulada desde que as condições em que são reguladas por ato autêntico. Desde que dois esposos são simultaneamente membros duma sociedade cujas partes representativas do capital não podem ser cedidas senão na forma prevista no art. 1690 do Código Civil, as cessões feitas por um deles devem, para serem válidas, resultar dum ato através de contrato particular tendo adquirido data certa ainda que por morte do cedente. Art. 2º - Da data da entrada em vigor da Ordenança de 1958, alguma nulidade fundada sobre ato da presença de dois esposos na sociedade não poderá ser pronunciada, se as condições previstas na alínea 2ª do art. 1841 do Código Civil se acharem reunidas. (...) Como se depreende da leitura da ordenança renovadora, o direito francês acolheu a sociedade entre cônjuges, mas de uma forma pouco clara, que ainda serviu para dúvida na interpretação da nova lei.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 119-121.)

Foi, por isso, o assunto objeto de melhor meditação, para aparar as arestas da lacuna da obscuridade da lei, no que resultou a Lei nº 66.538, de 24 de julho de 1966, cujo texto vai abaixo reproduzido:

Dois esposos podem, sozinhos ou com outras pessoas, ser associados duma mesma sociedade, e participar, conjuntamente ou não, na gestão social. Todavia, esta faculdade não é permitida aos esposos, a um e ao outro, quando forem indefinida e solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais.

Michel de Juglart et Benjamin Ippolito⁹⁷ informa que a referida Lei nº 66.538, de 24 de julho de 1966, embora tenha consolidado o reconhecimento legislativo da sociedade entre marido e mulher na França, o fez de forma restrita, na medida em que ao estabelecer que esta espécie associativa não é admitida aos cônjuges “*responsáveis indefinida e solidariamente*” em uma mesma sociedade, restringiu-os à sociedade limitada, considerando-se que, à exceção da sociedade anônima, as demais espécies societárias alcançam, de forma ilimitada, os bens pessoais dos sócios.

Contudo, a restrição mencionada⁹⁸ foi posteriormente suprimida, por intermédio da lei de 23 de dezembro de 1985, que revogou parte do art. 1.832, al. 1, do Código Civil francês e passou a autorizar a contratação de sociedade entre consortes qualquer que seja a sua forma.

Na medida em que a França foi um dos países pioneiros no estudo da sociedade entre cônjuges dentre os sistemas jurídicos de *civil law*, tornou-se referência na maioria dos países com similar sistema jurídico, nos quais o tema também remanesce objeto de discussão.

Na Argentina, a exemplo da França, a Lei nº 19.550, de 3 de abril de 1972 (“Lei das Sociedades”), em seu art. 27, a seguir transcrito, reconhece expressamente que a mulher casada pode constituir, com seu marido, sociedade, seja esta limitada ou anônima⁹⁹:

⁹⁷ IPPOLITO, Michel de Juglart et Benjamin. *Cours de droit commercial*. 5. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975. Deuxième volume, p. 55.

⁹⁸ Nesse sentido, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Nelson Nery Jr. a respeito da matéria, retomando, de forma sucinta, o quanto exposto: “*Essa restrição desapareceu porque foi ab-rogada parte do CC fr. 1832-1 pelo art. 50 da L 85/1372, de 23 de dezembro de 1985, de modo que em França é permitida livremente a constituição de sociedade entre casados.*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 760).

⁹⁹ É propício transcrever trecho da obra do autor em comento: “*los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.*” (HALPERIN, Isaac. *Sociedades de responsabilidad limitada*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975. p. 31).

Art. 27 – Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiriera por cualquier título la calidad de sócio del outro em sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá transformarse em el plazo de seis meses o culquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro sócio o a un tercero em el mismo plazo.

Nota-se, por conseguinte, que o ordenamento jurídico argentino, conquanto tenha positivado a sociedade entre cônjuges, o fez com restrições, na medida em que, inspirado na Ordenança Francesa de 19 de dezembro de 1958, posteriormente aperfeiçoada pela Lei nº 66.538, de 24 de julho de 1966, proibiu a contratação de sociedade entre marido e mulher na qual os consortes assumissem responsabilidade solidária e ilimitada pelas dívidas sociais¹⁰⁰, sobrevivendo a conclusão de que somente por meio de sociedade limitada ou anônima poderiam os cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros.

Na Alemanha, a sociedade entre cônjuges é plenamente reconhecida e admitida na forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, conforme pontificam Adolf Baumbach, Alfred Hueck, Götz Hueck, Joachim Schulze-Osterloh e Wolfgang Zöllner¹⁰¹, em obra onde comentam a lei alemã de sociedades de responsabilidade limitada.

¹⁰⁰ Para melhor referência, esclareça-se que as sociedades nas quais a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais é solidária e ilimitada são a sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e a então sociedade de capital indústria, sendo esta última espécie societária que se formava entre pessoas, sendo que algumas delas contribuíam com os fundos necessários para uma determinada atividade ou operação mercantil e outras participavam com a sua indústria (trabalho) tão-somente. Era o que dispunha o art. 317 do Código Comercial (Lei nº 556/1850), revogado pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), não existindo mais esse tipo de sociedade no ordenamento jurídico brasileiro. Com relação à sociedade em comandita por ações, esta atribui apenas ao sócio comanditado a responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais. Contudo, esta espécie societária não foi objeto da referida restrição criada pelo ordenamento jurídico argentino, conforme esclarece Alberto João Zortéa, *in verbis*: “Estatui a lei que, no caso, são permitidas tão-só as sociedades limitadas e as por ações, servindo estas últimas de crítica porque estão incluídas as comanditas por ações e estas tem sócio de responsabilidade ilimitada (sócio comanditado) o que importará na violação do princípio inspirador do sistema francês, que veda para as sociedades entre cônjuges aquelas espécies que tenham, de qualquer modo, responsabilidade indefinida e solidária, com repercussão no patrimônio particular dos sócios.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 127).

¹⁰¹ “Na Alemanha, com fundamento no regime da comunhão universal de bem (BGB §1415) e a exclusão dos patrimônios privativo (BGB §1417) e reservado (BGB §1418) dessa mesma comunhão, a doutrina admite a sociedade entre marido e mulher, notadamente a de quotas de responsabilidade limitada.” (BAUMBACH, Adolf; HUECK, Alfred; HUECK, Götz; SCHULZE-OSTERLOH, Joachim; ZÖLLNER, Wolfgang. *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (Lei sobre as Sociedades de Responsabilidade Limitada Comentada). 16. ed. München: C.H. Beck, 1996, § 1.º, n. 36, p. 24, *apud* NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade – *Código Civil Comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 760).

Alberto João Zortéa reitera o anteriormente mencionado, à luz de seu magistério sobre a matéria, abaixo transcrito:

Na Alemanha, a sociedade entre marido e mulher é tradicional, existindo um número infinito delas na prática na espécie limitada, formadas unicamente entre cônjuges.

Também na Itália a sociedade entre cônjuges é admitida, conforme nos informa Alberto João Zortéa¹⁰², ao ponderar que tanto no antigo regime legal como após o advento do Código Civil italiano de 1942, sobretudo após a entrada em vigor da Lei nº 1.176, de 17 de julho de 1919, por meio da qual foi revogada a autorização marital.

Outrossim, Tullio Ascarelli¹⁰³ reitera que são raríssimas as ocasiões em que as sociedades entre cônjuges são consideradas nulas na Itália, na medida em que a jurisprudência italiana considera, via de regra, eventuais vícios verificados em tal espécie societária tão-somente como causa de irregularidade, não de nulidade, ressalvados, contudo, os vícios de forma.

Também em Portugal¹⁰⁴, apesar de inexistir previsão legal expressa a respeito, é facultado aos cônjuges contratar sociedade, desde que apenas um deles assuma responsabilidade ilimitada pelas dívidas da referida sociedade¹⁰⁵.

¹⁰² “De forma idêntica na Itália, tanto no antigo regime legal quanto pelo novo Código Civil de 1942, principalmente depois da Lei de 17 de julho de 1919, nº 1.176, que derogou a instituição da autorização marital (...)” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 128).

¹⁰³ “Pode-se acrescentar que, justamente em consequência da nulidade da sociedade entre cônjuges, a prática francesa conhece elevada porcentagem de sociedades nulas, raríssimas na prática italiana desde que se faça abstração dos vícios de forma que, aliás, a praxe italiana considera, geralmente, como causa de regularidade e não nulidade.” (ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 48).

¹⁰⁴ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 181.

¹⁰⁵ A embasar referida asserção, cite-se M. Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, a qual, ao se debruçar sobre as limitações à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges, no ordenamento jurídico português, ponderou o seguinte: “A solução encontrada foi a de proibir apenas a participação de cônjuges nas sociedades que envolvam a responsabilidade ilimitada dos sócios. Só nesse caso existe verdadeiramente o perigo de alteração patrimonial dos cônjuges. Todas as outras sociedades em que participem pessoas casadas são, pressupostamente, válidas.” (XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 241 (Tese para Doutorado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)).

Em Portugal, ainda, ressalte-se que o ingresso de um dos cônjuges em sociedade deve ser precedido de outorga do outro cônjuge.

Alberto João Zortéa¹⁰⁶, mais uma vez, resume com propriedade o tratamento dispensado à matéria pelo ordenamento jurídico português:

Não há texto claro que permita a constituição de sociedade comercial conjugal.

O tema é muito debatido no judiciário lusitano e as opiniões dos jurisconsultos se dividem a respeito.

A posição majoritária, não obstante, é dos que entendem que, não havendo disposição que proíba, é viável a sociedade comercial entre marido e mulher, nas sociedades comerciais de responsabilidade limitada, no regime de comunhão universal. Na de regime de separação, o problema se apresenta favoravelmente.

Diante do acima exposto, sobrevém a conclusão segundo a qual a sociedade entre cônjuges vem sendo largamente reconhecida e admitida como válida nos principais ordenamentos jurídicos do sistema de direito romanístico ou *civil law*, independentemente do regime de bens escolhido pelos consortes à época da celebração do matrimônio¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 139.

¹⁰⁷ Sem prejuízo das pesquisas e da análise apresentadas no presente trabalho, faz-se extremamente oportuno reproduzir abaixo breve sinopse de Alberto João Zortéa acerca do tratamento dispensado à sociedade entre cônjuges em alguns dos mais importantes sistemas jurídicos de *civil law*, demonstrando-se uma vez mais que é tendência mundial inegável sua aceitação e positivação: “Na colheita de subsídios o direito comparado oferece mais elementos elucidativos da sociedade sub judice:

Na América

Peru – Neste país é proibida a sociedade entre marido e mulher, consoante disposição do art. 1.339 do Código Civil do Peru, embora o seu art. 1.690 disponha que: ‘podem formar sociedade os que tenham capacidade para dispor livremente de seus bens.’

Venezuela – Este país possui um dos mais modernos Códigos Civis da América Latina, no qual os arts. 1.481 e 1.563 proíbem a celebração de contratos de compra e venda ou de permuta entre os esposos, porém, quanto à possibilidade de constituir sociedade comercial entre ambos não consta, fazendo supor sua admissão.

Uruguai – Embora a Lei nº 10.783 de 1946 tenha alterado profundamente a legislação no tocante aos direitos da mulher, a qual hoje desfruta de igualdade de direitos em confronto com os do marido, podendo ela sem autorização do marido ou judicial para o exercício de qualquer ofício ou emprego lucrativo, com plenitude nas relações pessoais dos cônjuges, a constituição de sociedade comercial entre eles ainda padece de dúvidas e incerteza quanto à sua eficácia.

México – Este país possui a respeito um direito muito liberal ao dispor o Código Civil de 1932 a possibilidade de revogar as doações entre cônjuges, na forma dos arts. 174 e 232 do mesmo Código. Ainda prevê o art. 180 do mesmo Estatuto legal que as Convenções matrimoniais podem ser celebradas antes e depois do casamento, com a única obrigação de ser levado ao Registro Público de Propriedade.

O Código em alusão apesar de dar uma completa liberdade de contratar os cônjuges, nenhuma referência faz na possibilidade de constituição de sociedade comercial entre eles, pressupondo-se a sua viabilidade.

Chile – Neste país, existem disposições severas nas relações matrimoniais, conquanto o art. 2.056, 2ª parte,

5.2 A Sociedade entre Cônjuges no Brasil

A sociedade entre cônjuges é um instituto de natureza invariavelmente controvertida no Brasil, remanescendo, até hoje, como objeto de discussão inconclusiva tanto no meio doutrinário como em ambiência jurisprudencial.

Com o objetivo de sistematizar o enfrentamento do referido tema, propõe-se seu estudo, no presente trabalho, da seguinte forma:

(a) anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 4.121/1962;

(b) após a entrada em vigor da Lei nº 4.121/1962, mediante a evolução dos direitos da mulher casada; e

(c) na vigência do Código Civil de 2002.

disponha que a sociedade lucrativa a título universal se permite entre os cônjuges, o art. 137 traz um rol de proibições à esposa fazendo deduzir que pelo Código Chileno não é possível a sociedade comercial entre o casal.

Na Europa

Suíça – O Código Federal Suíço das Obrigações no seu art. 13 estabelece que: ‘toda pessoa maior e capaz de discernir tem o exercício de todos os direitos civis.’

Respeitante aos contratos entre marido e mulher o art. 177 disciplina ‘que todos os atos jurídicos estão permitidos entre os esposos’ em razão do que, acrescidos de outros dispositivos legais, não há dúvida que as sociedades comerciais entre esposos são admitidas na Suíça.

França – Já vimos que neste país, a princípio, na sociedade mercantil ou entre esposos havia uma grande discórdia, a jurisprudência taxando-a de nulidade, enquanto que a doutrina na sua maioria, era pela adoção; hoje, operou-se uma grande transição, considerando-a válida, uma vez que não respondem os cônjuges indefinida e solidariamente pelas dívidas sociais conforme atrás demonstramos isso abundantemente.

Itália – O Código Civil de 1932 estabelece liberdade contratual aos casais, entretanto, o art. 160 diga que ‘os esposos não podem derogar nem os direitos que correspondam ao chefe de família nem aqueles que a lei atribui a um ou a outro dos cônjuges.’

Geram tais disposições do Código Civil uma certa insegurança, havendo disparidade de opiniões, mas na prática essa sociedade é largamente usada, com o consentimento e a tolerância do Judiciário.

Com essa demonstração parcial do que existe no direito estrangeiro, relativamente ao tema, podemos verificar que há divergência de pontos de vista, mas, que vagarosamente essas sociedades, ante a incidência vultosa em toda parte, vão conquistando progressivamente a sua adoção.” (ZORTÉA, Alberto João. A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 184-186).

5.2.1 A Sociedade entre Cônjuges antes da Lei nº 4.121/1962

Em 1914, adquiriram notoriedade os debates acerca da admissibilidade da sociedade entre cônjuges no sistema jurídico brasileiro, por intermédio do arquivamento, na Junta Comercial do Rio de Janeiro, do contrato social de V.S.C. & Cia., cujos únicos dois sócios eram marido e mulher.

Naquela ocasião, recusou-se o pedido de arquivamento do referido contrato social, alegando a Junta Comercial do Rio de Janeiro que a tentativa de constituição de V.S.C. & Cia. feria o art. 1º, inciso IV do Código Comercial, dispositivo vigente naquela data.

De acordo com o referido comando normativo¹⁰⁸, a mulher casada não podia comerciar por conta própria sem a prévia autorização marital, devidamente lavrada em tabelionato.

A referida decisão da Junta Comercial gerou notório celeuma entre os doutrinadores mais autorizados à época.

Iniciou-se, a partir de então, uma série de debates a respeito da validade de tal espécie societária, os quais foram revitalizados em 1927, quando a Junta Comercial do Distrito Federal negou solicitação de arquivamento à outra sociedade entre cônjuges.

O litúgio foi então submetido à apreciação do Instituto dos Advogados do Brasil, sendo constituída comissão de célebres juristas do tomo de Isidoro Campos, Antônio Magarinos Torres e Antônio Pereira Braga, deliberando, por intermédio de parecer¹⁰⁹, pela impossibilidade de constituição de sociedade entre marido e mulher, alicerçada em três argumentos principais, a seguir delineados¹¹⁰:

¹⁰⁸ Código Comercial (Lei nº 556/1850), art 1º, inciso IV, *in verbis*:

“Art. 1 – Podem comerciar no Brasil: (...) 4 – As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito anos), com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas por coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam de sua autorização.”

¹⁰⁹ A íntegra do parecer sob análise encontra-se disponível na *Revista Forense*, v. 50, p. 12, 1927.

¹¹⁰ Dessa perspectiva, é de suma importância a transcrição da passagem da obra de Alberto João Zortéa, na qual o autor faz preciosa síntese dos entendimentos sustentados pelo Instituto dos Advogados do Brasil relativamente à admissibilidade da sociedade entre cônjuges, à luz de parcela robusta da doutrina à época: “O parecer de Isidoro Campos e Magarino Torres. Os dois juriconsultos proferiram votos conjuntamente, sendo o primeiro relator e o segundo, membro. Em síntese entenderam os doutos advogados que a sociedade

(i) a existência de sociedade conjugal é, por si só, impeditiva da constituição de sociedade entre marido e mulher;

(ii) a iminente instabilidade de referida sociedade, na medida em que estaria constantemente sujeita à dissolução, quando quer que o marido pretendesse revogar a autorização à sua esposa para comerciar; e

(iii) pelo fato de depender do consentimento do marido para comerciar, não poderia a mulher demandar contra seu marido, sob a eventualidade de qualquer divergência decorrente das atividades sociais concretizadas pela empresa que pretendiam constituir.

Antônio Pereira Braga¹¹¹, embora voto vencido, analisou com perspicácia os argumentos apresentados pelos demais integrantes da comissão julgadora, manifestando-se, corajosamente, pela legitimidade da sociedade entre marido e mulher, amparado por correntes de pensamento do Direito mais modernas, sobretudo para sua época.

Ao passo que Isidoro Campos e Antônio Magarino Torres fundamentaram seu posicionamento no art. 1º, inciso IV do Código Comercial, Antônio Pereira Braga defendeu que o referido dispositivo legal aplicar-se-ia tão-somente ao exercício do comércio individual, não recaindo, portanto, sobre a contratação de sociedade, pela mulher, com seu marido.

Foi ainda além ao preconizar que a necessidade de autorização prévia do marido para que sua mulher pudesse comerciar não implicava qualquer proibição de contratar sociedade com seu marido.

mercantil entre consortes, casados em comunhão universal, tanto na doutrina como no judiciário oferece controvérsias de difícil solução. Fazem alusão aos princípios constantes do Códigos Espanhol de 1929, como no Português de 1833, que inspiraram o Código Comercial Brasileiro no art. 4º, que dispõe: 'As mulheres casadas, maiores de 18 anos, com autorização de seus maridos, poderão comerciar em próprio nome, provada por escritura pública'. Essa norma, entendem os doutrinadores, que é impeditiva para formar sociedade comercial entre eles, porque já existe a sociedade conjugal. Apontam, mais, que haverá anomalias que seriam inconciliáveis com o que determina o Código Civil: 1) Art. 335 seria distorcido em caso de dissolução da sociedade, que seria alterada, quando o marido entendesse revogar a autorização à sua mulher para comerciar; 2) A mulher casada não poderia demandar o marido, como sócio, em caso de desentendimento na sociedade, porque depende de consentimento do marido para isso. (...) Arrematam seu parecer com as opiniões, também, negatórias de J.X. Carvalho de Mendonça, em seu Tratado de Direito Comercial e Spender Vampré, no Tratado Elementar de Direito Comercial." (ZORTÉA, Alberto João. A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 144-143).

¹¹¹ Revista de Direito, v. 85, p. 327, ago. 1927.

Arrematou sua defesa¹¹² ressaltando que não havia qualquer disposição legal que expressamente proibisse marido e mulher de contratar sociedade, razão pela qual sua constituição deveria ser aprovada pelas Juntas Comerciais pátrias.

Convém salientar, contudo, que anteriormente à Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), a doutrina e jurisprudência majoritárias no Brasil defendiam a impossibilidade de constituição de uma sociedade entre cônjuges, em que pese a inexistência, à época, de qualquer diploma normativo que explicitamente proibisse marido e mulher de, conjuntamente, empreender.

Antes da entrada em vigor do referido Estatuto, esclareça-se que a mulher era considerada relativamente incapaz, sendo equiparada a maiores de 16 e menores de 21 anos, bem como com os pródigos e os silvícolas, nos termos do art. 6º do Código Civil de 1916¹¹³.

¹¹² Em que pese a sinopse do posicionamento de Antônio Braga da Silva apresentada, é de extrema pertinência a citação de passagem da obra de Alberto João Zortéa em que o jurista resume, com riqueza de detalhes, artigo publicado pelo mesmo Antônio Braga da Silva, por meio do qual são rebatidos um a um os argumentos contrários à sociedade entre marido e mulher apresentado por seus antagonistas:

“(…) Segundo Item. ‘A sociedade comercial entre marido e mulher é uma superfetação?’ O Dr. Isidoro Campos considerou tal sociedade uma redundância, entendendo que entre marido e mulher já existe a sociedade conjugal, por isso, impossível outra. Provou o Dr. Pereira Braga que não cabe confundir sociedade conjugal, onde ‘a propriedade e a posse dos bens é comum’ (art. 266 do Código Civil) e a sociedade mercantil, pelo art. 20 do mesmo Estatuto Civil, constitui pessoa jurídica distinta de seus membros componentes, com patrimônio em separado, exercido por esta, também, de forma independente dos sócios.’ Portanto, a sociedade comercial é pessoa jurídica, com direitos e obrigações próprios, a contrario sensu a sociedade conjugal não tem patrimônio próprio, nem é pessoa jurídica. O exame dos pressupostos do parecer vencedor, neste item, não resistia à crítica, por construído sob prismas falsos. (...) Afirmando os subscritores do aludido parecer que tal sociedade viria constituir uma maneira de fraudar o regime comunal de bens e dar prejuízos a terceiros. Em longas exposições de razões jurídicas o Dr. Pereira Braga desmantela os fundamentos de seus adversários, provando que o patrimônio da sociedade não se confunde com os privados dos sócios; o social não pertence aos sócios e sim à sociedade. É evidente, portanto, a separação de um patrimônio do outro. No social, não há comunal de bens no nosso sistema, porque as sociedades mercantis são personificadas, com exceção da conta de participação. No que respeita ao fato de dar prejuízos a terceiros, ainda é mais injustificável. Terceiros quando fazem uma transação comercial com uma firma social conhecem a situação existente. Os antagonistas partem sempre do pressuposto que a sociedade entre marido e mulher é constituída com o intuito de lesar direitos de terceiros, em benefício próprio. Tal fato pode existir em quaisquer tipos de sociedades, mesmo com terceiros, cuja irregularidade ou vício deve ser apurado na ocasião oportuna. (...) O posicionamento dos subscritores do parecer, dos Drs. Isidoro Campos e Antônio Magarino Torres retratava uma época em que a mulher dependia da tutela do marido para todo e qualquer negócio, considerada incapaz de enfrentar o tráfego dos negócios, ao passo que Antônio Pereira Braga demonstrou uma avanço enorme quanto aos direitos da mulher, que já imperava na Europa e se fazia sentir nos juriconsultos inovadores que estão com a realidade de cada época, e no caso em tela, de emancipação dos direitos da mulher. (...) Alinhando a favor de sua tese inúmeras opiniões doutrinárias do Brasil e no Direito Comparado, ele se convenceu de que a sociedade em estudos é perfeitamente permissível no nosso sistema, em qualquer regime de matrimônio, depois de desfazer as objeções dos antagonistas, que são claramente contrárias aos permissivos legais inerentes. Tivemos, assim, o privilégio de desfrutar das maravilhosas concepções de Antônio Pereira Braga que, em 1927, anteviu o posicionamento da doutrina que ora se respeita.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 148-152).

¹¹³ Note-se que foi justamente a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que suprimiu a menção à mulher no rol dos relativamente incapazes, no Código Civil, conforme transcrito a seguir: “Art. 6º. São incapazes,

Deste modo, anteriormente ao supramencionado diploma legal, a mulher casada dependia da autorização do marido para a prática de atos da vida civil, em meio a um universo de extrema subserviência ao poder marital que, em última análise, inviabilizava a constituição de sociedade entre cônjuges, pelo simples fato de que a sociedade igualaria dois indivíduos hierarquicamente diferenciados pela lei: o homem e a mulher.

Amador Paes de Almeida¹¹⁴ esclarece que a sociedade entre cônjuges não era permitida, à época, devido a sua incompatibilidade com as instituições de família vigentes.

Informa-nos o professor Fábio Konder Comparato¹¹⁵, em magnífica síntese doutrinária, que o arcabouço jurídico-ideológico dos juristas brasileiros da época remontava ao século XIX, quando a jurisprudência francesa já havia sedimentado seu posicionamento em favor da nulidade de sociedades comerciais de pessoas entre cônjuges:

É sabido que no curso do Século XIX a jurisprudência francesa firmou de modo absoluto o princípio da nulidade das sociedades comerciais de pessoas entre cônjuges, invocando não só os dois primeiros argumentos acima mencionados – a irrevogabilidade do regime de bens no casamento, e o princípio do poder marital – como ainda vários outros: o fato de que tais sociedades constituiriam um risco permanente para o patrimônio familiar; a proibição legal das vendas entre cônjuges (Código de Napoleão, art. 1.595); o princípio da revogabilidade das doações entre esposos (idem, art. 1.096); a necessidade de se defender o princípio majoritário no funcionamento das sociedades, dada a existência de dois sócios com uma única vontade (cf. Ripert e Roblot, Traité Élémentaire de Droit Commercial, tomo I, 6ª ed., n. 729).

Este posicionamento repercutiu no Direito brasileiro, inclusive com manifestação de Carvalho de Mendonça¹¹⁶, entendendo que se feria o poder marital e a imutabilidade do regime de casamento.

relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) II - os pródigos; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) III - os silvícolas. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962)”.

¹¹⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

¹¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Comentário de acórdão. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano X, n. 3, p. 91-92, 1971.

¹¹⁶ Cite-se as breves ponderações de Carvalho de Mendonça para ilustrar o pensamento tradicionalista da doutrina pátria até então contrário à sociedade entre cônjuges, tendo como principais pilares de sustentação a

Na esteira da doutrina e jurisprudência francesas, Priscila M.P. Corrêa da Fonseca¹¹⁷, sob uma perspectiva sistematizada, atribui aos seguintes fatores a longa oposição pela doutrina e jurisprudência pátrias à constituição de sociedades entre cônjuges:

a) *Em primeiro lugar*, porquanto, tornando-se sócios, em igualdade de condições, ou, ainda que assim não fosse, mas tendo ambos os poderes de gerência, o poder marital teria ofendido, em inequívoca violação à disposição legal - hoje revogada - que erigia o marido à situação de chefe da sociedade conjugal;

b) *Em segundo lugar*, argumentava-se que, sendo o casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, a sociedade não se justificava uma vez que dela não defluiriam quaisquer vantagens, quer para os cônjuges, quer para terceiros, como, v.g., os credores. Em relação aos cônjuges, assim se entendia porquanto os lucros do negócio seriam comuns, - existisse ou não a sociedade - e, quanto aos credores, porque a existência da sociedade não lhes acarretaria quaisquer vantagens adicionais.

c) *Em terceiro lugar*, caso o regime que presidisse o casamento fosse o da separação, seria nula tal sociedade, porquanto a sua constituição desvirtuaria o regime eleito, tornando comuns bens que o pacto antenupcial havia separado.

Diante do acima exposto, é possível concluir que as decisões jurisprudenciais anteriores ao advento da Lei nº 4.121/1962, tal como a manifestação do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 258, de 10 de maio de 1937, recusavam legitimidade à sociedade constituída entre cônjuges sob os argumentos de que a referida personalidade jurídica dela decorrente:

- (i) equiparava o homem e a mulher na gerência de aspectos relacionados à vida conjugal, ferindo o poder marital, seja qual fosse o regime de bens adotado pelo casal;

violação do poder marital e a deturpação do princípio da imutabilidade do regime de bens convencionado pelos cônjuges por ocasião do matrimônio: “A única sociedade permitida entre esposos é a universal, resultante do regime de casamento. Não lhes é lícito contrair sociedade comercial, por ofender antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos incompatíveis com os direitos do marido chefe do casal. Se o casamento é sob o regime de comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quanto aos primeiros porque o lucro dos negócios seria comum, houvesse ou não a sociedade. Quanto aos segundos porque as suas não melhorariam. Se o casamento obedece a outro regime, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedade, bens que o ato antenupcial separa. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos.” (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3, p. 118-119).

¹¹⁷ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Relações societárias entre cônjuges durante e após o matrimônio. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 58, p. 86, mar. 2000.

- (ii) sob o regime da comunhão de bens, prejudicava credores, na medida em que os bens sociais passariam a se confundir com os bens do casal; e/ou
- (iii) sob o regime da separação de bens, nula seria a sociedade, na medida em que sua constituição alteraria o regime matrimonial eleito pelos cônjuges quando da celebração do casamento, unificando a gestão de bens que não deveriam se comunicar, conforme convencionado entre eles por intermédio do pacto antenupcial.

Já em 25 de novembro de 1947, o Supremo Tribunal Federal iniciou verdadeira mudança de seu posicionamento acerca do tema, por meio de decisão da lavra do Ministro Hahnemann Guimarães, em face de Recurso Extraordinário 9.903¹¹⁸, passando a admitir a sociedade entre cônjuges, ainda que com determinadas restrições, as quais seriam posteriormente eliminadas pela própria evolução jurisprudencial, conforme ementa a seguir transcrita:

Não se pode considerar, em princípio, nula a sociedade entre cônjuges. É a natureza do regime matrimonial que permitirá verificar se é lícita essa sociedade. O contrato social celebrado entre cônjuges terá objeto ilícito apenas quando importar a mudança do regime matrimonial, ou quando retirar ao marido a direção da sociedade conjugal.

Entretanto, a Lei nº 4.121/1962, ao entrar em vigor, alterou de forma significativa o entendimento acima apresentado, conforme será demonstrado a seguir.

¹¹⁸ Ementa de decisão extraída do site do STF, no endereço virtual: <<http://www.stf.gov.br/portal/colac/listarColac.asp>>.

5.2.2 A Sociedade entre Cônjuges depois da Lei nº 4.121/1962 e a Evolução dos Direitos da Mulher Casada

O crescente processo de reconhecimento da autonomia da mulher¹¹⁹, desde o início do século XX, deflagrou sua participação de forma mais efetiva e equânime, em comparação ao homem, em todas as áreas do convívio social, sobrevivendo a necessidade da ciência do Direito em se adaptar a esta nova realidade, sobremaneira no que concerne ao papel desempenhado por cada cônjuge tanto no casamento como na composição do regime de bens do casal.

Reflexo da evolução do comportamento social, sobretudo com relação ao crescente processo de emancipação da mulher, a doutrina e a jurisprudência francesas assumiram, novamente, posição de vanguarda nas críticas à postura conservadora até então reinante na França, segundo a qual era vedado aos consortes contratar sociedade entre si ou com terceiros, pelos motivos já apresentados.

Fábio Konder Comparato¹²⁰, no mesmo trabalho previamente mencionado em que levantou as justificativas para a proibição, na França, de constituição de sociedade entre marido e mulher, apresenta-nos, de forma pontual, as críticas que as derrubaram e acabaram por consolidar novo posicionamento francês em favor da referida espécie societária:

Mas já de há muito a doutrina submetia tais argumentos, naquele país, a uma crítica esclarecedora. Quanto à irrevogabilidade do regime de bens no casamento, lembrava-se que o princípio não podia se considerar ofendido nas hipóteses em que a constituição da sociedade comercial precedia o casamento, e não lhe sucedia. No que se referia ao princípio da chefia da família pelo marido, a doutrina francesa sublinhava que ele nunca impediu pudesse o marido autorizar a mulher a praticar atos de alienação de bens ou de assunção de responsabilidades; ademais, toda a evolução do direito civil moderno, neste particular, vai no sentido do superamento do poder marital pelo princípio da colaboração entre os cônjuges em benefício da família. No que se referia ao risco excepcional que as sociedades comerciais entre cônjuges acarretariam para o patrimônio familiar, lembrou-se que a partir da introdução da sociedade por

¹¹⁹ Nesse sentido, leia-se o emérito jurista Paulo Salvador Frontini, *in verbis*:

“O processo de emancipação da mulher, sensível aos olhos de todos, está conduzindo a uma crescente e constante participação feminina em todos os setores da vida social. Ocioso seria destacar a influência desse fato no âmbito das atividades culturais, políticas, sociais e profissionais. E os reflexos dessas mutações já de algum tempo vêm-se manifestando no campo do Direito, com particular intensidade na disciplina do matrimônio e de seu regime de bens. Apenas para lembrar, cabe dar destaque à circunstância de que, hoje, no quadro das relações familiares, a mulher casada posiciona-se em nível de igualdade com o marido.” (FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Família e casamento: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 517).

¹²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Comentário de acórdão. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano X, n. 3, p. 92, 1971.

cotas de responsabilidade limitada, no direito francês, esse risco tornara-se muito relativo. Finalmente, quanto aos demais argumentos, replicava-se que a simples possibilidade de fraude não poderia fundamentar um regime de nulidade absoluta e geral, produzindo conseqüências de todo injustas, em casos particulares, (...). Ademais, se essa possibilidade de fraude existe nas sociedades entre cônjuges, estará ela porventura ausente das demais sociedades familiares, como aquelas formadas entre pais e filhos?

Tais críticas absolutamente sensatas, encontraram repercussão cada vez maior na jurisprudência francesa posterior a 1945, e acabaram sendo acolhidas pelo legislador.

Na esteira dos fenômenos sociais e de seus reflexos no universo jurídico francês, acima mencionados, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 4.121/1962, a partir de cujo diploma legal a mulher casada investiu-se de significativos novos direitos.

Por meio do art. 3º do referido diploma legal, estabeleceu-se a garantia pelos títulos de dívida de ambos até o limite da meação, mesmo que no regime de comunhão universal, conforme abaixo reproduzido:

Art. 3º. Pelos títulos de dívida de qualquer natureza firmados por um só dos cônjuges ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Adicionalmente, o art. 246 do Código Civil de 1916, sobretudo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 4.121/1962, *in verbis*, espancou qualquer dúvida quanto à livre disposição do produto do trabalho da mulher por si mesma, bem como com a incomunicabilidade deste rendimento com as dívidas contraídas pelo marido:

Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e II do art. 242. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962)

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962)

Assim, a Lei nº 4.121/1962 é considerada um divisor de águas na evolução dos direitos da mulher casada, reduzindo significativamente, a partir de então, a resistência à contratação de sociedade entre marido e mulher.

O homem deixou de ser, doravante, o chefe inquestionável do lar e da sociedade conjugal, na exata medida em que a mulher casada deixou de ser considerada submissa e relativamente incapaz, sobrevivendo equilíbrio entre os direitos e deveres dos consortes na constância do casamento.

A mulher passou a ser, por conseguinte, participe em igualdade de condições da sociedade conjugal, a partir do advento da Lei nº 4.121/1962, em razão do que este diploma legislativo é considerado como uma das maiores conquistas da mulher na sociedade brasileira do século XX.

No entanto, convém salientar que a evolução dos direitos da mulher casada foi lenta e gradual, sendo transpostas inúmeras barreiras para que se pudesse alcançar o harmonioso equilíbrio entre os direitos e deveres dos cônjuges na atualidade.

Sabe-se que o casamento, como instituição, ao longo da história passou por etapas distintas, tal como o estágio despótico, até chegar à forma contratual tal como o conhecemos hoje.

No estágio despótico, o matrimônio implicava uma distribuição desigual de direitos e obrigações entre os cônjuges, cabendo à mulher total submissão às vontades impostas pelo homem.

Na fase contratual, atualmente em prática, o casamento passou a ser celebrado mediante livre assentimento de ambos os consortes, sendo redistribuída e equalizada a assunção de prerrogativas e responsabilidades entre os pares.

Ainda no início desse estágio, a mulher dependia de autorização marital para o exercício de atividades comerciais, na medida em que se lhe atribuía função preponderantemente procriativa e de educação dos filhos.

Impulsionada pela influência cristã, cada vez maior, no matrimônio, a fase contratual prosperou buscando a reequilíbrio na distribuição de responsabilidades e atribuições entre os

consortes, atribuindo, gradualmente à mulher, a condição necessária para interagir com o marido em igualdade de condições.

Neste contexto, a mulher deixou de ter função submissa ao marido, tornando-se mais do que mero elemento de seu entretenimento e procriação da prole, partícipe indispensável no processo de tomada de decisões relativas à vida conjugal.

Na seara constitucional, a Constituição de 1824 iniciou o processo de evolução dos direitos da mulher ao dispor, em seu art. 179, XIII, o que segue:

Art. 179. (...) XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

A Constituição de 1891 ampliou a esfera de incidência do princípio da isonomia, extinguindo os privilégios das oligarquias e classes nobres, ao dispor conforme segue no mesmo dispositivo legal:

Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

A Carta Constitucional de 1934 atribuiu maior robustez aos direitos da mulher, ao mencionar, explicitamente, a proibição de qualquer distinção quanto ao sexo, *in verbis*:

Art. 113. (...) I. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

A Carta Magna de 1937 tratou de forma mais sucinta o princípio da isonomia, ao dispor simplesmente conforme adiante reproduzido:

Art. 122, 1º. Todos são iguais perante a lei.

A Constituição de 1946, por intermédio de seu art. 141, parágrafo 1º, apenas repetiu *ipsis literis* o comando inserto no art. 122, 1º, da Constituição de 1937:

Art. 141, 1º. Todos são iguais perante a lei.

O diploma constitucional de 1967 restabeleceu, de forma similar, a redação abrangente apresentada pela Constituição de 1934:

Art. 153. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

O mesmo texto foi repetido *ipsis literis* na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no art. 153, parágrafo 1º.

Em caráter definitivo, esclarece José Waldecy Lucena¹²¹ que a igualdade entre marido e mulher foi alçada ao estágio constitucional, nos termos do art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988, abaixo reproduzido:

Art. 226. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹²¹ Convém trazer à colação passagem em que José Waldecy Lucena descreve a evolução do processo de emancipação da mulher, culminando com o advento da Lei nº 4.121, de 1962, e sua consolidação no texto constitucional, associando a este processo evolutivo a paulatina admissão em ambiência doutrinária e jurisprudencial da sociedade entre consortes no Brasil, *in verbis*: “Ora, com o Estatuto da Mulher Casada, permitida a separação de patrimônios do marido e da mulher, independentemente do regime de bens do casamento, por óbvio que se ambos destinavam uma parcela de seu patrimônio para a integralização do capital da sociedade, surgia, a partir dessa destinação, um novo e único patrimônio, que era o da sociedade, completamente distinto daquele que conglobava os demais bens do casal, que continuava submetido ao regime de bens do matrimônio.

Naturalmente, se vislumbrado que a constituição da sociedade violava o regime de bens, em prejuízo da mulher e a benefício do marido, poderia pleitear, mercê da fraude do consorte, fosse declarada a anulabilidade da sociedade. Tais hipóteses, contudo, com a evolução que se seguiu, tornaram-se praticamente impossíveis, tanto que os repertórios jurisprudenciais não nas registram. É que, após a Lei nº 4.121, de 1962, teve a mulher ampliados seus direitos, ao cabo idênticos aos do marido (cf. Constituição, art. 226, parágrafo 5º), pelo que não exsurgia ao consorte a oportunidade de, burlando o regime de bens, via constituição de uma sociedade, apoderar-se de bens da mulher.

De igual modo, com a alteração introduzida pela Lei nº 4.121, de 1962, no art. 223, do Código Civil, o marido deixou de ser o chefe exclusivo da sociedade conjugal, passando a exercê-lo com a colaboração da mulher, valendo lembrar que ‘os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.’ (C.F., art. 226, parágrafo 5º).” (LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 246).

Deste modo, ao ser-lhe permitido (i) exercício de profissão lucrativa, (ii) incomunicabilidade de rendimentos auferidos no exercício de profissão lucrativa para pagamento de dívidas do marido, (iii) limitação de responsabilidade patrimonial por dívidas contraídas pelo marido até o limite da meação dos bens comuns e (iv) equiparação de direitos referentes à sociedade conjugal com o marido, a mulher passou a poder exercitar, livremente, o comércio e, conseqüentemente, a associar-se ao marido em uma mesma sociedade, na medida em que os bens empregados por cada qual para a integralização do capital social desvincularam-se dos bens do casal, passando a integrar, de forma absolutamente autônoma, o patrimônio da sociedade constituída.

Neste sentido, convém trazer à colação trecho de julgado da lavra do Ministro Victor Nunes Leal, proferido em 28 de novembro de 1968, no qual, por meio de preciosa coletânea e citação de algumas das mais importantes decisões judiciais relacionadas à matéria em estudo por diversos Estados do território nacional, é refletido o posicionamento jurisprudencial que começava a ganhar força, sinalizando a tendência de aceitação de nossos magistrados à constituição de sociedade entre marido e mulher, independentemente do regime de bens adotado¹²²:

Pela nulidade já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no RE 4.687 (6/5/41), R.F. 88/128, da antiga Segunda Turma, relator o Sr. Ministro José Linhares. Pela impossibilidade, quando o regime matrimonial seja o da comunhão, também se manifestou o Plenário, no MS 258 (10/5/37), relator o Sr. Ministro Ataúlpho de Paiva. No mesmo sentido, salvo quando houver outro sócio, decidiu a Segunda Turma, no RE 53.762 (2/4/65), R.T.J. 33/639 pela palavra do Sr. Ministro Vilas Boas.

Entretanto, a mesma Turma, em outro caso, RE 9.903 (25/11/47), R.F. 122/393, de que foi relator o Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, afirmou que 'não é nula a sociedade entre cônjuges, salvo quando tenha por fim alterar o regime matrimonial ou retirar do marido a direção da sociedade conjugal'.

¹²² Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 48, p. 255-256. Assim, entendemos que é bastante valiosa a pesquisa realizada e apresentada, em trecho da mesma decisão judicial, pelo relator Ministro Victor Nunes Leal, no qual nos é exposta, de forma sistematizada, referência à parte significativa da doutrina nacional e alienígena a respeito do tema até então, conforme abaixo reproduzido:

“Na doutrina, o debate tem sido caloroso, destacando-se, entre nós, o parecer contrário do Instituto dos Advogados, de 1927 (R.F. 50/14), com o veemente voto vencido de Antônio Pereira Braga (R. Dir. 85/336), desenvolvido por ele em estudo posterior (R.Dir. 87/16). Diversos aspectos do problema foram versados por outros autores, entre eles (pesquisa incompleta, realizada para o exame deste caso): J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado, 3/118 (2. ed.); Spencer Vampré, Tratado Elementar, 1/375; Waldemar Ferreira, Tratado, v. 2, n. 247; Ver. Jurídica 7/239; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, Soc. Por Quotas, 1/238 (2. ed.); João Eunápio Borges, Curso, 1/234, 236; Anacleto de Oliveira Faria, Soc. Com. Entre Cônjuges, R.F. 178/469; Gabriel Passos, parecer, A.J. 39/495. Da doutrina estrangeira, estes exemplos: Georges Ripert, Traité Élémentaire de Droit Commercial (1948), p. 250; Paul Pic, Dês Sociétés Commerciales (1925), 1/532; José Tavares, Sociedades e Empresas Comerciais (Coimbra, 1924), p. 76.”

Decisões de outros tribunais também já têm admitido a sociedade entre marido e mulher: Guanabara (então D.F.), acórdãos de 6/10/16. R. Dir. 42/191, de 29/4/37, R.F. 71/77; São Paulo, ac., de 21/10/48, R.F. 126/492; Pará, ac., de 18/8/44, R.T. 157/799; Piauí, ac. de 18/4/36, A.J. 39/127 (o segundo e o terceiro relativos à sociedade de capital e indústria).

Em pesquisa acerca da evolução jurisprudencial brasileira relacionada à matéria, José Waldecy Lucena¹²³ sinaliza que os Tribunais do Estado de São Paulo, até o início da década de 1970, mantiveram-se contrários à constituição válida de sociedade entre consortes, reputando-as nulas.

Contudo, após reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, alteraram seu posicionamento, passando doravante a considerar que, após o Estatuto da Mulher Casada, tornou-se tendência inelutável atribuir validade às sociedades constituídas entre marido e mulher, sustentando-se, de forma recorrente, que se aos cônjuges é facultado contratar sociedade com estranhos, parentes, até mesmo os filhos, seria um contra-senso não poderem fazê-lo entre si.

A corroborar o acima exposto, cite-se paradigmática decisão da lavra do Ministro Néri da Silveira, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, prolatada em 03 de fevereiro de 1989, em face de Recurso Extraordinário nº 108.728-5, cuja ementa segue abaixo reproduzida:

Recurso extraordinário. Execução fiscal. Penhora de bens de sócio. Embargos de terceiro. Reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade, quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova reconhecida nas decisões das instâncias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo à Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato

¹²³ “O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo, no entanto, de maneira surpreendente, mostrou-se retrógrado a respeito, sistematicamente considerando nulas as sociedades entre marido e mulher. Só a muito custo, sob influência de julgados do Supremo Tribunal Federal, passou aquela corte a mudar de orientação, afirmando, v.g., em aresto de 8 de maio de 1973, que ‘a tendência atual é para admitir sociedade entre cônjuges, máxime após a promulgação do Estatuto da Mulher Casada’, tendência que vem se mantendo na atualidade. Já no Tribunal de Justiça de S. Paulo, é vencedora a tese de que ‘se cada um dos cônjuges pode associar-se a estranhos, ou a parentes, inclusive os filhos, em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não se vê por que não possam fazê-lo entre si.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como no Estado do Paraná, a tese da admissibilidade de sociedade por quotas entre cônjuges também se entremostra vencedora, vindo a pêlo a menção de que o Instituto dos Advogados Brasileiros aprovou, por unanimidade, parecer de Rafael Augusto Mendonça Lima, segundo o qual, entre outras conclusões, ‘é permitida a sociedade civil ou comercial entre cônjuges’.

Do exposto, é de se concluir que a intensa elaboração da doutrina e da jurisprudência, mais desta, uma influenciando a outra em saudável reciprocidade, acabou, em lenta evolução, por extrapassar o rígido e vetusto cânone da nulidade de sociedades por quotas entre cônjuges, para, modernamente, esplender no asserto, de aceitação quase unânime, da admissibilidade irrefragável daquelas sociedades.” (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 250.).

social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. Embargos de terceiro procedentes. Súmula 279. Recurso extraordinário não conhecido.

Mencione-se, outrossim, decisão emanada da 12ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Desembargador Franciulli Netto, em 23 de setembro de 1983, em face de Embargos Infringentes 99.478-2, a corroborar a mencionada influência do Supremo Tribunal Federal na jurisprudência paulista a respeito do tema, analisando-se, inclusive, sob uma perspectiva econômica as sociedades entre cônjuges, conforme trecho segue a seguir colacionado:

A nulidade absoluta de tais sociedades, por outro lado, tem sido de modo preponderante, afastada pelo Excelso Supremo Tribunal federal (RTJ , 48/254, 68/247, etc). (...) De regra, de há muito, em nosso meio, sociedades desse tipo, no campo da economia miúda, nas microempresas, etc., desempenham papel útil e de inegável relevância. Não consta, por fim, que os representantes do Erário se neguem a receber tributos de sociedade desse jaez ou as não reconheçam em seus arquivos e assentamentos. Nem mesmo há barreira ao registro delas na Junta Comercial e assim por diante.

Segue esclarecendo, o jurista, que o Tribunal de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e do Paraná posicionam-se no mesmo sentido ao admitir a constituição de sociedades entre consortes sob sua jurisdição, baseando-se em posicionamento unânime do Instituto dos Advogados Brasileiros nesse sentido, publicado no Diário Comércio e Indústria de 03 de dezembro de 1980.

Em função disso, convém trazer à colação pequeno trecho ilustrativo de decisão emanada da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do Desembargador Pinto Coelho, em 27 de maio de 1975, em face de Apelação Cível nº 35.750, na qual utiliza-se o princípio da intangibilidade do capital social para reconhecer-se válida sociedade constituída entre homem e mulher, *in verbis*:

O marido, no caso, não passa de um sócio quotista, que também está formando bens reservados e sua atividade não comunga com o patrimônio do casal.

Adicionalmente, pesquisa jurisprudencial pormenorizada permitiu-nos identificar a aceitação da sociedade entre cônjuges também em outros Tribunais de Justiça do Brasil, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme ementa de decisão proferida pela Vigésima Primeira Câmara Cível, em 02 de setembro de 1998, a partir de Apelação Cível nº 598176550, cujo relator foi o Desembargador Marco Aurélio Heinz, abaixo reproduzida:

Apelação Cível. É perfeitamente legal a constituição da sociedade entre marido e mulher, consoante melhor doutrina e orientação hoje firmada pelo STF. Tendo falecido um dos sócios, sem apuração dos haveres e dívidas da sociedade, a sócia remanescente, que ficou com o saldo positivo sem quitação do passivo, tem responsabilidade penal e solidária pelos débitos. Apelo desprovido.

Na mesma toada, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme decisão da lavra do Desembargador Cercato Padilha, proferida em 23 de maio de 2002, em face de Apelação Cível nº 1999.021299-8, cuja ementa provida de excelente fundamentação em seguida transcrita, amparando-se no princípio da intangibilidade do capital social e conseqüente separação entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios que a compõem para admitir a irrestrita contratação de sociedade entre marido e mulher, sob pena de desconsideração da personalidade jurídica, caso reste comprovada a fraude:

Direito comercial - embargos de terceiro - sociedade por cotas de responsabilidade limitada - constituição por marido e mulher - possibilidade - teoria da desconsideração da personalidade jurídica - inadmissibilidade - ausência de fraude ou abuso de direito - penhora de bem da sociedade por dívida de sócio - declaração de nulidade da constrição - sentença confirmada - recurso desprovido. É possível a constituição de sociedade comercial exclusivamente por marido e mulher, não se podendo falar, a priori, em desconsideração da personalidade jurídica, salvo quando comprovado que esta tenha sido utilizada pelos sócios como instrumento para atingir o injusto, por meio de fraude ou abuso de direito. Por isso, é nula a penhora de bem integrante do patrimônio de sociedade comercial quando realizada nos autos de ação de execução ajuizada em face de um dos seus sócios, tendente à cobrança de dívida contraída somente por este, dada a regra insculpida no art. 20 do Código Civil, que reconhece a existência distinta das pessoas jurídicas e dos seus membros.

Por conseguinte, o advento do Estatuto da Mulher Casada serviu de diploma legal basilar para o assentamento jurisprudencial¹²⁴ em favor da livre constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil.

¹²⁴ Outra decisão paradigma relacionada à validade das sociedades entre cônjuges adveio do Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 1985, conforme extraído da Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 68, p. 249, cujo trecho da ementa segue colacionado adiante: “Sociedade por quotas. Marido e mulher, sócios exclusivos. Legitimidade. Sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos efeitos invalidantes de sua formação.”

De igual modo passou a se posicionar a doutrina nacional¹²⁵ após a entrada em vigor da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, encontrando no referido diploma legal o fundamento necessário para sustentar a admissibilidade da sociedade entre cônjuges entre marido e mulher.

¹²⁵ No exercício da defesa em favor da legalidade da constituição de sociedade entre cônjuges, após a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, cite-se, a título exemplificativo, Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 415-418 e João Eunápio Borges. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 153-154, contrariamente a juristas de tomo que se debruçaram sobre a matéria anteriormente à entrada em vigor Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, tais como José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 3, p. 118, e Waldemar Ferreira. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1954. p. 194 - os quais, a seu turno, entendiam que a sociedade entre cônjuges poderia violar o regime matrimonial de bens, mitigar o poder marital, subtraindo do homem o exercício da chefia conjugal ou, ainda, servir como mecanismo de fraude a terceiros -, em razão do que o supramencionado diploma legal passou a ser considerado verdadeiro divisor de águas no que diz respeito aos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial pátrios sobre a matéria.

5.2.3 A Sociedade entre Cônjuges na Vigência do Código Civil de 2002 de Acordo com o Regime de Bens Adotado

Conforme o magistério de autores do tomo de Silmara Juny Chinelato, a despeito e na contramão da gradual evolução doutrinária e jurisprudencial em favor da livre constituição de sociedade entre cônjuges¹²⁶, o art. 977 do Código Civil de 2002, a seguir reproduzido, restringiu essa atividade empreendedora entre marido e mulher:

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Por intermédio do art. 977, positivou o legislador do Código Civil de 2002 a faculdade aos cônjuges de contratar sociedade entre si ou com terceiros, excepcionando essa prerrogativa àqueles que tenham se casado sob o seguinte regime de bens: a) comunhão universal de bens; ou b) regime de bens da separação obrigatória.

A contrario sensu, o art. 977 do Código Civil de 2002 faculta aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros desde que casados sob os seguintes regimes de bens:

- a) comunhão parcial de bens;
- b) participação final nos aqüestos; ou
- c) separação convencional.

O referido comando normativo não encontra correspondente no Código Civil de 1916, o qual, por sua vez, não fazia qualquer restrição ao regime de bens para que os cônjuges pudessem constituir sociedade.

¹²⁶ Silmara Juny Chinelato clarifica, com precisão, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário acerca do retrocesso incorrido pelo legislador ao vedar a contratação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória ou da comunhão universal de bens, *in verbis*: “*Tanto uma como outra providência judicial são bastante onerosas para os interessados, razão por que o art. 977, além de representar uma involução lamentável da Doutrina e da Jurisprudência, nas quais há muito se admitia sociedade comercial ou empresarial entre cônjuges, caracteriza inadmissível intromissão do legislador na esfera de liberdade dos cônjuges (...)*” (CHINELATO, Simara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família* (arts. 1591 a 1710). Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 350).

Deste modo, resta inequívoca a ilação segundo a qual o art. 977 do Código Civil de 2002, embora pareça instituir uma faculdade, veio, em verdade, a restringir o regime anterior, impedindo os cônjuges de contratar sociedade quando entre eles estiver vigente o regime matrimonial da comunhão universal ou o da separação obrigatória¹²⁷.

Reitere-se que o objetivo da presente obra é, justamente, debruçar-se sobre a problemática circunscrita à restrição, positivada pelo legislador, relativamente à contratação e manutenção de sociedade entre cônjuges, entre si ou com terceiros, quando casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, não sendo, pois, aqui pertinentes, porque fora dos fins a que se propõe cumprir o presente trabalho, maiores digressões acerca dos elementos caracterizadores de cada um dos regimes de bens admitidos pelo Código Civil de 2002.

Justifica-se o comando restritivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002 do seguinte modo:

a) quanto à comunhão universal, a sociedade seria fictícia porque as quotas de capital de cada cônjuge não estariam separadas do patrimônio da sociedade conjugal, nem tão pouco os bens nela aportados, sobrevivendo o risco de prejuízo aos credores;

b) quanto à separação obrigatória, a distinção seria justificável por ser a sociedade, alegadamente, uma forma de burlar a proteção prevista no art. 1.641, II, do Código Civil em vigor, conferida às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade, inclusive para fins de sucessão.

Assim nos informa Ricardo Fiúza¹²⁸, Relator do Projeto do Código Civil:

¹²⁷ Silmara Juny Chinelato reitera que a sociedade entre cônjuges era livremente admitida anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, permissão essa conquistada por intermédio de paulatina construção doutrinária e jurisprudencial, realizada ao longo da segunda metade do século XX, conforme trecho de sua obra a seguir reproduzido: “*Cumprir enfatizar que a possibilidade de haver sociedade entre marido e mulher casados sob regime da comunhão universal de bens já era admitida pela jurisprudência. O novo Código retrocede na interpretação mais atualizada dos Tribunais.*” (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 340).

¹²⁸ FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 899.

No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria uma espécie de ficção, já que a titularidade das quotas do capital social de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada no âmbito da sociedade conjugal, da mesma maneira que todos os demais bens não excluídos pelo art. 1.668, a ambos pertencentes.

No que tange ao regime de separação obrigatória, a vedação ocorre por disposição legal, nos casos em que sobre o casamento possam ser levantadas dúvidas ou questionamentos acerca do cumprimento das formalidades ou pela avançada idade dos cônjuges.

Com relação à justificativa do legislador para as limitações impostas para cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, conforme restou exaustivamente demonstrado no capítulo anterior da presente obra, trata-se de comando proibitivo manifestamente inconstitucional, na medida em que se restringe indivíduos com idade superior a 60 (sessenta) quanto à escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem se casar, malferindo-se o princípio constitucional da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal vigente.

Por esta razão, está sendo proposta a extinção de tal previsão inserta no art. 1.641, II, do Código Civil tanto no Projeto de Lei nº 4.945/2005, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, como no Projeto de Lei nº 209/2006, do Senador José Maranhão, em tramitação no Congresso, conforme já discutido de forma pormenorizada no capítulo anterior da presente obra.

Por conseguinte, na medida em que inconstitucional o conteúdo do art. 1.641, II, do Código Civil, bem como a justificativa apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, deixaria assim de existir a única razão que impede os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade.

Ademais, não foi oferecido qualquer óbice pelo legislador, em sua exposição de motivos anteriormente reproduzida, à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória pelas razões listadas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil em vigor, já conhecidas e assimiladas no capítulo anterior.

Portanto, reitere-se que o fato de permanecer válido o conteúdo dos incisos I e III do art. 1.641 do atual Código Civil e, portanto, de permanecer legítimo o regime da separação obrigatória para as hipóteses neles contidas, não significa, de modo algum, dizer que acertou o legislador ao proibir cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade, nos termos do art. 977 do mesmo diploma legal.

Em última análise, ainda que legítimo e justificável o regime da separação obrigatória, isoladamente considerado, com base nos incisos I e III do art. 1.641 do atual Código Civil, descabida é a proibição imposta pelo legislador de contratação de sociedade por cônjuges casados sob tal regime matrimonial, por dois motivos principais, a seguir relacionados:

(i) a justificativa utilizada pelo legislador para tal comando proibitivo localiza-se no inciso II do referido dispositivo legal, o qual demonstramos ser inconstitucional, deixando, pois, de existir óbice à contratação de sociedade por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória; e

(ii) conforme será demonstrado a seguir, independentemente do regime de bens escolhido pelos cônjuges, não haveria razão, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, para impedi-los de contratar sociedade entre si ou com terceiros, na medida em que, dentre outras razões, de acordo com o princípio da intangibilidade do capital social, o patrimônio da sociedade não se confunde, em nenhum dos regimes de bens, com o patrimônio individual de cada um dos sócios que a compõem, marido e mulher ou não, sendo este o objeto central de análise da presente obra.

Superada a questão da proibição imposta pelo legislador para que cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória contratem sociedade, cumpre notar que os demais argumentos apresentados, conforme transcrição anterior, não se sustentam. Um simples exercício imaginativo é capaz de demonstrar isso.

Imaginemos, assim, uma sociedade criada por marido e mulher após o casamento com regime de comunhão parcial de bens, no qual os bens adquiridos na constância do matrimônio são comunicáveis. Tal como no temido e discriminado princípio da comunhão universal de

bens, também no exemplo que se fez antes (sociedade após casamento com comunhão parcial), chegaríamos à errônea conclusão de que teríamos uma "sociedade fictícia", embora tal circunstância seja admitida pelo art. 977 do Código Civil em vigor, em detrimento da sociedade contratada por cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens.

Conquanto seja este apenas o primeiro de uma série de argumentos a serem apresentados, por si só, o referido exercício imaginativo é capaz de demonstrar a fragilidade lógica desta linha de pensamento proibitiva das sociedades constituídas, sobretudo, por cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens.

Razões outras, ainda mais sólidas, sinalizam que não procede a argumentação segundo a qual a sociedade entre cônjuges poderia servir de subterfúgio para a constituição de uma sociedade unipessoal - não admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro - e, portanto, um expediente fraudulento para evitar-se a aplicação do princípio da ilimitação da responsabilidade do comerciante individual.

O inafastável princípio da intangibilidade do capital social, oponível inclusive, e principalmente, aos próprios sócios que a compõem¹²⁹, confere idoneidade à sociedade havida entre cônjuges, seja qual for o regime matrimonial por eles adotado, sobrevivendo sua legitimidade para usufruir do benefício da limitação de responsabilidade, assim como para qualquer outra sociedade validamente reconhecida.

Ademais, conforme demonstrado, a limitação de responsabilidade patrimonial dos cônjuges por dívidas contraídas pelo outro cônjuge até o limite da meação dos bens comuns, advinda com o Estatuto da Mulher Casada e incorporada pelo Código Civil, atribuiu, em caráter definitivo, clara autonomia e identidade às esferas patrimoniais individuais do homem e da mulher, ainda que casados sob o regime da comunhão universal de bens¹³⁰.

¹²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 191, 198 e 199.

¹³⁰ À luz do explanado, convém transcrever os ensinamentos do professor Fábio Konder Comparato, a respeito do tema: "Ademais, introduziu-se o princípio legal da limitação da responsabilidade do patrimônio conjugal pelas dívidas firmadas por um só dos esposos, qualquer que seja o regime de bens no casamento. (...) Tem-se aí que os dois principais argumentos expendidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras para declarar nulas as sociedades entre cônjuges deixaram praticamente de existir." (COMPARATO, Fábio Konder. Comentário de acórdão. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano X, n. 3, p. 92, 1971).

Outrossim, faz-se oportuno esclarecer que os sócios, ao integralizarem a parcela do capital social que se comprometeram a subscrever recebem, em contrapartida, quotas representativas do valor que cada qual efetivamente imobilizou em favor da atividade empresarial, sendo tais títulos mobiliários legitimamente reconhecidos como ativos passíveis de execução em caso de dívidas eventualmente contraídas pelos mesmos sócios¹³¹.

O patrimônio utilizado tanto pelo homem quanto pela mulher para adquirir participação em sociedade é tão-somente revertido em quotas.

Em outras palavras, ocorre simplesmente uma troca de ativos – dinheiro, bens e/ou direitos por quotas da sociedade, os quais continuam sob a exclusiva propriedade do homem ou da mulher que os aportou, quando da integralização de sua parcela no capital social subscrito.

Trata-se, por conseguinte, de exceção ao comando inserto no art. 1.647, I, já analisado no capítulo anterior da presente obra, segundo o qual nenhum dos cônjuges pode alienar ou gravar de ônus reais bens imóveis sem autorização do outro, exceto se casados pelo regime da separação convencional.

Nesse sentido, convém trazer à colação os esclarecedores ensinamentos de Modesto Carvalhosa¹³², a respeito dos princípios da imutabilidade e da intangibilidade do capital social de uma sociedade, segundo os quais os bens aportados na sociedade para adquirir parcela de seu capital social são tão-somente substituídos por quotas, as quais representam verdadeira dívida da sociedade para com seus sócios, no exato montante dos bens aportados, ao mesmo tempo em que permanece completamente isolada a esfera patrimonial da sociedade em relação à massa de bens de cada um de seus sócios, *in verbis*:

¹³¹ A partir dessa reflexão, cite-se Frontini, *in verbis*: "(...) facilmente se percebe que a formação do capital da pessoa jurídica - a sociedade entre os dois cônjuges - em momento algum esvazia o patrimônio de cada um dos cônjuges, ou o patrimônio comum do casal, pela simples e gritante razão de que, em lugar dos bens conferidos à sociedade, cada qual e ambos receberam outros bens em troca, ou seja, quotas societárias. Os credores do casal, ou de cada cônjuge, conseqüentemente, não podem assim alegar nenhum prejuízo nem nenhuma nulidade absoluta (de resto, não prevista taxativamente em lei)". (FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XX, n. 43, p. 42, jul./set. 1981.).

¹³² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 3, p. 522.

O capital social não é formado por uma massa separada do patrimônio ou por uma parte do ativo da sociedade, mas configura-se como um débito diante dos acionistas, razão pela qual consta do passivo no balanço, ainda que não exigível. Por outro lado, o capital é uma fictio juris estabelecida para a salvaguarda dos credores da companhia. (...) É dessa forma que a integridade do capital social representa garantia de estabilidade e possibilidade de cumprimento das obrigações assumidas pela companhia.

Diante do exposto, reputa-se por completo equivocada a crítica revelada pelo Deputado Ricardo Fiúza (acima transcrita), segundo a qual apenas os bens excluídos da comunhão pelo art. 1.668 do Código Civil em vigor (já analisado no capítulo anterior) estariam protegidos contra a “mistura patrimonial” decorrente dos bens aportados em uma sociedade, bem como as quotas representativas de seu capital social, posto que, conforme elucidado, opera-se uma simples substituição dos bens aportados na sociedade por outros ativos, a saber, quotas sociais de valor correspondente.

Isso porque, reitera-se, os bens utilizados para adquirir parcela do capital social da sociedade são tão-somente substituídos por quotas, as quais permanecem de propriedade exclusiva do sócio que as detém.

Quanto à destinação dos bens aportados, estes deixam a esfera patrimonial pessoal do sócio correspondente e passam a fazer parte da esfera patrimonial da sociedade, não podendo mais ser atingidos pelos credores pessoais do sócio que os aportou, mas tão-somente pelos credores da própria sociedade, conforme o já mencionado princípio da intangibilidade do capital social.

Adicionalmente, convém trazer à colação a íntegra do art. 978 do Código Civil de 2002, cujo teor serve de auxílio para melhor compreensão da matéria ora tratada:

Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

O referido dispositivo legal também vem causando celeuma no meio jurídico, na medida em que permite a alienação de bens imóveis da sociedade independentemente de outorga do outro cônjuge e qualquer que seja o regime do casamento¹³³.

O acertado conteúdo do art. 978 do Código Civil em vigor é útil para a presente obra na medida em que consolida os seguintes entendimentos:

(i) o postulado segundo o qual os bens pessoais dos cônjuges não se confundem, absolutamente, com o patrimônio da empresa de que são sócios; e

(ii) o postulado segundo o qual não se deve presumir como regra uma determinada categoria de atividade comercial como integralmente fraudulenta, mas sim como uma exceção remediável de forma pontual e individualizada, sendo estes os princípios basilares nos quais deve estar assentada a legitimidade da sociedade entre consortes.

A relativa resistência ao conteúdo do art. 978 do Código Civil de 2002 está também no desvirtuamento dos princípios acima formulados, presumindo-se, de forma generalizada, a possibilidade de ocorrer a transferência dos bens imóveis do casal em conferência de bens para a sociedade e, posteriormente, do cônjuge-sócio alienar os referidos bens visando à diminuição de patrimônio para a partilha.

Conforme pondera Arnoldo Wald¹³⁴, cujos dizeres seguem posteriormente reproduzidos, o comando inserto no art. 978 do Código Civil em vigor apenas reconhece uma decorrência inevitável da própria natureza da personalidade jurídica, servindo de mecanismo de separação entre a esfera patrimonial social e a massa de bens particular de cada um dos sócios que a compõe, devendo ser desconsiderada tão-somente em ocasiões excepcionais, onde reste comprovada a fraude ou demonstrado eventual desvio de finalidade:

¹³³ Trata-se de exceção ao art. 1.647, inciso I, do novo Código Civil.

¹³⁴ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, Livro II – Do direito de empresa (arts. 966 a 1.195) p. 67.

Acertou o legislador no regramento do art. 978. Embora fosse uma decorrência do sistema e das atribuições da personalidade jurídica, que não deve ser desconsiderada, sem justo motivo, foi oportuno explicitar a regra de Direito. Efetivamente, se os imóveis integram o patrimônio da empresa, a alienação dos mesmos não diz respeito ao cônjuge do empresário, uma vez que os bens pessoais do sócio, em princípio, não se confundem com o patrimônio da empresa. De qualquer modo, a permissão expressa na lei evita objeções posteriores, ainda que protelatórias.

Conforme presume, ainda, Arnaldo Wald¹³⁵, trata-se de um importante mecanismo de otimização da dinâmica comercial, sendo, pois, no mínimo impreciso tomar a exceção pela regra: na medida em que haja, efetivamente, prejuízo ao cônjuge por ocasião da partilha, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de medidas judiciais de tutela específica deste interesse.

Ademais, a inteligência do art. 978 do Código Civil de 2002 é no sentido de que qualquer alienação indevida por parte do empresário cônjuge o responsabilizará perante a sociedade e não em face de seu consorte¹³⁶.

Sem prejuízo dos sólidos argumentos apresentados em favor do reconhecimento da sociedade entre cônjuges, em última instância, em caso de fraude ou violação de direitos de credores, o legislador faculta aos magistrados lançarem mão de poderosos instrumentos, tal como a desconsideração da personalidade jurídica¹³⁷, analisada na presente dissertação, a fim

¹³⁵ Nesse sentido, convém reproduzir os ensinamentos de Arnaldo Wald, *in verbis*, a corroborar o acima exposto: “Ademais, a necessidade de outorga uxória para alienação de imóveis da empresa, numa hipótese de precaução exagerada, atentaria contra a celeridade que os negócios empresariais demandam e já no direito anterior não era exigida, embora a lei fosse omissa a respeito.” (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, Livro II – Do direito de empresa (arts. 966 a 1.195) p. 67).

¹³⁶ Faz-se oportuno reproduzir trecho do Código Civil Comentado, sob a coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim, onde é explicada, de forma precisa e não menos didática, a inteligência do art. 978, *in verbis*: “Por não integrarem o patrimônio do casal, o empresário casado, qualquer que seja o regime matrimonial de bens, poderá no comando da empresa, tomar medidas de gestão que visem ao benefício da sociedade, dentre elas alienar, ou gravar de ônus real, imóvel integrante dos ativos da empresa, devendo, para tanto, única e tão-somente respeitar as regras societárias estabelecidas para a prática de atos dessa natureza. A alienação indevida dessa parcela do patrimônio produz responsabilidade do empresário frente à empresa e não frente ao cônjuge remanescente.” (ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. IX, p. 129).

¹³⁷ FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XX, n. 43, p. 42, jul./set. 1981.

de resguardar os referidos direitos creditícios, o que de fato já vem sendo empregado pela jurisprudência pátria¹³⁸.

Conforme preleciona José Waldecy Lucena¹³⁹, independentemente de ser a sociedade constituída entre cônjuges ou não, o que deve servir como parâmetro balizador da anulabilidade de seu contrato ou da desconsideração de sua personalidade jurídica é a intenção dos sócios de fraudar terceiros.

Assim, faz-se oportuno citar a importantíssima ponderação de Paulo Salvador Frontini¹⁴⁰, na esteira dos ensinamentos do jurista Rubens Requião, a respeito da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento mais adequado, porque mais preciso, no combate à utilização da sociedade entre consortes para fraudar direitos de terceiros e, portanto, como mecanismo de conservação de tão importante espécie societária, ressalvada a necessidade de algumas adaptações por parte do leitor, na medida em que os referidos dizeres foram apresentados anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, *in verbis*:

¹³⁸ Cite-se, a título ilustrativo, sentença da lavra do então Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo na qual se valem os magistrados do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para conservar o instituto da sociedade entre cônjuges, ignorando-o tão-somente para corrigir fraude cometida por meio de seu uso desvirtuado, com o intuito de prejudicar terceiros, *in verbis*: “a) marido e mulher constituem uma sociedade por cotas; b) mantêm a sociedade sem qualquer patrimônio; c) assumem, em nome da sociedade, compromissos que nada tem a ver com o objeto social; d) deixam a sociedade com suas atividades paralisadas por muitos anos; e) executam em nome próprio os serviços que seriam da sociedade; f) não cumprem os compromissos assumidos em nome desta; g) executada a empresa, para fugirem às responsabilidades, alegam que a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros. (...) Existe, isto sim, apenas aparência de sociedade de sociedade. Está ela só estruturalmente formada. Em outras palavras, unicamente a estrutura formal da pessoa jurídica é que está sendo utilizada. Não tem a empresa, na realidade, vida própria. Confunde-se, visivelmente, com a de seus sócios-apelados, bem assim também o seu patrimônio.’ Por isso, autorizou a penhora de bens particulares dos sócios, em garantia da execução dirigida contra a pessoa jurídica da sociedade.” (Julgados TASPCv. 100/128 *apud* LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 248-249).

¹³⁹ Faz-se necessário, pois, reproduzir passagem de José Waldecy Lucena alusiva ao parágrafo objeto da presente nota de referência: “Nesse caso, contudo, ou seja, o de fraude contra terceiros, anulabilidade do contrato de sociedade não decorria do fato de ter sido ela constituída unicamente pelos cônjuges, mas sim como conseqüência da própria fraude, como ocorreria em qualquer outra sociedade, fraudulentamente constituída ou administrada. Uma e outra haviam de merecer controle judicial, mediante as ações de invalidade, seja por um dos vícios dos atos jurídicos em geral (fraude, simulação, erro, dolo), seja por infringência à lei, ou mediante aplicação da novel doutrina da desconsideração ou superamento da pessoa jurídica, caso os sócios se utilizassem da sociedade para a prática de atos lesivos a terceiros (CC/2002, art. 50).” (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 247).

¹⁴⁰ FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Família e casamento: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 527-528.

Assim, quando o juiz se convencer, em determinada lide, que a estrutura da pessoa jurídica foi armada para fraudar a lei, deverá reconhecê-la ineficaz apenas no caso concreto sob julgamento e tão-somente em relação aos efeitos cuja incidência a presença da personalidade jurídica obstará. Esta, parece-nos, a conclusão definitiva a que podemos chegar. A sociedade, civil ou comercial, entre cônjuges é válida. É anulável quanto à sua constituição, como qualquer ato jurídico. Sem prejuízo de sua validade, todavia, sua personalidade deve ser desconsiderada quando instrumento de fraude ou abuso, exclusivamente em relação aos efeitos cuja plena efetivação depende de transposição da pessoa jurídica.

Em razão das ponderações aqui elucidadas, parece-nos inadequada, porque tecnicamente imprecisa, a proibição inserta, pelo legislador, no art. 977 do Código Civil de 2002 de contratação de sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória.

Nessa perspectiva, convém trazer à colação os dizeres de Luiz Olavo Baptista¹⁴¹:
"Para constituir uma sociedade são necessárias duas pessoas e não dois patrimônios. Trata-se de uma proposta teórica que não pára em pé".

Pablo Stolze Gagliano¹⁴² também manifesta-se, de modo preciso e categórico, contrariamente ao comando proibitivo contido no art. 977 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

A impressão que se tem é de que a lei teria 'oficializado a figura do laranja'. Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de 'presunção de fraude' pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo art. 977.

Questiona-se, outrossim, se o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002 seria aplicável tão-somente aos cônjuges que quisessem contratar sociedade entre si, permitindo-se, *a contrario sensu*, que os consortes contratassem sociedade, individualmente, com terceiros.

¹⁴¹ Especialistas aprovam parecer, mas exigem mudança na legislação. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 17 set. 2003., Seção A9.

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil. *Valor Econômico*, 07 mar. 2003.

José Waldecy Lucena¹⁴³ entende que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil em vigor abrange não somente as sociedades constituídas exclusivamente entre cônjuges, como aquelas estabelecidas entre ambos os cônjuges e terceiros, de tal sorte que a simples figuração de um dos consortes como sócio de uma sociedade automaticamente desqualifica o outro a ser sócio da mesma.

Contudo, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) emitiu, ainda, o Parecer Jurídico n° 50/2003¹⁴⁴ por intermédio do qual assentou que a restrição do art. 977

limita tão-somente a constituição de sociedade entre cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória ou desses conjuntamente com terceiros, não indo tão longe a ponto de proibir que pessoas bastando serem casadas nesses regimes de bens estariam impedidas de individualmente contratarem sociedade, ainda que sem qualquer vínculo entre si.

A III Jornada de Direito Civil do STJ manifestou entendimento coincidente ao do DNRC, conforme Enunciado 205, abaixo transcrito:

Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

Ainda, outra questão pendente de conclusão refere-se a quais seriam as formas societárias abrangidas pela incidência do art. 977.

Apesar do art. 977 do Código Civil em vigor não fazer distinção, Arnaldo Wald¹⁴⁵ afirma que ela não se estende às sociedades simples, na medida em que o

¹⁴³ Faz-se oportuno reproduzir a interpretação de José Waldecy Lucena acerca da proibição estabelecida no art. 977 do novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002): “A restrição, cumpre à derradeira lembrar, alcança não somente as sociedades das quais participem os cônjuges como sócios exclusivos, mas também aquelas constituídas com terceiros. Ou seja, se um subscreve quotas de uma limitada, o outro cônjuges estará automaticamente impedido de fazê-lo”, *in verbis*. (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253).

¹⁴⁴ BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. *Parecer Jurídico DNRC n° 50/03*. Impedimento constante do art. 977 do Código Civil, restringe-se aos cônjuges entre si ou de ambos com terceiros em uma mesma sociedade. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/facil/Pareceres/pa50_03.htm>. Acesso em: 13 abr. 2006.

dispositivo em tela encontra-se disciplinado sob a rubrica da sociedade empresária, a saber: Livro II, Título I, (Do Empresário), Capítulo II (Da Capacidade) –, “*não alcançando, portanto, a sociedade simples que não tenha forma empresarial*”.

De forma antagônica ao posicionamento previamente esposado por Arnaldo Wald, Ricardo Fiúza¹⁴⁶ esclarece que aos cônjuges que não estejam casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória é facultado contratar tanto sociedade empresária como sociedade simples, à luz do quanto abaixo reproduzido:

A partir do novo Código Civil, o ordenamento jurídico permite, expressamente, a constituição de sociedade empresária ou simples entre marido e mulher, superando, assim, lacuna existente em nossa legislação e as divergências jurisprudenciais que vinham sendo objeto de acalorados debates pela doutrina.

Diante de todo o apresentado, sem prejuízo das diversas questões controvertidas que ainda mantêm vivos os debates a respeito da matéria, entende a melhor doutrina que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002 constitui significativo retrocesso¹⁴⁷ em relação ao Código Civil de 1916, ao vedar a estipulação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens (art. 1.667 do Código Civil em vigor) ou no regime da separação obrigatória (art. 1.641 do Código Civil em vigor), erigindo-se na contramão da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais já haviam consolidado harmônico entendimento em favor da inexistência de obstáculos para que o casal, independentemente de seu regime de bens, empreenda por intermédio do mesmo veículo societário.

¹⁴⁵ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, Livro II – Do direito de empresa (arts. 966 a 1.195). p. 66.

¹⁴⁶ FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 899.

¹⁴⁷ Nesse sentido, cite-se José Waldecy Lucena, *in verbis*: “A refutação a essa postura, inclusive com menção de que o próprio sistema jurídico fornece os meios para coibir eventuais fraudes em tais sociedades, foi feita ao item precedente, sendo nosso pensar, de conseqüente, que a dupla restrição imposta pelo Código importa em retrocesso em relação ao estágio, pretoriana e doutrinariamente, alcançado anteriormente à sua vigência.” (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 252).

5.3 A Discussão Específica acerca da Sociedade entre Cônjuges Constituída Anteriormente à Entrada em Vigor do Código Civil de 2002 e Ainda em Atividade

Prevê o art. 2.031 do Código Civil em vigor, alterado pela Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005¹⁴⁸, que as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007.

Em virtude do referido prazo de adaptação concedido por meio do art. 2.031 do Código Civil em vigor, adveio a necessidade de se definir se as sociedades formadas por cônjuges nos regimes matrimoniais proibidos pelo novel diploma civil, constituídas anteriormente à sua entrada em vigor - a saber, 10 de janeiro de 2002 -, estariam compelidas a adaptar-se, mediante uma das seguintes alternativas:

- (i) a retirada de um dos cônjuges da referida sociedade; ou
- (ii) por intermédio de alteração do regime de bens, na medida em que o art. 1.639, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal prevê essa possibilidade, mediante autorização judicial, em pedido motivado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Dessa maneira, impende mencionar que já há, no Direito brasileiro, decisões judiciais¹⁴⁹ autorizando a alteração do regime de bens do casamento com fundamento nas vedações introduzidas pelo art. 977, descortinando-se entendimento jurisprudencial, ainda que incipiente, em favor da supremacia da atividade econômica entre os casados.

¹⁴⁸ Prevê o art. 2º da Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005: “Art. 2º. Os arts. 54, 57, 59, 60 e 2.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: ... Art. 2.031: As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007.”

¹⁴⁹ Processo nº 00113454988, 3ª Vara da Família e Sucessões de Porto Alegre. Juíza Juscelana Lurdes Pereira dos Santos. 16 de julho de 2003.

Este posicionamento jurisprudencial mencionado justifica-se, em verdade, como expediente paliativo à proibição inserta no art. 977 do Código Civil de 2002, na medida em que, caso as sociedades constituídas anteriormente ao referido diploma legal não se adaptassem às suas disposições até 10 de janeiro de 2007, seriam, a princípio, consideradas sociedades em comum.

Sobreviria, nesse caso, a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratar pela sociedade, conforme as disposições constantes do art. 990¹⁵⁰ do novel Diploma civil brasileiro, à luz do que preleciona, a título exemplificativo, Nelson Nery Junior¹⁵¹.

Nesse sentido, convém reproduzir o entendimento manifestado pelo STJ, na IV Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado 394:

Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no CC 2031, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento.

Entretanto, desenvolveu-se sólida corrente doutrinária em favor do ato jurídico perfeito, objetando a compulsoriedade de alteração para sociedades constituídas em data anterior à entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Defende, a escola doutrinária acima mencionada, a aplicação da lei vigente à época em que a sociedade foi constituída - a saber, o Código Civil de 1916 -, de acordo com a qual a sociedade entre cônjuges era tacitamente admitida sob qualquer regime matrimonial, já tendo sido inequivocamente consolidado o negócio jurídico em questão.

¹⁵⁰ Código Civil (Lei nº 10.406/2002), art. 990: “*Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluídos do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.*” e art. 1024: “*Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.*”

¹⁵¹ Cite-se a esclarecedora passagem da obra de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, refletindo o entendimento de parte da doutrina pátria segundo o qual a sociedade que não se adaptar às disposições do Código Civil tempestivamente será considerada irregular: “*Caso a sociedade não promova a necessária adaptação, mantendo-se com determinada constituição contrária ao sistema do CC, será caracterizada como ‘sociedade irregular’ para todos os efeitos legais.*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 760).

O pilar de sustentação da referida corrente de pensamento remonta à própria sistemática de funcionamento do ordenamento jurídico, concebido para ser uma estrutura lógica e baseado em normas dispostas harmonicamente, de acordo com critérios de hierarquia e relevância das normas que o integram, sobre as quais se aplicam diversos princípios destinados a evitar a “insegurança jurídica”, ou seja, a incerteza a respeito de qual o comando normativo a ser utilizado para regular um determinado caso concreto.

Justamente com o escopo de salvaguardar o princípio da segurança jurídica o Decreto-Lei nº 4.567/1942 (Introdução ao Código Civil) dispõe, em seu art. 6º, que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados os seguintes postulados:

- (i) o ato jurídico perfeito;
- (ii) o direito adquirido; e
- (iii) a coisa julgada, dos quais os dois primeiros são de relevância para o presente estudo.

Posteriormente, alçando referido comando à condição de mandamento constitucional, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI¹⁵², previu-o expressamente, tornando-o norma de ordem pública e garantia fundamental.

A esse respeito, faz-se oportuno reproduzir, o magistério de Carlos Maximiliano¹⁵³, acerca do conceito de direito adquirido:

(...) o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em sentido contrário.

¹⁵² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁵³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 43.

Na lição de Maria Helena Diniz¹⁵⁴, o ato jurídico perfeito, por sua vez, é definido da seguinte forma:

O que já se tornou apto para produzir os seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os elementos necessários à sua formação, de acordo com a lei antiga.

Sendo o ato jurídico *lato sensu* o fato que, para se concretizar, depende da vontade humana, e ato jurídico perfeito aquele que, segundo a doutrina, foi consumado em conformidade com a lei vigente e, portanto, está apto a produzir efeitos, há que se considerar os contratos de sociedade e os estatutos devidamente regularizados e arquivados no registro público competente como atos jurídicos perfeitos, assim como quaisquer outros negócios jurídicos válidos praticados em estrita conformidade com a lei vigente ao tempo de sua celebração.

O raciocínio elucidado demonstra-se fundamental para a manutenção da segurança jurídica¹⁵⁵, na medida em que dirime qualquer incerteza que eventualmente possa recair sobre determinado ato jurídico praticado em consonância com as leis vigentes ao tempo em que foi levado a efeito.

De outro modo, a título exemplificativo, teríamos que considerar, equivocadamente, a incidência de lei de Direito penal punitiva sobre ato jurídico praticado anteriormente à sua entrada em vigor, sobrevindo prejudicial insegurança no Direito.

Esclarecedora e bastante explanatória é a ponderação de José Eduardo Martins Cardozo¹⁵⁶ sobre a matéria, merecendo sua reprodução a seguir:

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: disposições finais e transitórias*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22, p. 13.

¹⁵⁵ Hans Kelsen faz magnífica síntese doutrinária a esse respeito: “As leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque fere nosso sentimento da justiça infligir uma sanção, especialmente uma punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber se vincularia tal sanção.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 61).

¹⁵⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Retroatividade da Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 321-322.

A regra do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada nada mais é do que um princípio que assegura a sobrevivência da lei velha ou, em outras palavras, a ultratividade desta.

Com efeito, nestas hipóteses, mesmo após o término da sua vigência, a lei revogada continua a disciplinar tais situações ao longo do próprio período de vigência da lei nova. O direito antigo 'sobrevive', em última instância, ante a impossibilidade do novo diploma vir a prejudicar estas realidades pré-constituídas.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷ é a que segue transcrita:

Lei nº 8.030/1990. Efeitos retroativos sobre contratos anteriores à sua edição. Art. 5º, XXXVI, da CF/88. Ofensa Direta.

1. O controle de constitucionalidade exercido em hipóteses de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CF/88) pressupõe a interpretação da lei ordinária, cuja validade se pretende questionar, não havendo que se falar em ofensa indireta.

2. O despacho agravado fundou-se em jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal, no sentido de que, no nosso ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, não pode retroagir para alcançar ato jurídico perfeito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Diante desta interpretação apresentada pelo Supremo Tribunal Federal, conclui-se que existe, possivelmente, uma antinomia jurídica entre o art. 2.031 do Código Civil de 2002 e o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, na medida em que há um conflito entre duas normas, bem como entre os princípios por elas insculpidos, cuja solução passa, necessariamente, pela utilização dos princípios de harmonização de acordo com os seguintes critérios:

- (i) hierarquia (*lex superior derogat inferiori*);
- (ii) de cronologia (*lex posterior derogat priori*);
- (iii) de especialidade (*lex specialis derogat generali*).

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263161. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 8 de outubro de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 06 dez. 2003. Seção 1.

Já na edição de 1980 de sua obra *Direito Intertemporal*, Wilson Batalha¹⁵⁸ apontava a "questionável constitucionalidade" do conteúdo do equivalente ao art. 2.031 do Projeto, pela violação da proteção constitucional conferida aos direitos adquiridos¹⁵⁹.

Alinhado com os doutrinadores anteriormente mencionados, Antônio Jeová dos Santos¹⁶⁰ vai além ao preconizar que entre um relativo conservadorismo do Direito e a insegurança jurídica, deve-se evitar a segunda opção, por ter efeitos muito mais nocivos ao desenvolvimento das relações sociais.

Sem prejuízo de todo o supracitado, Luiz Antônio Rizzatto Nunes¹⁶¹ lembra, com clareza notável, que independentemente da natureza da lei infraconstitucional, não pode ela estender seu espectro eficaz a fatos já consumados em consonância com a lei vigente à época

¹⁵⁸ “O art. 2.088 do Projeto dispõe: ‘A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.079, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência do novo Código, aos preceitos deste se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.’ Trata-se de preceito de questionável constitucionalidade, que infringe o dogma de respeito aos direitos adquiridos.” (BATALHA, Wilson Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 399).

¹⁵⁹ É o que também defende o jurista Sergio Campinho, *in verbis*: “Porém a nova ordem só se aplica às sociedades que venham a se constituir após a vigência do novo Código, não se fulminando de nulidade as sociedades validamente contratadas segundo as regras contemporâneas ao seu surgimento, nas quais não havia a restrição ora traçada. E isso se faz em atenção ao princípio constitucional que garante não poder a lei prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. (...) A regra do art. 2.031 é aplicável, por exemplo, na hipótese de uma sociedade limitada, integrada por mais de dez sócios, que passa a ter assembleia geral como um órgão de deliberação obrigatório. Não serve, dessa feita, para nulificar uma sociedade validamente contratada pelos cônjuges anteriormente à vigência do Código. Nem seria o caso de forçar a conversão do regime de bens. A uma, porque, no caso da separação obrigatória, não há margem para a conversão; a duas, porque seria uma violência, não amparada pelo regime da comunhão universal, a alteração do regime de bens, como condição para manterem-se, validamente, sócios de uma mesma sociedade.” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56).

¹⁶⁰ Eis o pensamento de Antônio Jeová dos Santos, refletido, *in verbis*: “Nada disso, porém, pode servir como pretexto de se emprestar efeito retroativo às regras do Código Civil de 2002, porque a insegurança seria muito mais deletéria do que eventual imobilismo e estratificação do Direito. Os jurisdicionados necessitam estar seguros e terem certeza de que a lei posterior em nada modificará sua vida de relação e seus negócios, desde que tenham sido concretizados à época da lei revogada.” (SANTOS, Antônio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei nº 10.406/2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51).

¹⁶¹ “Mas acontece que não é a qualidade da lei que faz com que ela possa ou não retroagir. A Constituição Federal não deixa margem a dúvidas: as garantias estabelecidas contra a retroatividade das leis (o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, aplicam-se indistintamente contra qualquer espécie de lei. Não é porque uma lei é de ordem pública que ela pode retroagir, ferindo aquelas garantias. A Carta Constitucional fala apenas em ‘lei’, donde se pode inferir que está tratando de toda espécie de lei.” (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 171).

em que se aperfeiçoou, sob pena de ferir as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Na esteira do entendimento ora expandido, posicionou-se o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), em Parecer Jurídico 125/03¹⁶², por meio do qual resguardou as sociedades entre casados, constituídas antes da vigência do Código Civil de 2002, dispondo o seguinte:

(...) em respeito ao ato jurídico perfeito, essa proibição - a do art. 977 - não atinge as sociedades entre cônjuges já constituídas quando da entrada em vigor do Código, alcançando, tão somente, as que viessem a ser constituídas posteriormente. Assim, não há necessidade de se promover alteração do quadro societário ou mesmo da modificação do regime de casamento dos sócios-cônjuges, em tal hipótese.

Igual posicionamento foi oficializado na III Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça (STJ), organizado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., por intermédio de seu Enunciado 204, *in verbis*:

A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do novo Código Civil de 2002.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal¹⁶³ já havia se posicionado no mesmo sentido, à luz do preceito constitucional inserto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, na medida em que, sob a égide do Código Civil de 1916, não havia qualquer disposição proibitiva à contratação de sociedade por consortes casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória:

Recurso extraordinário. Execução fiscal. Penhora de bens de sócio. Embargos de terceiro. Reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O sócio não responde, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pelas obrigações fiscais da sociedade,

¹⁶² BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. *Parecer Jurídico DNRC 125/03*. Sociedade empresária entre cônjuges constituída antes da vigência do Código Civil, de 2002. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/facil/Pareceres/arquivos/Pa125.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 108728/SP. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 03 de fevereiro de 1989. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 nov. 1991. Seção 1.

quando não se lhe impute conduta dolosa ou culposa, com violação da lei ou do contrato. Hipótese em que não há prova (...) nas decisões das instâncias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo a Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que a obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou dos estatutos, por qualquer dos sócios. Embargos de terceiro procedentes. Súmula 279. Recurso Extraordinário não-conhecido.

À luz do posicionamento ora reproduzido tanto pelo DNRC como pela III Jornada de Direito Civil do STJ e por jurisprudência diversificada, o disposto no art. 977 do Código Civil em vigor será apenas aplicável para os cônjuges casados nos regimes da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória que vierem a constituir sociedade entre si ou com terceiros após 10 de janeiro de 2002, data de entrada em vigor do referido diploma legal.

Diante de todo o mencionado, conclui-se que remanesce objeto de discussão entre os operadores do Direito pátrio mais autorizados se as sociedades entre consortes casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória constituídas anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002 e que não se adaptem às suas disposições até 10 de janeiro de 2007 deveriam ser consideradas do seguinte modo:

- (i) sociedades em comum (sobrevindo a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratar pela sociedade); ou,
- (ii) com fundamento no ato jurídico perfeito, se não precisariam os referidos consortes alterar seu regime matrimonial, considerando que contrataram a sociedade em conformidade com a lei vigente à época - a saber, o Código Civil de 1916 -, de acordo com o qual a sociedade entre cônjuges era tacitamente admitida sob qualquer regime matrimonial, já tendo sido inequivocamente consolidado o negócio jurídico em questão.

Parece-nos, contudo, ser mais acertado o posicionamento em favor da existência de uma antinomia jurídica entre o art. 2.031 do Código Civil de 2002 e o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, sendo utilizado o princípio da *lex superior derogat lex inferiori* por significativa parcela dos operadores do Direito para se chegar à solução segundo a qual o comando inserto no art. 2.031 do Código Civil em vigor deve ser mitigado face ao comando contido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Posicionamento semelhante parece estar construindo a jurisprudência, ainda que de forma embrionária, conforme decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, datada de 12 de dezembro de 2007, da lavra do Desembargador Nascimento Povoas Vaz, em face de Apelação Cível nº 34.602-07, cuja ementa está reproduzida a seguir:

Embargos de Declaração. Suprimento de Omissão do Acórdão Embargado para apreciar questão neste não apreciada. Irretroatividade da norma contida no art. 977 do Código Civil atual, cujo comando não pode ser aplicado a contrato celebrado antes de sua vigência. Proibição que não pode atingir os cônjuges casados pelo regime de comunhão de bens e que se tornaram sócios em sociedade empresária.

No mesmo sentido, decisão proferida em 02 de junho de 2008, pela 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em face de Mandado de Segurança 6169695600, conforme trecho exibido:

A sociedade não está em constituição. Foi constituída antes da vigência do novel estatuto, sob as leis da época, que não proibiam sociedade entre cônjuges casados no regime da comunhão universal. A exigência viola o ato de constituição da sociedade, aperfeiçoado sob a lei da época. Vulnera o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, ex vi do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Acatá-la significa decretar o fim da sociedade, por impor a um dos sócios a obrigação de dela se retirar e ao outro o ônus da admissão de outro, quiçá na ausência de elemento fundamental affectio societatis. Deve o intérprete buscar o efetivo sentido da norma. Adaptar não significa destruir, eliminar. Adaptar é ajustar, é adequar. À lógica gramatical deve prevalecer a lógica do razoável, de que nos fala Recaséns Siches. Nessa senda, concludo que o art. 2.031 diz respeito à adaptação estrutural-formal da empresa. Algo muito distinto de reconstituição. Que, grosso modo, é o que os coatores estão a pretender. Dou a exigência por impertinente. Aliás, ilegal.

Nota-se, por conseguinte, tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a restrição contida no espectro normativo do art. 977 do Código Civil de 2002 deve alcançar tão-somente os cônjuges casados posteriormente à sua entrada em vigor, isentando-se aqueles que contraíram matrimônio sob a égide do Código Civil de 1916, de acordo com o qual não havia qualquer restrição a que cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória constituíssem sociedade, entre si ou com terceiros.

5.4 O Futuro do Instituto no Sistema Jurídico Brasileiro

Conforme demonstrado, por intermédio do Direito comparado, faz-se possível perceber, com clareza, a prevalência mundial da liberdade dos cônjuges para contratar sociedade, sem prejuízo do regime matrimonial que tenham escolhido para si.

Possivelmente, o Brasil seguirá a mesma tendência adotada por França, Alemanha, Itália, Portugal, Argentina e outros países do globo¹⁶⁴, haja vista ao Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza¹⁶⁵, que dentre muitas outras sugestões de mudança no Código Civil de 2002, acolheu proposta de Álvaro Villaça Azevedo, por meio do qual se propunha a alteração da redação do art. 977 do mesmo diploma legal, para suprimir sua parte final, a saber “*desde que não tenham se casado sob o regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória*”.

Em sua justificativa, cuja reprodução faz-se imprescindível, o Deputado Ricardo Fiúza¹⁶⁶ cita Álvaro Villaça Azevedo, *in verbis*:

A vida dos cônjuges nada tem a ver com o Direito de Família. São empresários e dirigem, ou não, a sociedade, de acordo com sua participação nela. O regime de bens valerá para ser argüido no momento da dissolução da sociedade conjugal (separação, divórcio e morte de um ou ambos os cônjuges). Os cônjuges não podem ser privados de realizar o negócio societário, sem restrições.

Registre-se, contudo, que, depois de muitos debates, o referido Projeto de Lei foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2007¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Cite-se, a título ilustrativo, passagem de obra de José Waldecy Lucena que contextualiza a criação do Projeto de Lei nº 6.960/2002, o qual sugere mudança no comando proibitivo inserto no art. 977 do novo Código Civil: “*Bem por isso, tem havido uma repulsa generalizada ao dispositivo, tanto que um dos projetos de alteração do Código Civil em trâmite no Congresso Nacional – o de nº 6.960, do Deputado Ricardo Fiúza -, propõe a sua modificação (...)*” (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 246).

¹⁶⁵ Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza.

¹⁶⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁷ Arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. DCD 01º de fevereiro de 2007, p. 142, col. 01, suplemento 01 ao 21.

Entretanto, o Projeto de Lei nº 276/2007¹⁶⁸, de autoria do Deputado Léo Alcântara, está em tramitação no Congresso e propõe a alteração da parte final do art. 977 do Código Civil em vigor.

Todavia, diferentemente do Projeto de Lei nº 6.960/2002, o Projeto de Lei nº 276/2007¹⁶⁹ menciona apenas a supressão do comando proibitivo inserto no art. 977 para as sociedades compostas por cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens, nada mencionando sobre o regime da separação obrigatória.

Por conseguinte, remanesce no Projeto de Lei nº 276/2007 a esperança de que, na esteira do melhor direito comparado e da evolução doutrinária e jurisprudencial nacional a respeito da matéria, seja positivada no Brasil a liberdade de contratação de sociedade entre cônjuges sem qualquer restrição quanto ao regime de bens adotado, ainda que este seja o da comunhão universal de bens ou o da separação obrigatória¹⁷⁰, sendo este o posicionamento que se procurou defender ao longo da presente obra.

¹⁶⁸ Segundo informação obtida em 30 de julho de 2008 no site do Congresso (<http://www.congresso.gov.br>), em 05 de março de 2007 o Projeto de Lei tinha sido encaminhado para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e estava aguardando apreciação conclusiva das Comissões.

¹⁶⁹ Nota-se, desse modo, substancial diferença entre as propostas apresentadas no Projeto de Lei nº 6.960/2002 e o Projeto de Lei nº 276/2007, na medida em que o primeiro permite o casamento entre marido e mulher casados pelo regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória, enquanto o segundo, mais restritivo, propõe tal permissão apenas para o regime da comunhão universal de bens.

¹⁷⁰ É o que traduz, de forma peremptória, Alberto João Zortéa, ao se referir ao então art. 1.014 do Projeto de Lei nº 634, de 1975, o qual posteriormente, fora convertido no art. 977 do novo Código Civil, *in verbis*: “A única vantagem é de ter dado curso à inovação no direito constituendo. Não preenchem de nenhuma forma as necessidades decorrentes da crescente prática do uso dessas sociedades. (...) Os dispositivos propostos, ao invés de melhorar a situação de tais empresas, ocasionam-lhes maiores entraves e sem atingir a alta finalidade delas, que é a de maior desenvolvimento comercial e superior entrelaçamento dos interesses econômicos dos casais, em benefício da família, como alto escopo social. (...) O direito constituendo nacional, portanto, é inoperante, cujo único mérito é o de ter dado início a uma solução que futuramente terá a amplitude e a flexibilidade que o caso exige. No campo jurídico, como movimento de eterna transformação, as modificações do direito positivo se iniciam sempre de modo tímido. Sob esse prisma, a sociedade mercantil entre marido e mulher vagarosamente vai conquistando o respaldo da lei, como imperativo de um fato já consumado e consagrado na prática. Nota-se que o legislador nacional já se inclina a meditar sobre o tema.” (ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 172-173).

VI. A SOCIEDADE ENTRE COMPANHEIROS NO REGIME DE UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Posto que não seja objeto direto de análise do referido trabalho – cujo objetivo é estudar a sociedade entre cônjuges no âmbito do art. 977 do Código Civil de 2002 -, inevitável se faz debruçarmo-nos sobre o questionamento, que vem ganhando vulto no meio doutrinário, sobre a possível extensão do comando proibitivo inserto no referido dispositivo legal (proibição aos cônjuges de contratar sociedade entre si ou com terceiros, se casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória) às sociedades entre companheiros.

Em verdade, praticamente inexistente doutrina expressiva a respeito da matéria, sobretudo por se tratar de tema cujas discussões, no Brasil, ainda engatinham em ambiência acadêmica e sequer se iniciaram no meio jurisprudencial, inobstante sua relevância.

Preliminarmente, insta recordar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, por intermédio da Súmula 380¹⁷¹, a existência de sociedade de fato entre pessoas que convivem com a intenção de constituir família, atribuindo-lhes o direito de partilha em relação ao patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A doutrina, ainda que de modo discreto, a exemplo de Edgard de Moura Bittencourt¹⁷², já preconizava, à época, que não havia qualquer óbice à contratação de sociedade

¹⁷¹ Súmula STF nº 380: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”. Ressalte-se que, desde meados do século passado foram promulgados inúmeros textos legais reconhecendo a legitimidade da união estável e equiparando, gradativamente, os companheiros aos cônjuges, dentre os quais destacam-se:

(i) o Decreto-Lei nº 4.737/1942 e a Lei nº 883/1949, com redação da Lei nº 6.515/1977, acerca do tratamento a ser dispensado aos filhos concebidos por ocasião extrínseca ao casamento;
(ii) o Decreto-Lei nº 7.036/1944, associado à Súmula 35 do STF, versando a respeito das conseqüências do acidente de trabalho para a concubina;
(iii) a Lei nº 4.242/1965, contemplando vantagens fiscais aos dependentes do contribuinte; e
(iv) a Lei nº 6.194/1974, contemplando benefícios de ordem previdenciária também aos companheiros.

¹⁷² “(...) *pode ocorrer que os concubinos estabeleçam, dentro de estritas normas legais, sociedade de direito, de tipo civil e comercial. Semelhante contrato poderá existir mesmo antes do concubinato. Nada impede sua validade. Nenhum dispositivo há na lei que lhe negue valor. É óbvio que os concubinos podem formar sociedade de direito, como quiserem, pois, a orientação já exposta, com base na doutrina e na jurisprudência, não os impede de contratar entre si. Mas, ao que não estão autorizados pelo direito, e nisso*

entre concubinos ou companheiros, na medida em que tal sociedade não tivesse objeto anti-jurídico e fosse constituída em estrita conformidade com as formalidades exigidas para a validação de qualquer outra espécie societária.

Paralelamente, a crescente jurisprudência em favor do reconhecimento jurídico da união estável deflagrou sua positivação na Constituição Federal de 1988, por intermédio do texto do art. 226, § 3º, e, mais tarde, nas Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996, ambas parcialmente retificadas pelo Código Civil de 2002.

Nesse sentido, convém salientar que é pressuposto indissociável à união estável, nos termos do art. 1.723¹⁷³ do Código Civil em vigor, a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Pondere-se, ainda, que resta também positivada a presunção de condomínio entre os companheiros, à luz do que preleciona o art. 5º da Lei nº 9.278/1996¹⁷⁴.

Em caráter suplementar, determina o Código Civil de 2002, em seu art. 1.725¹⁷⁵, que exceto sob a hipótese em que os companheiros tenham celebrado contrato escrito, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens aplicável aos cônjuges.

a liberdade de contratar se disciplina pela lei ordinária, é darem ao contrato objeto anti-jurídico. Assim será, por exemplo, o dever de coabitação e o de fidelidade, que não podem ser objeto de contrato.” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. 2. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 4, p. 149).

¹⁷³ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), art. 1.723: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*”

¹⁷⁴ Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, art. 5º: “*Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. § 1º Cessa a presunção do caput deste art. se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.*”

¹⁷⁵ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (novo Código Civil), art. 1.725: “*Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*”

Contudo, a fim de melhor analisarmos, do ponto de vista da ordenação patrimonial, a sociedade entre companheiros, convém dissecá-la em cenários distintos, a seguir discriminados, à luz do regime da comunhão parcial de bens, regime legal aplicável tanto aos cônjuges como aos companheiros, conforme já demonstrado:

(i) na hipótese em que um dos indivíduos adquira participação societária em empresa na qual um dos sócios seja seu companheiro, porém antes de com ele viver sob o regime da união estável, entendemos que as quotas ou ações por ele detidas, bem como os rendimentos delas decorrentes, não devem integrar o acervo patrimonial do casal, caso não tenha sido convencionado, por escrito, de forma distinta entre ambos, à luz do que preleciona o supracitado art. 1.725 do Código Civil em vigor;

(ii) na hipótese em que um dos indivíduos adquira participação societária em empresa na qual um dos sócios seja seu companheiro posteriormente à caracterização de convivência em união estável, entendemos que as quotas ou ações por ele detidas, bem como os rendimentos delas decorrentes, devem integrar o acervo patrimonial do casal, caso não tenha sido convencionado, por escrito, de forma distinta entre ambos, nos termos do art. 1.725 do Código Civil em vigor;

(iii) na hipótese em que ambos os indivíduos constituam sociedade anteriormente à caracterização de convivência em união estável, entendemos que as quotas ou ações por eles detidas, bem como os rendimentos delas decorrentes, não devem integrar o acervo patrimonial do casal, caso não tenha sido convencionado, por escrito, de forma distinta entre ambos, nos termos do art. 1.725 do Código Civil em vigor; e

(iv) na hipótese em que ambos os indivíduos constituam sociedade posteriormente à caracterização de convivência em união estável, entendemos que as quotas ou ações por eles detidas, bem como os rendimentos delas decorrentes, devem integrar o acervo patrimonial do casal, caso não tenha sido convencionado, por escrito, de forma distinta entre ambos, nos termos do art. 1.725 do Código Civil de 2002.

Estes seriam os cenários existentes, bem como as soluções propostas, caso os companheiros, reitere-se, tenham adotado, ativa ou passivamente, o regime da comunhão parcial de bens.

Contudo, a discussão de maior complexidade no enfrentamento da referida matéria circunscreve-se à convivência em união estável sob o regime da comunhão universal de bens, na medida em que se trata de regime patrimonial sob a égide do qual os cônjuges são expressamente proibidos de contratar sociedade, entre si ou com terceiros.

Eis a razão para o questionamento se o referido comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002, expressamente aplicável aos cônjuges, seria extensível ou não aos companheiros, porquanto o referido dispositivo legal tenha silenciado a respeito dos indivíduos que convivam sob o regime da união estável.

Nesse sentido, poder-se-ia argumentar em favor da inconstitucionalidade de tratamento mais benéfico à união estável do que ao casamento, com base no art. 226, § 3º da Constituição Federal, ora transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Partindo-se da premissa de que a Constituição Federal determina que se facilite a conversão da união estável em casamento poderia significar, portanto, que a entidade familiar é instituto hierarquicamente superior à união estável sendo que qualquer benefício que a lei infraconstitucional conceda aos companheiros, excedendo as vantagens do casamento, deveria ser reputada como inconstitucional.

Todavia, entende-se mais adequada, do ponto de vista técnico-jurídico, argumentação antagônica segundo a qual o comando inserto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, anteriormente reproduzido, tão-somente quer evitar que a lei ordinária dificulte a conversão da união estável em casamento, não se podendo inferir de

tal raciocínio, em nenhum momento, que o referido dispositivo teria também o escopo de positivar hierarquia entre a união estável e o casamento.

Em função disso, cite-se decisão judicial da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, relator Ricardo Raupp Ruschel, em face de Agravo de Instrumento nº 700020389284, datada de 12 de setembro de 2007, *in verbis*:

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do art. 226 que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei nº 8.971/1994 e Lei nº 9.278/1996).

Adicionalmente, conforme detalhado, esclareça-se, desde logo, que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer proibição expressa quanto à contratação de sociedade entre companheiros, razão pela qual entende o posicionamento doutrinário ainda incipiente a respeito da matéria que, por se tratar de comando restritivo de direito inserto no art. 977 do Código Civil de 2002, não deveria ser estendido às sociedades eventualmente constituídas entre companheiros que convivam sob o regime da comunhão universal de bens, salvo se restar comprovado que a referida espécie societária serviu de instrumento de ocultação de liberalidade de quem comete adultério ou, por qualquer modo, em prejuízo de terceiros, sob pena de enfraquecimento da segurança jurídica indispensável ao funcionamento de qualquer sistema jurídico que se pretenda eficaz.

É exatamente essa a interpretação de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery¹⁷⁶ a respeito da matéria, conforme transcrito:

Norma que restringe direitos não pode ser interpretada ampliativamente. A restrição da norma comentada não atinge a sociedade comercial entre conviventes, que em princípio é válida e eficaz, contanto que o aporte de capital de cada um deles seja efetivo e real e não esconda, v.g., ato de liberalidade (doação etc.) de casado à pessoa com quem comete adultério.

¹⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759.

A corroborar o anteriormente expandido, cite-se o precioso ensinamento de Arnaldo Wald¹⁷⁷ a respeito da matéria, ao defender a não aplicação do comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002, considerando-se que “*por ser norma que restringe direitos, não há como estender a vedação aos conviventes que entre si estabeleceram uma união estável*”.

Por conseguinte, a tendência doutrinária ainda embrionária a respeito da matéria, sobretudo com relação à doutrina civilista, vem sendo edificada em favor do posicionamento segundo o qual a disciplina proibitiva do art. 977 do Código Civil em vigor não deve ser estendida analogicamente às sociedades entre companheiros, na medida em que, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto a interpretação extensiva quanto a analogia, sobremaneira *in malam partem*, devem ter sua aplicação mitigada, em razão do que seria facultado àqueles que convivem em união estável contratar sociedade, independentemente do regime de bens sob a égide do qual estejam convivendo.

A reiterar as ponderações de natureza hermenêutica apresentadas, imprescindível são os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁷⁸, *in verbis*:

A interpretação restritiva, por vezes, se impõe por si como a mais conveniente, como é o caso das normas excepcionais. Com a extensiva isto não sucede pois há aí uma valoração, pelo intérprete, das situações é mais ostensiva e radical.

De certo modo, a doutrina percebe que, nesses casos, o intérprete altera a norma, contra o pressuposto de que a lei deve ser fiel – o mais possível – ao estabelecido na mensagem normativa. Este reconhecimento cria dificuldades de justificação e a própria dogmática costuma impor limitações ao uso da interpretação extensiva. O contrário sucede com a restritiva, caso em que a doutrina, às vezes, impõe o seu uso.

Assim no caso dos direitos fundamentais e das normas penais, o princípio de que não há crime sem lei prévia obriga o intérprete a evitar interpretações extensivas, procurando cingir-se à mera especificação.

¹⁷⁷ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, Livro II – Do direito de empresa (arts. 966 a 1.195). p. 66.

¹⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 296.

Em caráter complementar, mencione-se os profícuos ensinamentos de Miguel Reale¹⁷⁹ a respeito da parcimônia e cautela necessárias na utilização dos métodos de integração do ordenamento jurídico, os quais devem tão-somente reconstituir a vontade pretendida pelo legislador por intermédio da mensagem normativa inserida na lei, não devendo, sob nenhuma hipótese, proliferar o alcance e a extensão de uma norma naquilo que ela não dispõe ou sequer dê a entender que pretendeu dispor.

Na França, nação pioneira e tida como referência no estudo da sociedade entre cônjuges, sendo, ainda, um dos únicos repositórios do direito comparado romanístico onde encontrar estudos acerca da sociedade entre companheiros, sobretudo com relação ao entendimento jurisprudencial acerca da matéria, Beucher¹⁸⁰ informa-nos que a jurisprudência francesa, desde o início do século XX, posicionou-se de modo favorável à validade de sociedades entre companheiros, desde que referida espécie societária não seja contratada com o propósito específico de formalizar relações ilegítimas entre ambos.

Outrossim, o jurista francês Hémard¹⁸¹ pondera que a sociedade eventualmente contratada entre concubinos deve produzir os mesmos efeitos de qualquer outra sociedade constituída, sendo responsabilidade dos tribunais convalidar sua legitimidade.

¹⁷⁹ “É preciso, com efeito, ter muita cautela ao aplicar-se a analogia, pois duas espécies jurídicas podem coincidir na maioria das notas caracterizadoras, mas se diferenciarem em razão de uma que pode alterar completamente a sua configuração jurídica. Essa nota diferenciadora, como a teoria tridimensional o demonstra, pode resultar tanto de uma particularidade fática quanto de uma específica compreensão valorativa: em ambos os casos o emprego da analogia não teria razão de ser. Já os romanos advertiam com sabedoria: *mínima differentia facti máximas inducit consequentias júris*. É disso que não se apercebem os advogados inexperientes, aplicando afoitamente, a um caso dotado de qualidades peculiares, a solução normativa válida para hipóteses aparentemente análogas, esquecendo que uma pequena diferença de fato pode implicar grandes diferenças de direito.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 299).

¹⁸⁰ Cite-se trecho da obra de Beucher a corroborar o exposto: “*Nous savons que les sociétés de fait entre époux sont frappés de nullité par la jurisprudence; cette dernière admet au contraire la validité des sociétés entre concubins, à condition toutefois qu’une telle société ne soit pas établie entre deux personnes dans le but unique de maintenir entre elles des relations illégitimes que l’une chercherait à rompre.*” (BEUCHER, Jean. *La notion actuelle du concubinage: ses effets à l’égard des tiers*. 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932. p. 96).

¹⁸¹ “E invocando Hémard: ‘Os concubinos podem formar sociedade entre eles próprios, com o fim de colaborarem em empresa ou de partilharem benefícios. Nada se opõe ao valor jurídico dessa sociedade, que produzirá os mesmos efeitos de outras e caberá aos tribunais reconhecer sua existência.’” (HÉMARD, Joseph. *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1926. p. 166 *apud* BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. 2. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969. v. 4, p. 148).

Sem prejuízo do supracitado, reitere-se o caráter incipiente do estudo da matéria em ambiência nacional e inclusive estrangeira, em detrimento de sua relevância, ficando a expectativa de que ela possa ser objeto de inúmeros estudos autônomos em trabalhos exclusivamente a ela dedicados, partindo-se disto o desenvolvimento doutrinário desejável e necessário para iluminar os operadores do direito no manuseio, de forma apropriada, de quaisquer matérias em torno das quais orbite o embrionário instituto da sociedade entre companheiros, dado o fato de, até o presente momento, serem escassas, para não dizer quase inexistentes, as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, em profundidade, a seu respeito.

CONCLUSÃO

Diante de todo o estudo apresentado, fazem-se pertinentes algumas considerações conclusivas acerca do tratamento dispensado à sociedade entre cônjuges¹⁸², seja sob a lente do direito alienígena ou do direito pátrio, por intermédio do comando inserto no art. 977 do Código Civil de 2002.

O estudo do Direito estrangeiro possibilitou-nos concluir que em diversos países a sociedade entre consortes é largamente admitida, sobretudo na França, Alemanha, Itália, Argentina e Portugal, conforme restou demonstrado no presente trabalho.

Nestes países, a admissibilidade da sociedade entre marido e mulher provou ser reflexo de uma profusão de fatores intrinsecamente relacionados, dentre os quais se destacam:

- (i) o crescente processo de emancipação da mulher ao longo do século XX, associado ao desenvolvimento de correntes de pensamento jurídicas modernas;
- (ii) o questionamento, por referidas correntes jurídicas vanguardistas, dos dogmas de (ii.a) superioridade do poder marital, (ii.b) de presunção generalizada de tal espécie societária como veículo de fraude a terceiros e, ainda, (ii.c) da

¹⁸² Com o exclusivo intuito de enriquecer e diversificar o conteúdo da presente obra, dando ao leitor a possibilidade de conhecer conclusões sobre a matéria sob a perspectiva de um outro autor, é reproduzida a seguir passagem do artigo de inquestionável qualidade de Gustavo Oliva Galizzi, na qual são perfilhadas conclusões igualmente interessantes, sejam similares ou distintas daquelas que apresentamos no corpo principal: “Ao final deste pequeno estudo, chego às seguintes conclusões: a) a sociedade limitada entre cônjuges merece ser válida, independentemente do regime matrimonial de bens daqueles que a constituírem; b) com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), a mulher conquistou sua emancipação legal, não mais subsistindo o argumento de que ela não teria capacidade para associar-se ao marido em sociedade; c) tendo sido instituída no Estatuto a limitação da responsabilidade do patrimônio conjugal, não há mais que se falar em afronta, pela sociedade limitada entre cônjuges, ao regime legal de bens, seja o da comunhão (parcial ou total) ou o da separação; d) se constituída mediante algum defeito, a sociedade entre cônjuges, a exemplo de qualquer outro negócio jurídico, é anulável; e) se a sociedade entre cônjuges for utilizada com desvio de finalidade para encobrir fraude ou abuso, sua personalidade jurídica poderá ser desconsiderada, tal como pode ocorrer em qualquer espécie societária; f) a norma do art. 977 do Código Civil de 2002 não se aplica às sociedades constituídas anteriormente à sua vigência; g) o Código Civil de 2002 ao proibir a sociedade entre cônjuges casados nos regimes de comunhão universal e de separação de bens, desprezou toda a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileiras; h) o Direito brasileiro, nesse ponto, andou, andou e voltou para o mesmo lugar.” (GALIZZI, Gustavo Oliva. Sociedade limitada entre

ignorância ou do desconhecimento do princípio da intangibilidade do capital social, segundo o qual os bens pessoais dos cônjuges não se confundem, absolutamente, com o patrimônio da empresa de que são sócios, e, ainda;

- (iii) a inexorável tendência mundial de limitação da responsabilidade do risco empresarial, com o objetivo de se conferir maior segurança àqueles que desejam empreender, reflexo do incentivo sadio, cada vez maior à atividade econômica.

No Brasil, sob a nítida influência exógena acima delineada, foram facultados à mulher, por meio da Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) e das subseqüentes atualizações promovidas no Código Civil e na Constituição Federal pátrios, direitos que a colocaram em pé de igualdade com o homem.

Dentre as principais prerrogativas conquistadas pela mulher no Brasil, merecem destaque:

- (i) o exercício de profissão lucrativa;
- (ii) a incomunicabilidade de rendimentos auferidos no exercício de profissão lucrativa para pagamento de dívidas do marido;
- (iii) a limitação de responsabilidade patrimonial por dívidas contraídas pelo marido até o limite da meação dos bens comuns; e
- (iv) a equiparação de direitos referentes à sociedade conjugal com o marido.

Em razão das referidas conquistas, a mulher passou a poder exercer, livremente, o comércio e, conseqüentemente, a associar-se ao marido em uma mesma sociedade, na medida em que os bens empregados para a integralização do capital social desvincularam-se dos bens do casal, passando a integrar, de forma absolutamente autônoma, o patrimônio da sociedade constituída.

Outro decisivo fator favorável à livre constituição de sociedades entre cônjuges, conforme previamente mencionado, reside no fato de que os credores pessoais de cada qual não concorrem com os credores sociais (relacionados a dívidas contraídas pela empresa de que são sócios), de acordo com o princípio da intangibilidade do capital social, de modo que os bens destinados às atividades sociais - a saber, aqueles bens utilizados para integralização do capital social -, uma vez aportados na sociedade, somente poderão ser empregados na consecução dos objetos sociais e, portanto, para eventual pagamento das dívidas da sociedade com seus credores, unicamente, e não com os credores de cada um dos sócios que individualmente a compõem.

Ademais, é imperioso reconhecer que o inafastável princípio da intangibilidade do capital social é oponível não apenas a terceiros (credores pessoais dos sócios), mas inclusive, e principalmente, aos próprios sócios que a compõem, de modo que aos sócios também não é facultado utilizar bens sociais para contrair dívidas extrínsecas ou alheias às atividades empreendidas pela empresa.

Sem prejuízo da exposição dos inúmeros fatores já delineados, outro argumento de semelhante credibilidade e robustez é a abolição, pelo próprio Código Civil em vigor, do princípio da imutabilidade do regime patrimonial, permitindo-se, a partir de então, que os cônjuges possam alterar o regime de bens sob a égide do qual decidiram se casar, esvaziando, por conseguinte, a alegação de que a sociedade entre cônjuges servia de veículo de alteração do regime de bens do casal, fenômeno este proibido anteriormente à entrada em vigor do referido Código Civil de 2002.

Em detrimento do acima exposto, o Código Civil de 2002, por intermédio de seu art. 977, ao proibir a sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal e da separação obrigatória, incorreu em flagrante retrocesso à evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Seria mais coerente, tanto do ponto de vista técnico-jurídico como econômico, um comando normativo permissivo da constituição de sociedade entre cônjuges, independentemente do regime matrimonial adotado pelo casal.

Não se pode tomar a exceção pela regra ao presumir que todas as sociedades entre cônjuges são potencialmente fraudulentas, sobremaneira aquelas constituídas por pessoas casadas sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória.

O legislador dispõe de poderosos expedientes de controle e dismantelamento de qualquer espécie de sociedade viciada, indistintamente, podendo e devendo desconsiderar sua personalidade jurídica, a fim de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, em caso de fraude ou simulação, uma vez que não se pretende, por meio do presente estudo, excluir por completo a imprescindível investigação do *in fraudem legis* eventualmente presente na conduta dos cônjuges que contratam sociedade conjuntamente.

Com relação à específica justificativa do legislador para a limitação imposta para cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, conforme restou exaustivamente demonstrado na presente obra, trata-se de comando proibitivo manifestamente inconstitucional, na medida em que se restringe indivíduos com idade superior a 60 (sessenta) quanto à escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem se casar, malferindo-se o princípio constitucional da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal vigente.

Por esta razão, é objeto de proposta a extinção de tal previsão inserta no art. 1.641, II, do Código Civil tanto no Projeto de Lei nº 4.945/2005, do Deputado Antonio Carlos Biscaia, como no Projeto de Lei nº 209/2006, do Senador José Maranhão, em tramitação no Congresso, conforme já discutido de forma pormenorizada.

Por conseguinte, na medida em que inconstitucional o conteúdo do art. 1.641, II, do Código Civil, bem como a justificativa apresentada pelo Deputado Ricardo Fiúza, deixaria assim de existir a única razão que impede os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de contratar sociedade.

Saliente-se, adicionalmente, que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil em vigor não é extensível às sociedades constituídas anteriormente ao Código Civil de 2002, pelo princípio da supremacia do ato jurídico perfeito, nem tampouco às sociedades constituídas entre pessoas que convivem sob o regime da união estável, pela impossibilidade de extensão analógica de norma restritiva de direitos.

Em razão de todo o apresentado, não nos parece haver proposição técnica mais adequada do que a supressão da parte final do art. 977 do Código Civil de 2002, a saber, “*desde que não tenham se casado sob o regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória*”,

de tal sorte que o referido dispositivo legal passasse a ter a seguinte nova redação: “*Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros*”. Nada mais.

Seria, tão-somente, o reconhecimento de uma realidade fática que, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, já havia sido consagrada, tanto do ponto de vista doutrinário como jurisprudencial, em ambiência jurídica nacional e estrangeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das sociedades comerciais: direito de empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 9.

ARAÚJO, Alan Pereira de. Institucionalismo e efetividade jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2325>>. Acesso em: 14 out. 2007.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATALHA, Wilson Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BEUCHER, Jean. *La notion actuelle du concubinage: ses effets à l'égard des tiers*. 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado: direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, v. 2.

_____. *Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no direito*. 2. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, v. 4.

BORGES, José Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado. Homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARVALHO NETO, Inácio de. *A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil*, ano IV, n. 49, dez. 2004. Disponível em: <<http://intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 10 jul. de 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil. Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991, Tomo 1.

CHINELATO, Simara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. Comentário de acórdão. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano X, n. 3, p. 90-93, 1971.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

_____. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários ao Código Civil: disposições finais e transitórias*. Coordenação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

ESCARRA, Jean. *Cours de droit commercial*. Nouvelle Édition. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Sociedade comercial entre cônjuges. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 8, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3.

_____. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Relações societárias entre cônjuges durante e após o matrimônio. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 58, mar. 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XX, n. 43, p. 37-45, jul./set. 1981.

_____. Sociedade comercial ou civil entre cônjuges. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Família e casamento: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso de direito das sociedades*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

GALIZZI, Gustavo Oliva. Sociedade limitada entre cônjuges. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. III, n. 10, p. 306-314, 2ª quinzena de maio 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Família e empresa: questões controvertidas (regime de bens e os reflexos dos arts. 977 e 978 no direito de família). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 449-64.

HALPERIN, Isaac. *Sociedades de responsabilidad limitada*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1975.

HAURIUO, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Tradução Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HOUPIIN, C. *Traité general-théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3. ed. Paris: L. Larose Editeur, 1899. t. I.

IPPOLITO, Michel de Juglart et Benjamin. *Cours de droit commercial*. 5. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975. Deuxième volume.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 3.

MIRANDA, Joaquim Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. III.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1.

PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de Bens entre Cônjuges*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: parte geral*. 22. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, dez. 1969.

_____. *Curso de Direito Comercial*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

RENAULT, Lyon Caen et. *Traité*. 3. ed. Paris: F. Pichon, 1900.

RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit commercial*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

RIPERT, George; ROBLOT, Renè; GERMAIN, Michel. *Traité de droit commercial*. 16. ed. Paris: LGDJ, 1996. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32. ed. atualizada por Francisco José Cahali, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Direito civil*. 28. ed. atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____. *Direito Civil*. 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002, v.6.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Antônio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei nº 10.406/2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARAI, Leandro. A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica e alguns de seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: Lei nº 8.078/1990, Lei nº 8.884/1994, Lei nº 9.605/1998 e Lei nº 10.406/2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 615, 15 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6440>>. Acesso em: 14 out. 2007.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007, v. 5.

VELOSO, Zeno. Regimes Matrimoniais de Bens. In: LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XIV, Livro II – Do direito de empresa (arts. 966 a 1.195).

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo Xavier. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre cônjuges* (Dissertação para Doutorado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: Almedina, 2000.

ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.