

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

YASMIN CORREIA LIMA GURGEL

ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL
COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

SOUSA - PB

2016

YASMIN CORREIA LIMA GURGEL

ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL
COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dra. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes

SOUSA – PB

2016

YASMIN CORREIA LIMA GURGEL

ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL
COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Aprovada em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes - UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

A minha avó Isaura, meu anjo do céu, que
olha por mim de onde quer que for.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e por ter me sustentado com amor, com sua graça, com fé e sabedoria e me dado força para traçar esse longo caminho, longe de casa, dos meus familiares e amigos queridos e por ter me presenteado com um grande crescimento pessoal e grandes amigos.

A minha mãe Maria Helena, que sempre me incentivou nos estudos e a buscar o meu melhor, agradeço pelo apoio que me deu ao longo desses anos e por sonhar todos os meus sonhos, fazendo sempre o impossível para que tudo desse certo, sendo sempre minha fonte de inspiração pela mulher batalhadora, pela mãe exemplar e pela grande profissional.

Ao meu pai Márcio Gurgel, pelo o apoio incondicional dado nesta caminhada, e da sua forma soube me dar incentivo e mostrar que sempre acreditou em mim.

A minha irmã Isabela, por todo amor a mim dedicado e por trazer alegria e diversão aos meus dias como só ela sabe.

A minha avó Isaura (In Memoriam) que me viu iniciar o curso de Direito, cheia de sonhos, e ter sido sempre minha maior incentivadora, sem esquecer um só dia de mim, estando sempre perto mesmo distante, que foi meu apoio nas horas mais difíceis, acreditando de forma incondicional no meu potencial e não me fazendo esquecer disso nem por um dia enquanto estive ao meu lado. Hoje espiritualmente, compartilhamos dessa vitória, uma importante etapa concluída, memórias cheias de saudades guardo comigo pelo resto da vida.

Aos meus padrinhos, Valdinece e Geraldo, pelo incentivo e paciência, pelo amor e compreensão, estando sempre ao meu lado em todos os momentos.

A minha prima, Mara Morena, que com sua paciência, desde do primeiro período, me ajudou a driblar as dificuldades do curso e passou a mim um pouco do seu conhecimento, não sendo diferente neste momento tão importante.

A toda minha família, em especial, aos meus tios, Klinger Correia Lima e Ângela Barbalho e João Maria e as minhas primas Rosa Morena, Nina Rosa e Ana Paula que sempre torceram pela minha vitória;

A minha orientadora, Professora e Doutora Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes pela sua sabedoria, disponibilidade, orientação, apoio e compreensão ao longo deste trabalho;

As minhas amigas Ana Márcia e Neiliane, por dividirem comigo os anos de curso e todas as horas do dia desde que moramos juntas, com vocês dividi minha vida e aprendi a ser uma pessoa melhor, vocês se tornaram parte de mim. A Edna, Maria Cecília, Maynara, Thaís, Herica, Lorena, Débora, Yan que compartilharam comigo momentos maravilhosos e, que sem dúvida irei levar pela vida toda, vocês tornaram essa estadia em Sousa/PB inesquecível.

A Caroline, Camilla Rocha, Arthur, Tatiana, João Victor, Camila Pessoa e Isabelle que são meus amigos de uma vida inteira e mesmo a quilômetros de distância sempre torcerem e vibraram com minha vitória.

Enfim, a todos que, de forma direta ou indireta, mesmo não estando citados aqui, contribuíram para que eu chegasse a conclusão deste trabalho.

“Concede-me, então sabedoria e conhecimento, para que eu possa conduzir bem este povo. Do contrário, quem poderia governar esse teu povo tão numeroso? Então Deus disse a Salomão: ‘Já que você deseja isso, e não pediu riqueza, fortuna e glória, nem a morte dos inimigos ou muitos anos de vida para você mesmo, mas pediu sabedoria e conhecimento para governar o meu povo, do qual fiz eu rei, então você receberá sabedoria e conhecimento. Além disso, eu lhe dou também riqueza, fortuna e glória, como nenhum dos seus antecessores teve, nem seus sucessores terão”.

(CRÔNICAS 1:10-12)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo adentrar no estudo sobre a proibição contida no Código Civil brasileiro com relação às sociedades formadas entre cônjuges e/ou com terceiro quando estes forem casados no regime de separação total ou comunhão universal de bens. Assim, o atual Código Civil (de 2002) instituiu o art. 977 que pode ser considerado um 'verdadeiro retrocesso', pois proíbe aos cônjuges (casados no regime da comunhão universal e ou o de separação obrigatória) de constituírem 'Sociedade Contratual'. Essa proibição causa discussões no mundo jurídico até hoje, pois uma parte da doutrina considera o dispositivo inconstitucional por contrariar diretamente 'princípios constitucionais fundamentais', como o da 'liberdade associação' e o da 'livre iniciativa'. O art. 977 do Código Civil brasileiro desencadeia ainda uma série de discussões acerca de sua admissibilidade, pois acredita-se que os cônjuges que desejam constituir sociedades entre si e/ou com terceiros estão tentando fraudar os regimes de bens, agindo com má-fé, objetivando a criação de uma sociedade fictícia. A presente pesquisa objetiva analisar as consequências desta proibição e seus reflexos nos casos concretos, e demonstrar que a fraude não deve ser presumida e sim combatida em um caso concreto, desta forma conclui-se que este dispositivo não se encaixa no atual contexto social e jurídico, além de existir no ordenamento jurídico pátrio um mecanismo próprio para evitar e combater a fraude causada pelos sócios, que é a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Com a finalidade de se chegar aos resultados propostos, o presente trabalho utiliza o método de abordagem dedutivo, ou seja, iniciando pela concepção geral, que no caso é a análise dos dispositivos e princípios constitucionais, para se chegar a análise do caso concreto, qual seja, proibição da constituição de Sociedades Contratuais entre cônjuges e/ou com terceiros. No que diz respeito aos métodos de procedimento específico far-se-á o uso do histórico-evolutivo e comparativo a fim de entender a evolução doutrinária e jurisprudencial com o objetivo de adaptar a visão do legislador com a necessidade social no momento. A técnica de pesquisa a ser utilizada será a documentação indireta, através da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial, leitura e análise de documentos preexistentes, monografias, artigos científicos, dissertações, impressos ou em meio digital, para que se chegue à conclusão que se deseja.

Palavras-chave: Sociedade entre cônjuges. Desconsideração da pessoa jurídica. Inconstitucionalidade do art. 977 CC. Regime de Casamento.

ABSTRACT

This work aims to enter in the study on the prohibition in the Brazilian Civil Code regarding Societies formed between spouses and/or third when they are married in the total separation scheme or community property. Therefore, the current Civil Code (2002) established the article 977 which can be considered a "real setback" because it prohibits spouses (married in the regime of universal communion, or the mandatory separation) constitute 'Contractual Society'. This prohibition causes discussions in the legal world today, as a part of the doctrine considers unconstitutional device directly counter 'fundamental constitutional principles', such as 'free association' and the 'free enterprise'. The article 977 of the Brazilian Civil Code also sets off a series of discussions about its admissibility, as it is believed that spouses who wish to set up companies with each other and/or with third parties are trying to defraud the regimes of goods, acting in bad faith, aiming to create a fictitious company. This research aims to analyze the consequences of this ban and its impact on specific cases, and demonstrate that fraud should not be presumed but combated in a case, so it is concluded that this device does not fit the current social and legal context in addition to exist in the Brazilian legal order a mechanism to prevent and combat fraud caused by the partners, which is the Theory of Disregard of Corporate Personality. In order to reach the proposed results, this study uses the deductive method of approach, that is, starting with the overall design, in which case is the analysis of devices and constitutional principles, to reach the analysis of the case, which is, prohibition of the establishment of Contractual Societies between spouses and/or third parties. Regarding methods of specific procedure far shall be the use of historical and evolutionary and comparative in order to understand the doctrinal and jurisprudential evolution in order to adapt the legislator's vision with the social need at the moment. The research technique to be used will be indirectly documentation, as well legislative analysis, doctrinal and jurisprudential, reading and analysis of existing documents, monographs, journal articles, dissertations, printed or digital media, in order to reach the conclusion that you want.

Keywords: Society between spouses. Disregard of legal entities. Unconstitutionality of art. 977 CC. Wedding arrangements

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC – Código Civil

p. - Página

nº – Número

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

DNRC – Departamento Nacional do Registro do Comércio

Art. – Artigo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 UMA VISÃO GERAL SOBRE O EMPRESÁRIO	14
2.1 Empresário: conceito, capacidade para ser empresário individual e membro de sociedade	14
2.2 Princípios constitucionais relacionados ao art. 977	22
2.2.1 <i>Princípio da liberdade de associação</i>	25
2.2.2 <i>Princípio da livre iniciativa</i>	26
2.3 Casamento: conceito e espécies	27
2.3.1 <i>Regime de comunhão parcial de bens</i>	28
2.3.2 <i>Regime de comunhão universal de bens</i>	29
2.3.3 <i>Regime de participação final nos aquestos</i>	30
2.3.4 <i>Regime de separação total de bens</i>	30
3 SOCIEDADE CONTRATUAL ENTRE CÔNJUGES	32
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO ⁵³	
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro de 2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 e seu Livro II, da Parte Especial, revogou em totalidade a Primeira Parte do Código Comercial Brasileiro de 1850. Este diploma legal também foi responsável pela criação de novos institutos jurídicos que provocaram o aparecimento de inúmeras questões com interpretações polêmicas e desencadearam debates no mundo jurídico, não sendo diferente com o direito comercial.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende analisar, sob vários enfoques, o regramento jurídico contido no art. 977 do Código Civil brasileiro de 2002 que proíbe a constituição de sociedades cujos sócios sejam cônjuges e que estejam casados no regime da comunhão universal ou no de separação total de bens.

Entende-se que o dispositivo legal mencionado, ao coibir a formação de sociedade contratual com essas exigências, representou um retrocesso na evolução legislativa brasileira em relação a formação de sociedade marital (entre marido e mulher), sendo alvo de críticas doutrinárias.

Isto porque tal entendimento, por um tempo, foi bastante controverso, mas depois passou a ser admitido de forma plena.

De forma geral, a opinião dos que não concordavam com a formação das “sociedades entre cônjuges” se fundamentava na figura jurídica da mulher, que não detinha muitos direitos e se submetia ao marido, situação que se perdurou até meados do século XX.

Mas, à medida que as transformações sociais e culturais ganharam força e ocorreu a equiparação das condições sociais e de igualdade jurídica entre homens e mulheres, o ordenamento passou a refleti-las, como por exemplo a criação do denominado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e assim, enfraqueceu-se a corrente contrária à constituição de sociedades entre cônjuges.

Assim, essas novas concepções e ideias foram harmonizados com o tal Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) que alterou o Código Civil de 1916 e conferiu a capacidade plena à mulher casada bem como distinguiu o patrimônio pertencente a qual dos cônjuges, mesmo quando casados no regime da comunhão universal de bens. Com isso, também, cessou o instituto do ‘soberano’ poder marital (que na época existia) e sua maior consequência foi encerrar a controvérsia

existente sobre a possibilidade ou não da existência de sociedades entre cônjuges, possibilitando ao casal serem sócios de sociedades contratuais.

Assim, os cônjuges unidos pelo *affectio societatis* (desejo de colaboração) e pela confiança mútua, que são exigidos na sociedade conjugal tornou possível a constituição de inúmeras modalidades societárias que existe nos dias de hoje.

Mesmo assim, o art. 977 do Código Civil brasileiro continua a ser um ponto bastante debatido pelos doutrinadores, pois muitos acreditam ser inconstitucional a vedação trazida por este dispositivo por atacar os princípios da 'liberdade de iniciativa' e da "livre associação" entre cônjuges que contraíram sociedade empresarial entre si e são casados no regime da comunhão universal ou separação obrigatória de bens, e que pelo Código Civil de 2002 tem que se adaptarem a sociedade pelo regramento em vigor.

Esta pesquisa tem por objetivo estudar, apresentar argumentos e esclarecer a interpretação mais viável sobre esta questão e dentro do panorama em que se insere o direito empresarial e como tal dispositivo legal está sendo aplicado.

Nesse sentido, pretende-se explorar quais são as possibilidades jurídicas de se constituir uma sociedade empresária do tipo contratual e entre cônjuges, a partir da aplicação do Código Civil de 2002, e sob a luz do posicionamento doutrinário e jurisprudencial desde o início do século XIX, para que o estudo abarque o direito que já foi utilizado e o que se utiliza hoje para que possamos fazer um comparativo entre eles.

Para tanto, esta pesquisa, no "Capítulo 1" trata da origem do Direito Comercial e sua evolução histórica assim como da figura do Empresário (abarcando seu conceito, a capacidade para ser empresário e membro da sociedade) e realiza um estudo acerca dos princípios constitucionais da livre associação e livre iniciativa, que regem a matéria e que estão relacionados com o art. 977 do Código Civil Brasileiro. Por fim, apresenta uma abordagem sobre os tipos de regimes de casamento admitidos na legislação brasileira.

O "Capítulo 2" traz um histórico das "sociedades entre cônjuges" no Brasil, para, depois, se debruçar na questão do art. 977 do Código Civil de 2002 (elencando os seus aspectos gerais e as interpretações possíveis sobre esse dispositivo, a ocorrência do ato jurídico perfeito e a aplicabilidade do art. 2.031 nas sociedades quando formadas por cônjuges abrangidos pelo art. 977, constituídas antes da edição do Novo Código).

Por fim, o “Capítulo 3”, apresenta o estudo sobre a relação da sociedade contratual entre cônjuges com a Constituição Federal de 1988, abordando o aspecto inconstitucional da norma em estudo, o que pode ser feito para haver a adaptação das sociedades já formadas antes da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002 e a solução para a implementação de tal instituto baseando-se na teoria da desconsideração jurídica.

Para alcançar os objetivos propostos e consolidar as hipóteses aventadas, a presente pesquisa adotará, o método dialético e dedutivo, partindo de uma constatação geral (qual seja, a inconstitucionalidade do art. 977 do Código Civil 2002 baseado nos princípios constitucionais) para a premissa menor (a possibilidade de retrocesso depois do que havia se concretizado com o Estatuto da Mulher).

Quanto ao “procedimento”, serão observados os métodos histórico-evolutivo (pois, a compreensão da realidade será feita com o olhar voltado para o passado e a evolução histórica, buscando nele as razões de ser dos institutos atuais) e o comparativo (considerando as semelhanças e diferenças do ordenamento jurídico e todas as mudanças que passaram, inclusive analisando pelo viés das jurisprudências).

A técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, através do estudo e a análise crítica das leis, da doutrina e da jurisprudência; ainda, deverão ser analisados os documentos preexistentes, artigos científicos, monografias, dissertações, impressos ou em meio digital que se mostrem aptos à resolução das inquietações.

2 UMA VISÃO GERAL SOBRE O EMPRESÁRIO

O Direito Empresarial sempre foi um ramo bastante dinâmico, devido a isso a atividade empresarial está sempre em modificação.

O direito ao longo de sua evolução histórica e sistemática deve responder de forma precisa aos conflitos que surgem do seio social, o empresário é uma figura que precisa ser estudada, por sempre se renovar e necessitar buscar por novas normas para reger sua atividade.

Por fim, é preciso conhecer o conceito, a capacidade para ser empresário e membro de sociedade empresária, os princípios constitucionais relacionados ao art. 977 e o casamento com seu conceito e espécies.

2.1 – Empresário: conceito, capacidade para ser empresário individual e membro de sociedade

Em busca da conceituação da figura do empresário, faz-se necessário compreender o Direito Empresarial. Porém, há uma grande controvérsia entre doutrinadores, filósofos, sociólogos e antropólogos sobre o nascimento deste ramo do direito.

A dificuldade existente em definir o Direito Empresarial decorre da condição de tal atividade ser altamente variável, buscando sempre atender as novas demandas do mercado. É um ramo de atividade econômica bastante dinâmico, baseando-se na constante ampliação do campo de trabalho e generalização das suas normas.

Segundo consta, a história do Direito Comercial pode ser dividido em períodos (amparada em teorias importantes). Inicialmente tem-se que o Direito Comercial, surgiu no período da segunda metade do século XII e a segunda metade do século XVI, com a reunião de artesãos e comerciantes em “corporações de ofícios e artes” que utilizavam dos costumes e práticas mercantis inerentes à época para tomar suas decisões, ficando claro que o direito só se aplicaria àqueles que fizessem parte dessas entidades.

Dessa forma, no primeiro período, o Direito Comercial, é exercido no interior das corporações era consuetudinário, corporativo e subjetivista, já que se limitava aos membros das corporações, como bem menciona o professor Requião (2003, p. 11) da lavra no jurista Rocco:

Aos costumes formados e difundidos pelos mercadores, se estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava à autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até os inscritos na matrícula; e, igualmente à jurisdição consular que estavam sujeitos, somente, os membros da corporação.

Mesmo conhecido pelo seu caráter limitado na época, o incipiente Direito Comercial, foi responsável pelo surgimento de vários institutos que até hoje são utilizados, como por exemplo o Seguro, a Letra de Câmbio e a atividade bancária

A Codificação Napoleônica, ou seja, o Código de Comércio Francês de 1807 fez surgir um “novo período” para o Direito Empresarial, se tornando objetivado, pois passou a não mais ser aplicado a determinadas pessoas, mas sim sobre determinados atos, os denominados: Atos de Comércio. Então, este ramo do direito deixa de lado o corporativismo e proporciona a qualquer cidadão exercer atividade mercantil, e adota a Teoria dos Atos do Comércio.

Então com a entrada em vigor do “Code de commerce de 1807”, o Sistema Francês surge tendo como fundamentação doutrinária a Teoria dos Atos de Comércio, que conferiu ao Direito Comercial um caráter mais universal, onde o foco seria o “ato” inerente a matéria comercial que poderia ser praticado por qualquer cidadão: comerciante ou não comerciante, desde que lhe praticassem atos regidos por tal código.

O Sistema Italiano é a última importante fase do Direito Comercial, a partir do “*Codice Civile*”, de 1942, contendo matéria tanto civil quanto comercial e tem como doutrina base a Teoria da Empresa (baseada no gênero da atividade, e na sua importância econômica e no organismo empresa).

Assim, a empresa passa a ser sinônimo de exercício de atividade organizada que, sistematicamente, objetiva o lucro a partir do oferecimento de bens ou serviços, mediante a organização da produção, conforme ensina Coelho (2013, p. 35):

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).

Pela nova Teoria da Empresa, há uma ampliação da abrangência do Direito Comercial que passa a incorporar atividades até então excluídas pela Teoria dos Atos de Comércio assim como não divide mais as atividades econômicas em dois grandes grupos, civil e comercial, e faz surgir o Direito Empresarial.

O Direito Comercial Brasileiro considera como seu ponto inicial a Abertura dos Portos em 1808, embora sempre esteve em vigor a aplicação das Ordenações Portuguesas, o Imperador D. Pedro II foi quem aprovou o Código Comercial brasileiro de 1850. Este Código tinha inspiração no “Code of Commerce” e trouxe para o Direito Comercial brasileiro o Sistema Francês, baseando seus dispositivos na Teoria dos Atos de Comércio.

Sobre essa fase do Direito Comercial brasileiro, Bertoldi (2009, p. 29-30) esclarece:

Fortemente influenciado pelos Códigos francês, espanhol e português, surgiu entre nós o Código Comercial do Império do Brasil, promulgado pela Lei 556, de 25.06.1850, que, ao contrário do que se possa imaginar, não adotou a teoria dos atos de comércio como forma de identificação de sua abrangência e aplicação. Em seu art. 4º, o Código estabelecia que “ninguém é reputado comerciante para de gozar da proteção que es Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (art. 9º).

O art. 4º, entretanto, desencadeou uma dificuldade quanto a conceituação do que era mercancia. Para solucionar tal lacuna legislativa, foi editado o Regulamento 737/1850, que veio enumerar quais eram os atos que objetivamente poderiam ser identificados como de comércio e, pois, caracterizar a mercancia. Adotou-se, então, a teoria objetiva dos atos de comércio e conceituou-se o que seria comerciante.

Segundo Bertoldi (2009, p. 30):

Comerciante deixou de ser aquele que pratica determinados atos delimitados pela lei, e passa ser aquela pessoa que, profissionalmente, pratica a mercancia considerada como atividade

de intermediação entre o produtor e o consumidor, exercida com fim lucrativo.

Mas, com a aprovação do Código Civil de 2002, parte do Código Comercial brasileiro de 1850 foi revogado passando a vigorar os dispositivos inerentes ao direito comercial presentes no Código Civil de 2002 que adotou a “Teoria do Direito de Empresa”. Assim, com a aprovação do Código Civil de 2002, verificou-se concretamente a presença do Sistema Italiano pois o conceito de empresário passou a ser definido como profissional que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e/ou serviços, submetendo-se as disposições das leis mercantis.

Assim entende-se por empresário a pessoa física ou jurídica que de forma contínua, sistemática, profissional e organizada exerce a atividade de natureza econômica ligada a produção, mediação ou prestação de serviços.

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro dedica um livro ao “Direito de Empresa” e define no caput do art. 966 a figura do empresário como: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Então, pela leitura do citado dispositivo legal para ser considerado empresário deve a pessoa física ou jurídica exercer pessoalmente a atividade econômica, a partir da organização dos fatores de produção (capital + trabalho) no exercício desta que promova a produção e a circulação de bem e serviços com a finalidade lucrativa e marcada pela profissionalidade.

Para tanto deve o empresário constituir a empresa para profissionalmente praticar a atividade lucrativa. Desse modo, leciona Mendonça (1945, p. 392):

Empresa é a organização técnico econômica que se propõe a produzir mediante a combinação de diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta própria do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige elementos sob sua responsabilidade.

Ser empresário não requer somente a prática de atividade lucrativa ou econômica. O empresário pode ser: individual ou de sociedade empresária. Ao empresário individual exige-se: capacidade jurídica, ausência de impedimento legal

para o exercício de empresa, efetivo exercício profissional da empresa, regime jurídico peculiar regulador da insolvência e registro.

O Código Civil brasileiro explana sobre a capacidade para o exercício da atividade empresária em seu art. 972: “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”. Assim, conforme consta no Direito Civil, o indivíduo tem capacidade plena quando atinge os 18 anos ou for emancipado e desde que esteja na “Livre administração de sua pessoa e bens (não sendo, pois, interditado).

Da mesma forma é no Direito Empresarial, pois os atos da empresa serão considerados juridicamente idôneos quando praticados por agente capaz. Logo, para ser empresário exige-se que tenha capacidade civil conforme demonstrado no art. 972 mencionado.

A capacidade a qual se refere o art. 972 do Código Civil brasileiro é àquela considerada plena: a conjugação da capacidade de direito, com a capacidade de fato, a qual permite o indivíduo pessoalmente adquirir direitos e contrair obrigações, como explica Venosa (2012, p. 138-139):

Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica, aquela delineada no art. 1º do vigente diplomam todos a possuem. Trata-se da denominada capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato ou de exercício que é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. Sob esse aspecto entram em conta diversos fatores referentes à idade e ao estado de saúde da pessoa.

A capacidade de fato é tida como a aptidão do indivíduo para exercer pessoalmente os atos da vida civil, para isso precisa apresentar certas qualidades, sem as quais não existirá capacidade de fato.

Sem a capacidade de fato exigida para a prática dos atos da vida civil, entende-se ser a pessoa incapaz. E essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa. Segundo os ensinamentos de Venosa (2012, p. 143), tais incapacidades têm como consequência:

A incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil. Para esses atos da vida civil será

necessário que sejam devidamente representados pelos pais ou representantes legais. A incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos, em princípio apenas assistidos pelos pais ou representantes. Trata-se, como se vê, ser uma capacidade limitada (grifo nosso)

Sabe-se que as pessoas absolutamente incapazes são privadas do exercício pessoal dos seus atos da vida civil. Se os pratica, eles são considerados nulos. Como regra então, as pessoas absolutamente incapazes quando não autorizadas judicialmente não podem ser empresárias são: os menores de 16 anos; os que, por doença não tiverem discernimento suficiente; e os que, mesmo transitoriamente, não puderem expressar sua vontade.

Estas pessoas não podem ser empresário individual (já que seus atos da vida civil são praticados por outros: pais, tutores ou curadores), mas podem ser membros de Sociedade Estatutária.

A incapacidade quando relativa refere-se unicamente ao impedimento da prática de certos atos, que serão anuláveis se acontecerem. Estes para terem validade deverão ser assistidos por um curador especial. São considerados relativamente incapazes: os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos. Isto de acordo com o art. 3º do Código Civil brasileiro.

O Emancipado pode ser titular de uma empresa, porque a emancipação representa a cessação da incapacidade civil antes dos 18 anos (tal como uma declaração irrevogável da maioridade). No art. 5º, Parágrafo Único, do Código Civil brasileiro estão presentes os fatores determinantes para emancipação e uma delas é o estabelecimento comercial do menor que tenha mais de 16 anos completos, desde que tenha economia própria.

O referido Código permite apenas que o incapaz continue a empresa que antes era exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança desde que por meio de representante ou devidamente assistido e mediante autorização judicial. Portanto, poderá fazê-lo somente nessa hipótese com a intenção de preservar a empresa, conforme prescreve o §1º do art. 974 do Código Civil Brasileiro:

Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

Tal dispositivo não é inconstitucional pois a atual Constituição Federal de 1988 dispõe que o exercício de qualquer profissão se sujeita ao atendimento das qualificações profissionais estabelecidas pela legislação ordinária. Conforme o art. 5º, XIII, da Constituição: “é livre o exercício de qualquer ofício ou profissão, atendidas as qualificações elencadas na lei”.

Assim, pela leitura do artigo mencionado, está consagrado o direito fundamental ao exercício profissional, mas admite-se, de forma expressa, a edição, de norma infraconstitucional relacionada às condições mínimas pertinentes ao exercício de cada profissão. No âmbito empresarial ele materializa-se no art. 972 do Código Civil brasileiro, que assegura o exercício da atividade empresária aos plenamente capazes e acrescenta uma condição: poderão exercê-la somente aqueles que não forem legalmente impedidos na órbita civil.

De forma excepcional, há empresas que se exigem aos seus titulares certas habilitação profissional como a atividade de serviços de vigilância.

Porém, há pessoa que mesmo plenamente capazes são proibidas de exercerem a atividade empresarial pelo fato da lei especificar. Essa vedação é decorrente de razões de ordem pública devido a função exercida, ou seja, representa uma incompatibilidade da atividade negocial em relação a determinadas funções e não uma incapacidade jurídica.

Podem-se citar como impedidos: os magistrados e membros do Ministério Público, os agentes públicos, os militares, os falidos, os Deputados e os Senadores. Nesses termos tem-se no art. 54, II, “a” da Constituição Federal, observa-se o caso dos deputados e senadores:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

(...)

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

Um dos deveres do empresário é a oficialização de sua atividade no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das juntas comerciais, nos Estados da federação brasileira.

Então, o legislador menciona a obrigatoriedade da Inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, ou seja, na Junta Comercial do Estado no qual será desenvolvida, antes do início da atividade empresária (art. 967: “É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”).

A Sociedade Empresária é a pessoa jurídica formada pela reunião de pessoas que objetivam comumente exercer uma atividade econômica. Para ser considerada como tal deve a pessoa jurídica exercer uma atividade empresarial, a partir de um objeto social empresarial, o qual proporcionará a produção ou circulação de bens ou serviços com a intenção de gerar lucros.

O Código Civil brasileiro regulamenta a sociedade empresária e em seu art. 981: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Desta maneira, entende-se que a sociedade empresária é a organização resultante de acordos entre pessoas, que concordam em reunir capital e trabalho com a finalidade de lucrar, ou seja, haverá a reunião de pessoas a fim de desempenhas uma atividade econômica enquanto partilham lucros e prejuízos.

É essencial para a constituição da sociedade empresarial a pluralidade de pessoas e o *animus societatis*, a vontade específica de contratar e reunir-se em sociedade. E assim como o empresário individual, deverá atender alguns requisitos para que o negócio jurídico seja válido e possa exercer o comércio.

Com relação a capacidade do ente, reforça-se que a sociedade será a pessoa jurídica devidamente legalizada e que exercerá a atividade empresarial, enquanto que os sócios serão apenas membros da entidade.

A sociedade, portanto, para ter status de pessoa jurídica, deverá registrar-se na Junta Comercial do Estado da sua matriz como também nas de cada uma de suas filias.

Com a sua Inscrição na Junta Comercial competente, a Sociedade Empresária adquire personalidade jurídica e a partir de sua legalização os seus atos sejam considerados válidos, bem como passa a ter nome empresarial; endereço,

patrimônio próprio (distinto dos sócios); capacidade para agir em juízo como autor ou réu e contrair obrigações ou exigir direitos.

Com relação à capacidade para ser sócio de uma sociedade empresária, desde que não haja impedimento legal poderá ser: maior de 18 (dezoito) anos, brasileiro (a) ou estrangeiro (a), que se achar na livre administração de sua pessoa e bens; menor emancipado; pessoa jurídica nacional ou estrangeira.

Quanto ao regime de casamento exigido para os sócios de Sociedade Contratual, o Código Civil brasileiro tutela que se faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime de comunhão universal de bens ou no de separação obrigatória, mesmo que ambos sejam pessoas capazes (e não se incluam no impedimento legal já mencionado). Isto porque assegura o art. 977 do Código Civil brasileiro:

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.

Entretanto, tal dispositivo não pode ser aplicado ou exigido para sócios de Sociedade Estatutária, por força da Lei 6.404/76.

2.2 – Princípios constitucionais relacionados ao art. 977

A partir do século XXI, com o surgimento do neoconstitucionalismo, tem-se uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, com a conseqüente alteração no modo de se examinar e interpretar a Constituição e o seu papel no ordenamento jurídico e na sociedade, exigindo-se sua maior efetividade.

O neoconstitucionalismo é, pois, um “movimento teórico” que busca a revalorização do direito constitucional a partir de uma nova abordagem do papel da constituição no sistema jurídico que deve culminar com sua plena e real eficácia.

Assim, com o neoconstitucionalismo, observa-se o surgimento do Estado Constitucional (o que foi estabelecido pelas constituições promulgadas com o fim da Segunda Guerra Mundial) e a indicação do nascimento de uma nova prática jurídica,

baseada na concretização dos direitos fundamentais que necessita de uma Teoria do Direito que com ele se harmonize.

Sobre esta questão Lenza (2011, p. 59) esclarece que o objetivo do neoconstitucionalismo seria buscar:

[...] dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa da concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, observa-se que o neoconstitucionalismo busca aprofundar o direito constitucional para que ele seja pautado em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da “Teoria dos Direitos Fundamentais” dando a constituição uma força normativa a partir da qual deve-se buscar transformar o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito.

Portanto, a Constituição passa a ter uma relevante importância na estruturação do sistema normativo. Com isso, o modelo de Constituição implantada como norma ganha força.

Bullos (2011, p. 81) descreve que:

A constituição é marcada pela presença de princípios e de normas definidoras de direitos fundamentais; as normas, princípios constitucionais têm caráter material, positivando valores arraigados na comunidade, a exemplo da moral, dos costumes e dos hábitos (conteúdo axiológico); e as constituições também possuem denso conteúdo normativo, influenciando toda a ordem jurídica e vinculando a atividade dos Poderes Públicos e dos particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos).

Assim, as normas constitucionais ganham mais eficácia e a interpretação e aplicação do direito se efetua pelas normas e princípios inseridos na Carta Maior, passando os Juízes e Tribunais a interpretarem, conforme menciona Barroso (2008, p. 301): “legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve escolher a que tem mais afinidade com a Constituição”.

Os princípios e valores sociais passam a ser muito relevantes nesse novo modelo constitucional, pelo fato da Carta Magna abarcar inúmeros princípios e normas a fim de proteger o ser humano, valorizando as relações sociais harmônicas e apoiada aos objetivos do novo modelo.

Neste sentido, sabendo que os princípios de direito são ordens normativas genéricas e com grande valor por incorporar os valores indispensáveis e essenciais da sociedade de Mello (2000, p. 747-748) entende que:

Princípio é, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

(...) Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Então, observa-se que os princípios vão então expressar-se como “valores” ou “verdades absolutas”, sem as quais não seria possível o convívio social. Mas vão além, servindo como fonte inspiradora da elaboração das normas por também funcionarem como regra interpretativa e fonte de integração jurídica, suprindo até lacunas normativas. Pode-se observar esta capacidade dos princípios, inclusive, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo artigo 4º estabelece que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Com o neoconstitucionalismo, entretanto, os princípios passaram a ser considerados como dotados de eficácia normativa, tornando possível sua aplicação nos casos concretos, ou seja, os princípios tornam-se como verdadeira norma autoaplicável (aptos a serem aplicados nos casos concretos), mesmo quando esteja implícito.

Portanto, os valores constitucionais passam a servir como parâmetros de validade e diretriz para todas as normas e quando estes colidem torna-se necessário ponderá-los e observar um outro princípio, o da proporcionalidade para sua aplicação direta.

Sob essa ótica, diante da análise do art. 977 do Código Civil brasileiro em que se proíbe a constituição de sociedade empresária entre pessoas casadas no regime de comunhão universal e separação de bens, tem-se uma afronta da norma civil aos princípios da livre associação e da livre iniciativa, fazendo-se necessário uma acirrada análise e discussão.

2.2.1 Princípio da liberdade de associação

O “Princípio da Liberdade de Associação” encontra-se no art. 5º, XVII e XX da Constituição Federal de 1988. Destina-se a garantir a plena liberdade de união entre indivíduos desde que com fins lícitos e que tenham interesses comuns e convergentes, conhecido como *affectio societatis*.

Para que este princípio seja observado de maneira plena as pessoas interessadas devem se unir em torno de objetivos comuns lícitos sem se deparar com obstáculos jurídicos (art.5º, XVII, CF), e também vedar que alguém seja forçado a associar-se contra a vontade, ou que não consiga dissociar-se quando quer (art. 5º, XX, da CF).

É a Liberdade de Associação um princípio constitucional que busca assegurar a liberdade de reunir-se e associar-se de forma pacífica indivíduos que compartilhem um objetivo.

Tal princípio aplica-se, inclusive, as sociedades empresárias por serem pessoas jurídicas constituídas para disponibilizar aos que às integram melhores meios para que atinjam o objetivo de compartilharem do lucro quando do exercício da atividade econômica.

No viés societário, este princípio baseia-se na ideia de que no Capitalismo, o Ordenamento Jurídico a partir do Direito Empresarial deve permitir e garantir a efetiva cooperação entre os agentes econômicos por meio de acordos voluntários, para fins lícitos.

Este princípio representa ao mesmo tempo um direito individual, mas de exercício coletivo. Considerando a Liberdade de Associação, no âmbito do Direito Empresarial, ser associar-se para formar uma determinada sociedade, será então um direito individual cujo exercício se expressa coletivamente, uma vez que o objetivo da norma é a permissão de que as pessoas se reúnam para explorar atividades lícitas sem a interferência do Estado.

Conclui-se que, o bem jurídico para qual foi levantada a proteção constante da norma de direito fundamental em debate, é a liberdade considerada como gênero, na qual se inserem todas as formas de união de pessoas que pretendem uma atuação coletiva, seja ela sob a forma de sociedade, associação em sentido estrito, ou qualquer outra modalidade de conjunção subjetiva de esforços.

2.2.2 Princípio da livre iniciativa

No texto constitucional, o Princípio da Livre Iniciativa é apresentado como fundamento da Ordem Econômica e da República Federativa do Brasil, apesar de ser considerado como princípio devido sua natureza e relevância.

Na referida Constituição, o constituinte optou por consagrar o Princípio da Livre Iniciativa como fundamento da Ordem Econômica, expresso no art. 170, caput, CF e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), mas que tem natureza de princípio.

A Liberdade de Iniciativa consagrada pela nossa constituição envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de escolha de trabalho, ofício ou profissão, além da liberdade de contratar. Assim, é permitido a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente da autorização de órgão públicos, salvo nos casos previstos em lei.

É importante compreender a Liberdade de Iniciativa não apenas como liberdade econômica, mas deve-se ir além e compreender como todas as formas de organização seja econômica, individual ou coletiva assim como a própria liberdade contratual e comercial sem a intervenção estatal. Silva (2000, p. 771) nos ensina que: “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

Então, entende-se que a liberdade de exercício seja qual for o trabalho, ofício ou profissão está ligado à liberdade de escolha baseando-se na garantia de um Direito Individual.

A liberdade de contrato baseia-se na liberdade de acordar, que envolve o que será pactuado como o interesse em celebrar o contrato, e de estipular as cláusulas de negócio jurídico, ou seja, a plena vontade ou liberdade para desenvolver e exigir quais as cláusulas do contrato conforme os interesses em confronto com a parte contrária.

Entretanto, observa-se que em nome dessa liberdade não há uma proibição na intervenção do Estado na produção ou circulação de bens ou serviços, cabendo apenas ao ente estatal regular, fiscalizar, incentivar e planejar as atividades econômicas, tornando-se uma motivação aos particulares para a exploração de atividades empresariais.

Busca-se, por fim, um reconhecimento de um direito de todos de explorarem as atividades empresariais, passando no dever impostos a coletividade de respeitar o Direito Constitucional, assim como a ilicitude dos atos que possam impedir o pleno exercício dele e que se contraponha ao próprio estado, que somente pode interferir na economia nos limites constitucionais definidos contra os outros particulares.

O princípio vai além do modelo econômico, se torna uma consequência da vivência em uma sociedade organizada, deixando para o Estado o dever de propiciar condições para o seu exercício.

2.3 – Casamento: conceito e espécies

Quanto aos regimes de bens adotados no Brasil tem-se como modo de normatização patrimonial entre os cônjuges e a função de seu valor prático para os empresários casados e relacionado ao art. 977 do Código Civil brasileiro.

Segundo Gonçalves (2005, p. 382): “Podemos entender por regime de bens o conjunto econômico de regras que disciplinam as relações econômicas dos cônjuges entre si e perante terceiros”.

O Código Civil brasileiro elenca quatro tipos de regime de bens: o da comunhão universal de bens; o da comunhão parcial; o da participação final nos aquestos; e o da separação total.

A escolha do regime matrimonial de bens de acordo com o art. 1.639 do Código Civil brasileiro permite que os cônjuges escolham o regime que melhor atenda às suas necessidades, ficando sujeito a um *affectio* em conformidade com o qual escolherem no momento do casamento.

Estão os regimes de bens submetidos aos princípios da irrevogabilidade; atualmente, porém, na constância do casamento pode haver mudança de regime para alguns conjugues; variedade de regime à disposição do casal; e a livre estipulação para que escolham o que melhor que lhes prover, com as exceções previstas no art. 1.641 do Código Civil que torna obrigatória a adoção do regime de separação de bens.

2.3.1 Regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens é aquele estabelecido em lei que deve prevalecer sobre os outros quando os cônjuges não fizerem pacto antinupcial, ou quando o fizerem de forma nula ou ineficaz, conforme prevê o art. 1640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”.

Essa espécie de regime de casamento caracteriza-se por ser a comunhão apenas dos bens que forem adquiridos na constância do casamento. O Código Civil brasileiro no art.1659 menciona quais os bens que devem ser excluídos da comunhão conjugal. Nesse regime de casamento, excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuía antes do matrimônio, considerados como bens particulares (de cada um). Incluem-se, na mesma categoria, os que cada cônjuge, na constância do casamento, receber por herança ou por doação e os sub-rogados em seu lugar.

De acordo com DINIZ (2000, p. 142):

Esse regime, ao prescrever a comunhão dos aquestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os materialmente, pois ao menos parcialmente seus interesses são comuns, permitindo por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia no momento da realização do ato nupcial.

Dessa forma, entende-se que neste regime tudo que for adquirido pelo casal de forma conjunta, após o casamento, é de propriedade dos dois e tudo que for anterior à união segue como propriedade individual. Assim, geram-se bens de diferentes categorias: os que são exclusivos do marido ou exclusivos da esposa e os comuns ao casal.

2.3.2 Regime de comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal é aquele em que todos os bens dos cônjuges se comunicam, sejam eles, atuais ou futuros do casal, com as exceções¹ previstas no art. 1.668 do Código Civil Brasileiro.

Assim, todos os bens que qualquer um dos cônjuges tenha antes do casamento e os que eles venham a obter se inserem na comunhão e farão parte do patrimônio comum do casal, legando a cada qual nubente a condição de meeiros.

Nesse sentido, Rodrigues (2002, p. 197) explica que:

[...] os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Trata-se de condomínio peculiar, pois que, insuscetível de divisão antes da dissolução conjugal, extinguindo-se inexoravelmente nesse instante [...].

¹ Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

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.

Na verdade, percebe-se a formação de um condomínio no qual os esposos terão a posse e propriedade de forma comum e indivisa dos que constituirão a comunhão.

2.3.3 Regime de participação final nos aquestos

O regime que trata de Participação final nos aquestos foi introduzido no em nosso ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002 e sua maior característica deve-se ao fato de ser considerado um regime híbrido: na constância do casamento usa-se as regras de separação total de bens, e após o seu fim, as de comunhão parcial.

Enquanto estiverem casados, os consortes permanecem como se houvessem casados no regime de separação de bens, porém precisam da vênua conjugal para as alienações de bens imóveis.

Contudo, pode ocorrer uma meação que só se concretizará com a dissolução do casamento, seja pelo divórcio ou pela sucessão aberta por um dos cônjuges, que será regido pelo regime de comunhão parcial de bens sendo todos os aquestos reunidos para o cálculo da meação.

2.3.4 Regime de separação total de bens

O regime de separação total de bens é caracterizado pela plena separação de todos os bens que fazem parte do patrimônio entre os cônjuges, de forma que os bens adquiridos na constância do casamento e os obtidos antes da existência da sociedade conjugal pertencerem a cada um que os adquiriu ou possuía, bem como a administração que necessitar.

Nesse sentido, segundo o art. 1.687 do Código Civil Brasileiro, os bens do casal permanecem sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges a que

pertence podendo alienar ou gravar de ônus real como bem-dispor, visto tratar-se de bens de cada qual².

Este regime de casamento pode ser convencionado quando adotado por decisão expressa dos cônjuges no pacto antinupcial ou por exigência legal quando a lei assim o determinar.

O casamento sob o regime de separação total realizar-se obrigatoriamente (por força de lei) quando: 1) não for feito inventário dos bens do casal e for partilhada aos herdeiros dos cônjuges; 2) até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal (art. 1.523), no caso de cônjuge divorciado, enquanto não houver sido homologada a partilha dos bens do casal; 3) do tutor ou curador e dos seis 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; das pessoas maiores de 60 anos; e de todos que dependerem de suprimento judicial para casar.

Assim, como bem leciona Diniz (2000, p. 152), tem-se que:

O regime de separação de bens vem a ser aquele que em cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Portanto, existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher. 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.

Ou seja, nesse tipo de regime os cônjuges quando casam preservam seus bens particulares anteriores ao casamento, bem como os bens individuais que forem acrescidos ao patrimônio enquanto estiver na sociedade conjugal serão individuais.

² Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

3 SOCIEDADE CONTRATUAL ENTRE CÔNJUGES

Há uma controvérsia que envolve o art. 977 do Código Civil brasileiro, condicionando uma discussão que até os dias de hoje se mantém acesa.

A sociedade entre cônjuges no Brasil é um tema bastante debatido, por isso que necessita ser feita uma análise histórica deste instituto no país, para que com ela se possa entender a discussão que envolve o tema.

Por fim, se analisa os aspectos gerais do art. 977 do Código Civil brasileiro e suas possíveis interpretações.

A sociedade entre cônjuges, no início do século passado, não era aceita pela doutrina pátria, sendo seu ato constitutivo declarado nulo por muitos de nossos tribunais, alegando como fundamento principal a irrevogabilidade do regime de bens, no princípio do poder marital e na fraude contra credores.

Afirmava Mendonça (1963, p. 118):

Não ser lícito aos cônjuges contratar sociedade por ofensa ao instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos incompatíveis com os direitos do marido como chefe do casal. Ademais, conforme lições do citado comercialista, sendo o regime de bens adotado o da comunhão universal, não haveria vantagens na constituição sociedade, quer para os cônjuges, pois os lucros eventualmente auferidos seriam comuns, quer para eventuais credores, pois suas garantias não melhorariam com a constituição da sociedade. Ainda que fosse adotado outro regime de bens, a constituição da sociedade poderia servir como instrumento para fraudar o regime de bens adotado ou os pactos antenupciais celebrados que buscavam separar os bens integrantes do patrimônio pessoal de cada cônjuge.

O Código Comercial de 1850 (Lei 554/1850) se omitiu a respeito do tema em questão e tratava apenas da autorização para as mulheres casadas poderem individualmente exercerem a atividade comercial assim como os limites para essa prática, pelo Código Comercial brasileiro em seu artigo 1º alínea 4 exige-se que:

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 da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não

precisam da sua autorização. (BRASIL, LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850).

Da leitura dos artigos 287 a 310 do Código Comercial tratando sobre as disposições gerais das sociedades comerciais não havia qualquer impedimento a sociedade entre cônjuges, desde que respeitado o que preceitua o art. 287:

É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito, e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria. (BRASIL, LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850).

Como o Código Comercial vigente não tratava sobre a legitimidade da sociedade entre cônjuges, os que se tornavam sócios utilizavam-se do judiciário para resolução das suas causas pendentes.

A doutrina e a jurisprudência não haviam sido pacificadas com relação a natureza jurídica ou da validade da sociedade entre cônjuge e se dividiam em muitas opiniões: enquanto uns julgavam que deveriam ser inexistentes; outros defendiam a nulidade, anulabilidade ou pela desconsideração do negócio jurídico e a maior parte acreditava que tais sociedades deveriam ser legitimadas.

O doutrinador Mendonça (1963, p. 140) defendia que a existência da sociedade entre cônjuge atacava diretamente o poder marital:

A única sociedade permitida entre esposos é a universal, resultante do regime do casamento. Não lhes é lícito contratar sociedade comercial, por ofender antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos, incompatível com os direitos do marido como chefe do casal.

Em 1927 na cidade do Rio de Janeiro (na época Distrito Federal), foi negado na Junta Comercial do referido Estado o registro de uma 'sociedade entre cônjuges' levando o debate ao Instituto dos 20 Advogados do Brasil que concluiu tendo como relator Isidoro Campos citado por Mamede (2008, p.55) que: "perante os princípios legais e doutrinários, a constituição de sociedade mercantil composta de marido e mulher, casados sob o regime de comunhão, não é legítima".

Mamede (2008, p. 55) menciona ainda que:

[...] O marido, como chefe da sociedade conjugal, além de representação legal da família (art. 283 e seus números), tem o direito de autorizar a profissão da mulher, o de administrar os bens comuns e particulares, podendo exigir dela o cumprimento dos deveres, como companheira e auxiliar nos encargos da família, art. 240. Competindo-lhe a representação legal da família, não pode a mulher litigar em Juízo, sem sua assistência ou consentimento. Conquanto não consagre o Cód. Civil a inferioridade da mulher, a qual já se não pode aplicar o major dignitas est in sexo virilis, de Ulpiano, todavia impôs-lhe uma restrição, tornando relativa a sua capacidade, subordinando-a a determinadas disposições.

Na sociedade mercantil os direitos e deveres são iguais, para os sócios, o que se não poderá verificar entre o marido e mulher associados, em face do que o Cód. Civil dispõe, quando regula a capacidade dos cônjuges.[...]

Ainda a mulher casada, em face do que preceitua o Código Civil, não poderia usar do direito de demandar o marido, como seu sócio e em virtude de atos oriundos da vida comercial, porque mister seria o seu consentimento, como chefe do casal e representante legal da família.[...]

[...] Por estes argumentos, concluímos que, perante os princípios legais e doutrinários, a constituição da sociedade comercial, composta somente de marido e mulher, casados pelo regime comum, não é legítima.

A negação da referida Junta Comercial para o registro da Sociedade e o Parecer do Relator Isidoro Campos não chegaram à um consenso sendo apoiado e combatido pelos seus devidos apoiadores.

Porém esse panorama mudou com a Decisão do Supremo Tribunal que modificou seu posicionamento em 1947 quando em Decisão do Ministro Hahnemann Guimarães, em face de Recurso Extraordinário nº 9.903/47, passou a admitir a sociedade entre marido e mulher mesmo que com algumas restrições:

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 4.121/62, alterou tal entendimento, posteriormente, tal lei foi denominada de Estatuto da Mulher Casada, e veio assegurar os direitos femininos, proporcionando inovações ao direito da mulher casada. Esta passou a

poder exercer atos da vida civil e mercantil sem a necessidade da autorização do marido podendo inclusive ter uma profissão fora do ambiente do lar e exercer o comércio, sem precisar do aval (autorização) do marido.

É interessante a descrição feita por Lucena (1999, p. 933) quando o processo de emancipação da mulher em 1962 com a Lei nº 4.121/62, além da evolução atingida pela doutrina e jurisprudência sobre a autonomia patrimonial dos bens dos cônjuges:

Ora, com o Estatuto da Mulher Casada, permitida a separação de patrimônio 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 distinção, um novo e único patrimônio, que era o da sociedade, completamente distinto daquele que conglobava os demais bens do casal, que continuavam submetido ao regime de bens do matrimônio.

Então, depois de muito tempo que os Tribunais brasileiros consideravam nulas as Sociedades entre cônjuges, o Supremo Tribunal Federal passou reiteradamente a alterar seu posicionamento, admitindo e confirmando que, não tinha sentido proibir a constituição deste tipo de sociedade com a ideia de que se lhe era facultado contratar sociedade com estranhos, parentes e até mesmo com os filhos, não faria sentido não poderem fazer entre si.

A título de exemplificação pode-se citar a Decisão do Ministro Néri da Silveira prolatada em 03 de fevereiro de 1989 em Recurso Extraordinário n. 108.728-5:

Recurso Extraordinário. Execução Fiscal. Penhora de bens de sócio. Embargos de Terceiro. Reputa-se licita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da Mulher Casada. O sócio não responde, em sem 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 causa prejuízo à Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que as 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 procedente. Súmula 279. Recurso Extraordinário não conhecido.

Assim, o advento do Estatuto da Mulher Casada permitiu a formação de uma base para a jurisprudência se posicionar a favor da livre constituição da sociedade entre cônjuges no Brasil pois o legislador soube impor limites à partilha de bens e à responsabilidade patrimonial que cada cônjuge poderia dispor sobre assuntos referentes a Sociedade Comercial contratual formada entre eles, visto que os bens individuais ficariam reservados até o limite da meação.

Percebe-se que a previsão trazida pelo Estatuto não deixava lacunas quanto aos limites da disponibilidade dos bens, mesmo diante do regime da comunhão universal, pois a ideia era que os bens que iriam constituir o capital social da empresa se desvinculavam dos bens do casal, passando a integrar o patrimônio da sociedade comercial, sem haver confusão com os bens formados pela sociedade conjugal.

Esse pensamento ganhou força com a Teoria e Aplicação da Despersonalização da Pessoa Jurídica pois se a sociedade objetivasse fraudar, simular ou causar prejuízo ao erário ou a terceiros que contratasse com ela seria punida a partir da responsabilidade subsidiária ao seu patrimônio pessoal de cada sócio. E isto se aplicava as sociedades entre cônjuges, se embasando apenas na jurisprudência e na doutrina e agora na lei.

Fica claro que o Estatuto permitiu, segundo Bulgarelli (2000, p. 139) “a mulher a ingressar em sociedade de pessoas livremente”, pois ele surge de uma sequência de conquistas no campo legal, político e social alcançado pelas mulheres, levando ao fim a incapacidade relativa que revestia a mulher para o desempenho de profissão com fins lucrativos podendo a partir de então, esta exercer a atividade mercantil ou fazer parte de Sociedade Comercial Contratual sem precisar da autorização do esposo.

Apesar disso, foi estabelecido que pelos títulos de dívida de um dos cônjuges ficava garantido que a responsabilidade recaia somente sobre os bens particulares de quem contraiu a dívida acrescido de bens, até o limite da meação mesmo que estiver casado pelo regime de comunhão universal, conforme expressamente estabelece o art. 3º da Lei 4.121:

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

Essas novas conquistas alcançados pelas mulheres ficaram mais evidentes com a nova redação dada ao art. 246 do Código Civil de 1916 pois eliminou a dúvida acerca da titularidade dos bens da mulher e o produto gerado por eles ou por seu trabalho assim como sobre a incomunicabilidade dos rendimentos e das dívidas feitas pelo esposo conforme percebe-se no texto do citado dispositivo legal:

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 27.8.1962)

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 27.8.1962) (grifo nosso)

Tem-se por terminada, então, qualquer divergência sobre essa questão. Dessa maneira, ao permitir a mulher casada o exercício da profissão que gerasse lucros, impedir que os lucros gerados com o exercício da profissão pagassem as dívidas do esposo, limitar a responsabilidade do patrimônio do casal para as dívidas do esposo apenas no limite da meação dos bens comuns e ao igualar os direitos do casal entres os cônjuges, a esposa passou a ter a possibilidade de exercer o comercio livremente e conseqüentemente associar-se ao marido em uma mesma Sociedade Contratual pois ao integralizar os bens para formação do capital da sociedade, automaticamente eles se separavam do bens dos cônjuges se tornando autônomos.

Nesse sentido, a decisão do Ministro Victor Nunes Leal, datada de 28 de novembro de 1968 no Recurso Extraordinário nº 61.582-GB, permite-se confirmar e aceitar a constituição de sociedade entre cônjuges:

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 Ataulpho 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.

Portanto, conclui-se que o advento do Estatuto da Mulher Casada permitiu que a jurisprudência tomasse como base o entendimento para livre constituição de Sociedades do tipo Contratual, entre cônjuges, no Brasil.

O Código Civil de 2002 reabriu uma antiga discussão já consolidada pelo Estatuto da Mulher Casada ao restringir a celebração de sociedade entre cônjuges:

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.

Com a inserção deste dispositivo no ordenamento jurídico pátrio, passou o Código Civil a normatizar que os cônjuges poderiam contratar sociedade entre si ou com terceiros, com a exceção daqueles que se casassem sob o regime de bens da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Levando em consideração o disposto no artigo mencionado só poderiam constituir sociedades os cônjuges casados no regime de bens da comunhão parcial, no regime da participação final nos aquestos ou da separação convencional.

Este dispositivo foi uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro pois não havia outro dispositivo semelhante no Código Civil de 1916 fazendo qualquer restrição ao regime de bens para que os cônjuges pudessem constituir sociedade.

Percebe-se que a faculdade proposta pelo art. 977 do CC veio modificar o entendimento da livre constituição de sociedade entre cônjuges, impedindo que os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal ou de separação obrigatória constituíssem sociedade.

A restrição imposta pelo artigo 977 do CC pautou-se em dois vieses: quanto a comunhão universal acredita-se que a sociedade na realidade seria fictícia pelo fato das quotas de capital de cada cônjuge não ficarem separadas do patrimônio da sociedade conjugal, assim como os bens nela conduzidos, podendo desencadear o risco de prejuízo aos credores; e quanto à separação obrigatória de bens acreditava-se que a formação da sociedade seria uma alegação para driblar os comandos proibitivos do art. 1641, II do Código Civil de 2002.

Esse é o entendimento de Fiuza (2004, p. 899), que foi relator do Código Civil de 2002:

A norma do art. 977 proíbe a sociedade entre cônjuges quando o regime for o da comunhão universal (art. 1.667) ou o da separação obrigatória (art. 1.641). No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria uma espécie de ficção, já que a titularidade das quotas do capital 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 da 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 de qualquer dos cônjuges. Estando os cônjuges casados pelos regimes da separação total ou da comunhão parcial, podem constituir sociedade, entre si ou com terceiros. Permite-se, assim, a sociedade entre cônjuges nos regimes de comunhão parcial e da separação total, em que ambos os cônjuges podem fazer suas contribuições individuais para a formação do patrimônio social, desde que não haja abuso da personalidade jurídica societária com a intenção de prejudicar credores. 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.

Partindo da ideia de que o comando proibitivo que restringe indivíduos com a idade superior aos 70 anos de idade quanto a escolha do regime de bens a qual pretendem se casar (art. 1641, II do Código Civil) ser considerado manifestamente inconstitucional por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. Devido a inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil, a justificativa do Deputado Ricardo Fiuza deixaria de respaldar a razão que impede os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de contratar sociedade.

O argumento de que os casados no regime universal de bens, o objetivo seria a criação de uma sociedade fictícia ou que esse tipo de sociedade teria na realidade a intenção de constituir uma sociedade unipessoal como forma de fraudar e evitar a aplicação do princípio da limitação da responsabilidade do comerciante individual.

Importa-se ser arguido que se torna idôneo a sociedade entre cônjuges independente do regime adotado, pois o princípio da intangibilidade do capital social não pode ser afastado, havendo legitimidade para usufruir do benefício da limitação da responsabilidade.

Tem-se ainda que a norma incorporada pelo Código Civil advinda com o Estatuto da Mulher Casada de que a responsabilidade patrimonial dos cônjuges por dívidas feitas pelo outro cônjuge é limitada a meação dos bens comuns que representa a autonomia e identidade do patrimônio pertencente exclusivamente a esposa e ao esposo.

Os princípios da imutabilidade e da intangibilidade do capital social de uma sociedade defendem que os bens levados a sociedade para formar seu capital social são substituídos por quotas, que representam uma dívida da sociedade com seus sócios, ao mesmo tempo em que esses bens ao serem aportados na sociedade se isolam da esfera patrimonial da sociedade em relação a massa de bens de cada um dos seus sócios, como pode ser explicado por Carvalhosa (1998, 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 júris, 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.

Assim, pode-se então esclarecer que o entendimento do Deputado Ricardo Fiúza, relator do artigo ora estudado, está bastante equivocado pois na realidade se opera uma simples substituição dos bens que são levados a constituir o capital da sociedade por quotas sociais de mesmo valor que permanecem de exclusivo poder do sócio que a obteve.

Entende grande parte da doutrina ser o dispositivo mencionado um real retrocesso, ao se basear no Código Civil de 1916, por ir de encontro as doutrinas e as jurisprudências de nosso país já consolidadas, de que não deveria existir qualquer oposição para que o casal constitua sociedade, sem levar em conta o regime de bens.

Quanto aos aspectos gerais e suas possíveis interpretações, se questiona se o art. 977 do CC abrange ou não as sociedades simples ou apenas as sociedades empresárias.

A sociedade simples foi o tipo societário introduzido pelo Código Civil de 2002. São sociedades personificadas por adquirem, personalidade jurídica ao se

inscreverem na junta comercial específica do estado que vão exercer sua atividade, conforme dispõe o art. 985 do Código Civil brasileiro.

A característica principal da sociedade simples é a sua constituição sem fins empresariais, a sua criação por duas ou mais pessoas terá outro fim como por exemplo destinar-se a alguma atividade profissional.

A distinção entre a sociedade simples e empresária pode ser traduzida pelo art. 982 do Código Civil brasileiro que diz:

Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Nesse sentido, a sociedade empresária será a que o objeto social for a própria atividade empresarial, enquanto que será simples as demais sociedades nas quais os objetos sejam atividades próprias da atividade intelectual como as desenvolvidas pela ciência, literatura ou artes, nas quais o seu exercício não constituir elemento de empresa.

Sobre o tema o mestre Coelho (2002, p.110-111) explica que:

A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros – inexistente pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios – este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, tais as sociedades de advogados, as rurais sem registro na junta etc.

O que irá, de verdade, caracterizar a pessoa jurídica de direito privado não-estatal como sociedade simples ou empresária será o modo de explorar seu objeto. O objeto social explorado sem empresarialidade (isto é, sem profissionalmente organizar os fatores de produção) confere à sociedade o caráter de simples, enquanto a exploração empresarial do objeto social caracterizará a sociedade como empresária. Acerca do conceito de empresa, é necessário. Ter-se presente o já realizado estudo do tema (cap. I)

É necessário destacar que as sociedades simples adotam qualquer dos tipos societários previstos no Código Civil brasileiro, com exceção da sociedade de ações. E que ao escolher um desses tipos societários se submeterá as regras dele apesar de manter as condições e características da sociedade simples. Assim como quando

não adotar nenhum destes tipos seguirá as regras das sociedades simples e as normas que lhe convém.

O art. 977 do Código Civil brasileiro gerou inúmeras discussões e uma delas gira em torno da sua aplicabilidade às sociedades simples.

Levando em conta a possibilidade que o Código Civil brasileiro permitiu as sociedades simples de adotarem outros tipos societários elencados no referido código, inclusive a empresária, dividem-se os argumentos.

De um lado acredita-se que pelo dispositivo legal em discussão encontrar-se no Livro II (Do Direito de Empresa), Título I (Do empresário), Capítulo II (Da capacidade) do Código Civil de 2002 não deveria se aplicar as sociedades simples que não optaram pelo tipo empresarial, mas apenas as sociedades empresariais.

Posição adotada também pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Recurso Especial 1.058.165/RS que pelo entendimento da Ministra Nancy Andrihi decidiu que não existem nas características conceituais das sociedades simples e sociedades empresárias particularidade alguma que fundamente a não aplicação da vedação prevista no art. 977 do CC àquelas.

Fundamenta que difere as sociedades simples das sociedades empresárias é o fato de que as últimas possuem como objetivo o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, conforme dispõe o art. 982 do Código Civil de 2002.

Fica claro que a expressão “sociedade” escolhida pelo legislador no art. 977 do Código Civil, não especifica a que tipo se refere, impossibilitando um entendimento claro.

É necessário uma análise acerca do questionamento se o art. 977 do Código Civil brasileiro se estende a União Estável, ou seja, se proibição dos cônjuges de contratar sociedade entre si ou com terceiros, se casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, se estende às sociedades entre companheiros.

O instituto da união estável é a relação entre dois indivíduos de forma duradora e com o objetivo de constituição familiar, segundo o Código Civil brasileiro independe a duração desta convivência para atribuição desta condição.

Existem requisitos necessários para a configuração deste instituto. Necessita que seja uma união pública, contínua, duradoura. Pela Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, não se faz necessário a moradia sob o mesmo teto para

configuração da união estável assim como o fato de morar sob o mesmo teto não configura por si só a união estável.

Segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 548) citando Gonçalves (2005), a união estável caracteriza-se pela:

convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação.

Na união estável, de forma suplementar, o Código Civil brasileiro em seu art. 1.725 determina que com exceção das hipóteses em que os companheiros tenham celebrado contrato escrito, aplica-se às relações patrimoniais, no que for possível, o regime da comunhão parcial de bens aplicável aos cônjuges.

A razão que levou ao questionamento se o que preleciona o art. 977 do Código Civil brasileiro, de maneira expressa aplicável aos cônjuges, seria estendido aos companheiros quando estes optassem pela convivência em união estável sob o regime da comunhão universal ou da separação total de bens, de modo que se trata de regime patrimonial sob a égide do qual os cônjuges são expressamente proibidos de contratar sociedade entre si ou com terceiros.

Tomando como base o art. 226, § 3º da Constituição Federal o qual permite uma facilitação da conversa da união estável em casamento, porém sem ter o escopo de hierarquia entre ambos:

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.

Tomando como base esse raciocínio, explora-se a decisão judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Sétima Câmara Cível, pelo relator Ricardo Raupp Ruschel, em face do Agravo de Instrumento nº 700020389284, em 12 de julho de 2007:

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).

Importante esclarecer-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer proibição expressa em relação à contratação de sociedade entre companheiros e que por se tratar de um comando proibitivo de direito o art. 977 do Código Civil brasileiro não deveria ser estendido às sociedades eventualmente constituídas por companheiros que convivam sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens, salvo se for comprovado que a espécie societária serviu de instrumento de ocultação de liberdade de quem cometeu adultério ou, por qualquer modo em prejuízo de terceiros, sob pena de ofensa a segurança jurídica necessária ao bom funcionamento de qualquer sistema jurídico.

De fato, sabe-se que não há qualquer impedimento à constituição de sociedade entre companheiros, independente do que ajustarem quando assinarem o código de convivência mesmo que façam opção pela comunhão universal de bens ou separação obrigatória.

A interpretação que Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2007, p. 759) é a mesma:

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.

Mesmo entendimento também é compartilhado por Wald (2005, p. 66), ao não defender a aplicabilidade do art. 977 do Código Civil brasileiro aos companheiros, “por ser norma que restringe direitos, não há como estender a vedação aos conviventes que entre si estabeleceram união estável”.

Deve se levar em conta que no ordenamento jurídico brasileiro, a interpretação extensiva e a analogia, principalmente a *in malam partem* (prejudicial a

parte), devem ter sua aplicação mitigada, logo haveria a faculdade dos companheiros constituírem sociedade entre si, independente do regime de bens que estejam convivendo.

Assim, se torna importante esclarecer se o homem e a mulher que optam por viver em união estável podem ou não constituir sociedade empresarial, entre si ou com terceiro, em face do disposto no art. 977 do Código Civil brasileiro. Entende-se que por se tratar de norma que restringe direito de pessoa não pode ter sua aplicação estendida a união estável.

Neste aspecto, o mencionado artigo foi bastante claro ao limitar sua abrangência apenas aos cônjuges, ou seja, àqueles que livremente optaram pelo casamento seja no regime de bens da separação total ou comunhão universal.

A carência de clareza que envolve o art. 977 do Código Civil brasileiro criou uma confusão em relação se a aplicação do dispositivo se fazia quando um cônjuge casado no regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória não pode contratar sociedade com seu cônjuge e/ou com terceiros ou quando cônjuges casados nos regimes discriminados no art. 977 do Código Civil de 2002, não podem contratar sociedade entre si, ou ambos com terceiros.

Em um primeiro momento, algumas Juntas comerciais e Cartórios seguiram a interpretação de que um cônjuge casado nos regimes especificados no art. 977 do Código Civil não poderia contratar sociedade com seu cônjuge e ou com terceiros e dessa forma não registravam sociedade em que um dos sócios fosse casado no regime de comunhão universal ou de separação obrigatório de bens, mesmo que o se cônjuge não fizesse parte de tal sociedade.

Porém, a vedação contida no art. 977 do Código Civil brasileiro não incide nesse caso acima, quando embora casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória, apenas um dos cônjuges for sócio daquela sociedade.

Entendimento solidificado pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC no Parecer Jurídico DNRC/COJUR nº 50/2003:

EMENTA: Impedimento constante do art. 977 do Código Civil, restringe-se aos cônjuges entre si ou de ambos com terceiros em uma mesma sociedade.

(...) entendemos, por ser no mínimo razoável em face do princípio da autonomia da vontade vigente no direito brasileiro, que a restrição da

norma ali inserta, limita tão-somente a constituição de sociedade entre os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória ou desses conjuntamente com terceiros, não indo tão longe ao 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 proibição contida no art. 977 chegaria a alcançar o cônjuge em contratar sociedade com terceiro, ou seja, se duas pessoas que são casadas no regime de separação total de bens, por exemplo, estariam proibidos de contratar entre si, mas também estariam se um deles desejasse contratar com um terceiro?

O entendimento do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) na III Jornada de Direito Civil do STJ foi conforme o enunciado número 205:

Adotar as seguintes interpretações ao art.977: (1) a vedação a 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 que já participa outro cônjuge.

Fica claro que o entendimento adotado é que a proibição contida no art. 977 do Código Civil brasileiro está restrita as sociedades formadas por cônjuges casados, nos regimes específicos citados no mencionado artigo, entre si e por ambos com terceiros.

Já em referência a Sociedade entre cônjuges constituídas anteriormente à entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, tem-se que com a entrada em vigor do Novo Código Civil brasileiro e suas disposições passando a reger a vida civil, dentre elas, a norma do art. 977, que proíbe a constituição de sociedade por cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens, começou-se a discutir em várias instâncias quanto a aplicabilidade do código mencionado e qual seria o desdobramento dessa nova previsão para os casais que contraíram sociedade empresária antes do dia 10.01.2003 (data em que passou a vigorar o Novo Código Civil).

Sabe-se que o ato constitutivo de uma sociedade proporciona efeitos que se propagam ao longo do tempo, além da data em que foi praticado e aperfeiçoado, dessa forma existiriam sociedades constituídas por pessoas casadas sob o regime

de bens que o código civil brasileiro de 2002 não permitiam para a criação de sociedade entre cônjuges.

Em combinação com o art. 977, a Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005, alterou o art. 2.031 do Código Civil brasileiro que prevê que as associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, assim como os empresários, deverão se adaptar às disposições do código mencionado até 11 de janeiro de 2007.

Com a alteração do art. 2.031 do Código Civil brasileiro e levando em conta o prazo de adaptação por ele estabelecido, passou a questionar se as sociedades formadas por cônjuges nos regimes matrimoniais proibidas por este diploma civil, constituídas antes da sua entrada em vigor necessitariam a adaptar-se, seja pela retirada de um dos cônjuges ou pela alteração no regime de bens, prevista no art. 1.639, § 2º, do mesmo diploma civil que prevê a possibilidade, mediante uma autorização judicial, em pedido motivado por ambos ou cônjuges e apurado a procedência das razões invocadas e ressaltando os direitos de terceiros.

Já há no direito brasileiro, decisões judiciais que autorizam a alteração do regime de bens do casamento com fundamento nas vedações introduzidas pelo art. 977, acreditando que seja em favor da supremacia da atividade econômica entre os casados. Justifica-se como um paliativo da proibição contida no art. 977 do Código Civil de 2002, na medida que as sociedades constituídas anteriormente a entrada em vigor do código mencionado não se adaptassem até o prazo estipulado pelo art. 2.031 do referido diploma legal, seriam consideradas sociedade em comum.

Ou seja, haveria para essas sociedades a responsabilidade solidárias e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem aquele que contratar pela sociedade conforme as disposições do art. 990 do código civil brasileiro.

Foi a partir dessa discussão que o STJ se manifestou na IV Jornada de Direito Civil, no 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.

Assim, passou-se a prevalecer a tese da desnecessidade de adequação dos atos constitutivos das sociedades devidamente arquivadas na junta comercial anteriormente à vigência do atual Código Civil, em respeito ao instituto do “ato jurídico perfeito”.

Essa tese se baseia na ideia da aplicação da lei vigente à época na qual a sociedade foi constituída, ou seja, enquanto o diploma legal era o Código Civil de 1916 e permitia a constituição de sociedade entre cônjuges sob qual fosse o regime matrimonial.

A tese se sustenta com base no funcionamento do ordenamento jurídico, concebido por ser uma estrutura lógica e baseado em normas dispostas harmonicamente, de acordo com a supremacia nas normas que o integram, conjuntamente com os princípios inerentes a ele, objetivando a segurança jurídica e evitando a incerteza a respeito de qual norma ser usado para regular um determinado caso concreto.

O Decreto Lei n^o 4.567/1942 dispõe em seu art. 6^o como forma de proteção ao princípio da segurança jurídica que a lei em vigor para ter efeito imediato e geral deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Nessa mesma linha, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5^o, XXXVI, tornou expresso o comando como norma de ordem pública e garantia fundamental: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Fica esclarecido que se a Constituição Federal de 1988 permite que em sua supremacia constitucional haja um limite à ação do legislador quando estipular eficácia aos atos jurídicos perfeitos, não seria constitucional uma lei de hierarquia inferior objetivar anular o direito adquirido dos cônjuges que já haviam constituído sociedades entre si.

Com base no direito Romano, na obra de Pedro Lenza (2010, p. 775), há uma referência à Carlyle Pop:

O respeito ao direito adquirido, com a conseqüente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste.

Desta forma, o legislador cuidou de fixar limites à retroatividade da lei, de forma que, eventuais novas regras, como a alteração feitas no Código Civil quanto

as sociedades constituídas pelos cônjuges, não prejudiquem pessoas que já haviam constituído sociedades entre sim.

Já o ato jurídico perfeito, segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 69) pode ser definido: “O que já se tornou apto para produzir seus efeitos, uma vez que se aperfeiçoou pela verificação de todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha”.

O constituinte concebeu o ato jurídico perfeito como um instituto sob o aspecto formal. Para ele o ato jurídico perfeito é aquele que nasce e se forma amparado por uma lei, atendendo todos os requisitos necessários exigidos pela norma vigente. Dessa forma, indiretamente vai se proteger o direito adquirido, já que não se pode mencionar a invalidade do ato jurídico se este derivar da lei mais nova, sendo esta mais rigorosa, e alterar os dispositivos que se referirem à forma do ato.

Ou seja, o ato jurídico eleva o princípio da segurança jurídica por buscar a preservação de situações que se constituíram quando a lei anterior estava em vigência, pois em regra a lei nova se projeta para efeitos futuros.

Maria Helena Diniz (2007) acrescenta que, em última análise, estes preceitos têm por escopo salvaguardar a permanente eficácia dos direitos subjetivos e das relações jurídicas construídas validamente sob a égide de uma lei, frente a futuras alterações legislativas ou contratuais.

Mello (2008) afirma que a segurança jurídica e seus princípios consequentes, em verdade, nem precisariam estar expressos no texto constitucional, eis que decorrem do Estado de Direito, que ao vaticinar as leis, já deve promover a segurança das situações jurídicas quanto ao presente e ao futuro, como decorrência da própria vontade autodeterminante popular, respeitando as situações pretéritas e garantindo a mínima estabilidade ao futuro.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), no Parecer Jurídico 125/03, se posicionou na defesa das sociedades entre os casados constituídas antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, dizendo:

(...) 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.

Do mesmo modo, na III Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em seu enunciado 204 se posicionou:

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.

Essa posição do STF já havia anteriormente sido declarada, tomando como base o que dizia o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que nos diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, na medida em que, como o Código Civil de 1916 não tinha nenhum artigo que proibisse a contratação de sociedade por cônjuges casados sobre o regime de comunhão universal da separação de bens. No Recurso Extraordinário nº 108728/SP, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira, em 03 de fevereiro de 1989, posicionou-se o STF:

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 (...) nas decisões das instâncias ordinárias de a sociedade haver sido criada objetivando causar prejuízo a Fazenda, nem tampouco restou demonstrado que as 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 terceiros procedentes. Súmula 279. Recurso Extraordinário não-conhecido.

Fica claro pelo posicionamento do DNRC assim como pela III Jornada de Direito Civil do STJ, além da jurisprudência e doutrina brasileira, que o disposto no art. 977 do Código Civil brasileiro se aplica exclusivamente aos cônjuges casados nos regimes de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória que constituíram sociedade entre si e/ou com terceiros após a data de entrada em vigor do diploma legal mencionado.

Após vencido o tema de que as sociedades entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória constituídas antes da entrada em vigor do Código Civil brasileiro não se submetem a regra do art. 977 do referido diploma legal e as que não se adaptaram as suas disposições até 10 de janeiro de 2007 seria consideradas sociedades em comum; com base no ato jurídico perfeito, os cônjuges envolvidos não alterariam seu regime marital, já que contrataram sociedade em conformidade com o Código Civil de 1916, quando não havia qualquer norma que proibisse a sociedade entre cônjuges.

Parcela da doutrina acredita que com base no princípio da *lex superior derogat lex inferior* (lei superior derroga lei inferior), se chega à conclusão de que o comando contido no art. 2.031 do Código Civil em vigor deve ser mitigado quando de encontro ao comando inserto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, nos deparamos com a decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, datada de 12 de dezembro de 2007, pelo desembargador Nascimento Povoas Vaz, na Apelação Cível nº 34.602-07:

Embargos de Declaração. Suprimento de Omissão do Acórdão Embargado para apreciar questão nesta não apreciada. Irretroatividade 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.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo através do Mandado de Segurança 6169695600, proferiu em 02 de junho de 2008 a seguinte decisão:

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 do 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

razoável, de que nos fala Recaséns Siches. Nessa senda, concluo 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.

Quanto a isso, conclui-se que aquelas sociedades contratuais entre cônjuges, constituídas antes da vigência do Código Civil brasileiro de 2002, não precisam adequar seus atos constitutivos e efetuar uma reorganização societária e no regime de bens, em respeito ao ato jurídico perfeito e direito adquirido assegurados pela Constituição Federal, já que as mesmas constituíram-se quando o Código Civil de 1916 ainda estava em vigor e por este não ter nenhuma norma semelhante ao art. 977 do Código Civil brasileiro de 2002, tacitamente considera-se que a constituição de sociedades entre cônjuges era permitida qualquer que fosse o regime de bens.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A grande discussão que envolve o art. 977 do Código Civil brasileiro refere-se a sua inconstitucionalidade, que parte da doutrina defende, pois há uma incompatibilidade deste artigo infraconstitucional com “princípios” positivados pela Constituição brasileira de 1988.

Entretanto, a maioria da doutrina que defende a aplicação e eficácia plena do art. 977 do CC, baseia-se na presunção de que ele é essencial para impedir que haja fraude ao patrimônio de um “membro da sociedade conjugal que seja mais fragilizado”; e, pois, diante deste fato, um dos cônjuges, de forma proposital, poderia constituir “sociedade contratual” em busca de usar ou se apoderar da meação ou dos bens particulares do outro de má-fé – e o citado dispositivo civil iria impedir que isso ocorresse.

Mas, pelo contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que além da inconstitucionalidade, há um ‘retrocesso’ normativo do art. 977 do CC - dentre outros argumentos, pelo fato de que no próprio ordenamento existe formas de se contornar possível fraude societária sem precisar proibir a formação de sociedade contratual entre cônjuges casados sob qualquer regime de casamento, bastando, para tanto, utilizar ou invocar a “Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Nesse sentido, o presente estudo demanda uma breve análise acerca da inconstitucionalidade do citado dispositivo que descreve o que poderia ser considerado como incompatível com as normas constitucionais brasileiras e com os atos e fatos jurídicos que permeiam a realidade com os ditames legais.

A ofensa à Constituição brasileira, por um ato ou fato jurídico que não lhe esta conforme, pode ocorrer no “campo material”, quando há atrito/incompatibilidade com dispositivos constitucionais, como também no “aspecto formal”, quando, por exemplo, uma norma não for editada pela autoridade competente determinada pela Constituição.

Sobre esta questão, Moraes (2001, p. 559) entende que: “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Nesse sentido, compreende-se que a Constituição, estando no topo do ordenamento jurídico (baseada na Teoria da hierarquia das leis) atesta-se a sua supremacia e a sua “força vinculante” frente às leis e ao poder público, fruto do neoconstitucionalismo que proporcionou força normativa a Constituição.

Sob esse prisma, a ‘inconstitucionalidade’ de uma lei envolve critérios “materiais” e “formais” apontados pela própria Constituição. Os “vícios” relativos à “formalidade” estão ligados aos procedimentos e pressupostos referentes aos aspectos que formam a lei sem atingir seu conteúdo. Diferente, pois dos “formais”, os “vícios materiais” referem-se ao mérito do ato em si, ou seja, aos conflitos de regras e princípios estabelecidos na Constituição.

Isto conforme Barroso (2006, p. 29), que explica a inconstitucionalidade material, defendendo que:

(...) a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.

A partir da leitura do art. 977 do Código Civil, que proíbe a constituição de Sociedade Empresária entre pessoas casadas nos regimes da comunhão universal e separação obrigatória de bens, percebe-se uma antinomia entre esta norma e as normas constitucionais brasileiras contidas no art. 5º, XVII, que assegura a livre associação de pessoas para fins lícitos e no art. 1º, IV, que consagra o princípio da livre iniciativa.

A antinomia se apresenta quando há duas normas conflitantes, válidas e originadas de autoridade competente, sem se saber qual delas será aplicada em um caso concreto.

Segundo Ferraz Jr. (2008, p. 177), para descobrir a existência de uma antinomia deve-se observar a presença dos seguintes critérios: “de que as normas expressam ordem ao mesmo sujeito, emanem de autoridades competentes num

mesmo âmbito legislativo; e que as instruções dadas ao comportamento do receptor se contradigam”.

Dessa forma, sabe-se que a norma constitucional e a norma civil – objeto do presente estudo – foram elaboradas por autoridades competentes, o Poder Legislativo brasileiro, atendendo as prerrogativas necessárias.

Ainda, seguindo os critérios de Ferraz Júnior, também há uma flagrante contradição entre as atitudes que o receptor toma perante a norma, pois, enquanto a norma constitucional ‘permite a associação’ para fins lícitos e a ‘livre iniciativa’ para o exercício de qualquer atividade econômica, a ‘norma infraconstitucional proíbe’ esta associação quando se pretende a formação de Sociedade Contratual por cônjuges para o exercício da atividade empresarial.

Na norma do art. 977 do Código Civil, não há uma explicação clara dos motivos que originaram a essa proibição. A fundamentação para esta proibição se origina na doutrina e da jurisprudência, por um processo interpretativo da norma e suas implicações.

Sabe-se que há uma antinomia, fruto da confusão gerada no sujeito destinatário da norma quanto ao seu comprimento, resta saber qual o tipo de conflito existente para que se possa solucioná-lo.

Nesse sentido, em relação à classificação, Ferraz Junior (2008, p. 179) classifica as antinomias em “reais ou aparentes” pelo o critério de solução; ou, classificadas quanto à “extensão da contradição” podendo ser total-total, total-parcial e parcial-parcial.

A antinomia aparente é aquela em que há uma solução para o conflito existente no ordenamento jurídico, ou seja, existe um critério normativo positivo que servirá pra solucionar a contradição, seja o critério hierárquico, cronológico ou da especialidade; enquanto que, a antinomia real se configura quando não há na norma jurídica qualquer critério normativo para solucioná-la, ou seja, seria necessário a edição de uma regra nova, portanto qualquer uma das normas poderiam ser aplicadas até a edição dessa norma.

Em relação à extensão da contradição como já mencionado podem ser total-total, total-parcial ou parcial-parcial. A “antinomia total-total” ocorre quando uma das normas não tiver condições de poder ser aplicada (qualquer que for a circunstância) sem conflitar com a outra em todos os seus termos; pode ser “total-parcial”, quando envolver a totalidade de uma norma e somente a parte de outra, ou seja, a solução

seria a revogação total da primeira lei ou a revogação parcial da segunda; e “parcial-parcial” quando a contradição existente é entre parte de uma norma e parte de outra, sendo solucionada com a revogação parcial de qualquer uma delas.

Partindo destas premissas, conclui-se que há entre os art. 977 do Código Civil brasileiro e o art. 5º, XVII da Constituição Federal de 1988 uma gritante ‘antinomia aparente’ e ‘total-parcial’, do mesmo modo para com o art. 1º, IV do Constituição Federal de 1988 e o já mencionado art. 977 do CC. Considera-se, pois, que a antinomia entre esses artigos é ‘aparente’ pelo fato de em relação ao critério hierárquico poderia resolver o problema entre elas.

A norma do art. 977 faz parte do Código Civil brasileiro, logo, é uma norma infraconstitucional que se encontra em posição hierarquicamente inferior a norma do art. 5º, XVII e a do art. 1º, IV da Constituição que se encontram no topo do ordenamento jurídico.

De modo que, ao ser a Constituição Federal do Brasil de 1988 a norma jurídica fundamental do ordenamento que compõe uma complexidade formadora de uma unicidade e norma superior que influi e é decisiva na unidade e na coerência do ordenamento jurídico brasileiro ela deve ser respeitada, cumprida e ter primazia sobre qualquer norma infraconstitucional. Dessa forma, as normas que fazem parte do mesmo sistema jurídico brasileiro devem se adequar a Constituição, respeitando a unicidade que deve existir presente no ordenamento jurídico - no caso, comentado dispositivo civil.

Importante destacar que o art. 5º, XVII está inserido na Constituição na parte referente os ‘Direitos e garantias fundamentais do cidadão’, cujos direitos são consideradas invioláveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e que não podem, de forma alguma, serem suprimidos pela norma infraconstitucional, mesmo que para que se assegure outros princípios constitucionais, o que não se aplica nesse caso.

Isto posto, enquanto o citado artigo constitucional garante a liberdade de associação e de iniciativa, desde que para fins lícitos, o artigo infraconstitucional (do Código Civil) defende o patrimônio conjugal de possíveis atitudes fraudulentas ao regime de casamento adotado pelos cônjuges.

Por outro lado, a norma do art. 1º, IV da Constituição brasileira está inserida nos Princípios Fundamentais da Constituição Federal de 1988, elencado como fundamento da República Federativa do Brasil e consagrado como princípio informativo e fundante da Ordem Econômica (CF, art. 170: ‘princípio da livre

iniciativa'). Destaca-se, também que tais fundamentos passam a ser compreendidos como 'valores estruturantes' do Estado brasileiro o qual se atribui um especial significado dentro da ordem constitucional que se materializam em princípios que atuam com fins de diretrizes para elaborar, interpretar e aplicar as outras normas do ordenamento jurídico ou para decidir em um caso concreto.

Assim, o 'princípio da livre iniciativa', por ser 'fundamento' da República Federativa do Brasil, não poderá ser denegado por uma norma infraconstitucional, pois o artigo constitucional que defende a livre iniciativa (o qual envolve a liberdade de escolha do exercício da atividade econômica/empresa e a liberdade de contratar e pactuar) está hierarquicamente acima do artigo infraconstitucional (at. 977 do CC) que limita ou restringe essa liberdade aos cônjuges que desejam contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que tenham adotado o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens.

Esclarece-se, mais uma vez, que somente a 'liberdade de associação' e a 'livre iniciativa' estão previstos no texto constitucional como princípio fundamental, pois não há nele qualquer princípio que proteja o regime de bens do casamento ou faça qualquer ressalva à constituição de sociedade contratual empresária entre cônjuges.

Portanto, a norma contida no art. 977 do Código Civil brasileiro ofende a norma constitucional brasileira (do art. 5º, XVII e do art. 1º, IV da Constituição Federal), pois representa uma ofensa à 'liberdade de associação para fins lícitos' e o direito à 'livre iniciativa' proclamados por este diploma legal.

Há, portanto, uma clara incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e os citados princípios constitucionais; e como a jurisprudência pátria passou a aplicar cada vez mais os princípios ao invés das normas -, principalmente quando forem constitucionais, por serem estas fontes primárias - pode e deve o intérprete recorrer a elas, já que por si só terem força suficiente para gerar a regra jurídica.

Peres (p. 74, 2008), em seu artigo que trata exclusivamente das 'sociedades entre cônjuges' confirma a tese de inconstitucionalidade do art. 977 ao afirmar que: "nos anos que se antecederam a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a jurisprudência pátria dominante nos tribunais superiores – tal qual a doutrina – havia se unificado em torno da tese da plena admissibilidade das sociedades entre cônjuges".

Esclarece que com a adoção do Código Civil brasileiro de 2002 o legislador permitiu que entrasse em vigor uma norma que de forma direta ofende ao texto constitucional: aos princípios da liberdade de associação e da livre iniciativa.

A proibição envolvendo os possíveis sócios casados no regime da comunhão universal de bens é justificada pelo legislador por estarem objetivando a formação de uma ficção jurídica, pois com a comunicabilidade total do patrimônio dos cônjuges própria desse tipo de regime, a separação de quotas no capital da sociedade se desfazer-ia perante a sociedade conjugal.

E mais, no decorrer do presente trabalho, observou-se que a sociedade empresarial formada por cônjuges não coloca o regime de bens adotado em risco. Sabe-se que o Código Civil brasileiro de 2002 ao adotar essa vedação contida no art. 977 do referido código foi de encontro a um entendimento consolidado na esfera jurisprudencial e doutrinária.

Como o legislador com relação ao regime de comunhão universal de bens, defende a proibição no fato de que a sociedade seria uma ficção jurídica, porém se esclarece que apesar da comunicabilidade total que irá existir entre os bens não significa que os cônjuges não irão mais ter à disposição dos seus bens, vai representar apenas uma outorga uxória (Consentimento fornecido pela a mulher ao seu cônjuge para realização de determinados procedimentos, o qual sem sua aquiescência, não seria realizável), ou seja, é uma forma de permitir que haja uma atuação conjunta. Como nesse regime, alguns bens serão excluídos da comunhão, poderiam ser utilizados pelos cônjuges de forma livre para atingir os fins inerentes da sociedade.

Além disto, uma das características essenciais para a constituição da sociedade é o *affectio societatis*, ou seja, a vontade de ingressar em uma sociedade empresarial, de lucrar e suportar prejuízo por um negócio em comum com outro ou outros. Assim, não haveria uma sociedade entre cônjuges sem esse elemento e conseqüentemente não poderiam eles estarem em desacordo acerca da disposição dos bens, pois enquanto eles desejarem constituir uma sociedade irão acordar em ordenar o patrimônio da melhor forma que desejarem, mas sem deixar de observar os requisitos legais do âmbito empresarial e do direito de família.

Vale esclarecer, ainda, que em relação ao regime de 'separação obrigatória de bens', a vedação decorre devido a impedimento legal imposto pelo Código Civil

brasileiro, pois se os bens dos cônjuges não se comunicam, não poderiam compartilhar-se por um contrato de sociedade.

Assim, em relação ao regime de separação obrigatória dos bens, a justificativa para a proibição feita pelo legislador no art. 977 do Código Civil brasileiro baseia-se na preservação do patrimônio individual dos cônjuges, pois se houvesse a constituição de uma sociedade empresaria representaria uma alteração no regime de casamento e logo suprimiria a proteção decorrente da lei, formando uma universalidade de bens.

Sabe-se que pelos princípios comerciais adotados, o capital social da sociedade, em princípio, seria indiviso, ou seja, a contribuição feita por cada um dos sócios é na verdade um patrimônio investido e durante a existência da Sociedade permanece com suas características (de pertencer integralmente a própria entidade, que dele pode dispor), pois tal capital está a todo tempo protegido e qualquer sócio tem o direito a retirar-se da sociedade quando bem entender (pois ninguém é obrigado a contratar com quem não quer).

Entretanto, não tem por imposição legal, como ocorrer alteração do regime de casamento daqueles casados em regime de separação obrigatória de bens quando constituírem uma sociedade e o patrimônio pessoal de cada sócio permanece na sua unidade, na forma do quinhão social que este contribuiu, não tendo como haver confusão ou comunicação das quotas de que cada sócio efetivamente integralizou no momento da apuração dos haveres, seja para liquidação da sociedade, exclusão de sócio ou para que o sócio exerça o seu direito de retirada.

Castelo Branco (2009, p. 56) cita em seu artigo um exemplo bastante interessante para análise do caso na prática ao citar Nerilo (2004):

No primeiro exemplo, Miguel é casado com Nadir sob o regime da comunhão universal de bens. Ambos são sócios de uma sociedade comercial, sendo que Miguel é dono de 70% das quotas e Nadir dos outros 30%. No regime da comunhão universal, todos os bens do casal, sejam amealhados durante a constância do casamento, sejam anteriores ao casamento, são divisíveis entre os dois..

Vale dizer, tudo o que Miguel possuía antes de se casar passa a fazer parte do patrimônio do casal, e tudo o que Nadir era dona antes do casamento faz parte do patrimônio comum. Deste modo, em caso de separação, eles terão que dividir também esses bens trazidos à comunhão. As quotas de Miguel fazem parte do patrimônio comum do casal; as de Nadir, idem.

Pelo caso citado entende-se que 'Nadir' possuiria metade das quotas pertencentes a Miguel e este por sua vez seria detentor de metade das quotas pertencentes a Nadir, teoricamente. Não há sinal de fraude ou risco ao regime de bens, pois de toda forma haveria uma disposição dos bens para qualquer necessidade perante terceiros ou até mesmo para quando um deles desejar exercer seu direito de retirada da sociedade.

Castelo Branco (2009, p. 55), com a ajuda de Nerilo exemplifica também outra situação, quanto à questão do regime de separação obrigatória:

No segundo caso, se eles forem casados sob o regime da separação parcial de bens, farão parte do patrimônio do casal todos os bens contraídos durante a constância do casamento. Esse mesmo regime vigora para as uniões estáveis, nas quais é divisível o patrimônio amealhado durante a convivência.

Deste modo, se os recursos que compõem o capital social suceder do patrimônio do casal, das quotas que pertencem a Miguel será meeira Nadir, e vice e versa. Por fim, ambos acabam tendo o mesmo número de quotas, meio a meio, ainda que o contrato social atribua proporções distintas a cada um deles.

Como se vê, não há fraude ao regime de casamento, salvo se ponderada a afirmação de que, sendo sócia do marido, a mulher terá direitos que afrontavam o instituto do poder marital.

Conclui-se que não teria como haver fraude, pois ambos os cônjuges deveriam dividir meio a meio o número de quotas, além do que os recursos empregados para a formação do capital mesmo quando integralizados continuaria com sua característica de indiviso, ou seja, permaneceriam com a mesma característica de quando foi integralizado, como uma forma de evitar fraudes.

Destaca-se que a fraude não deve ser presumida pelo simples fato de uma utópica união de bens que deveriam permanecer separados, pois se sabe que na realidade há uma clara distinção entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio civil dos envolvidos.

Porém, a tendência da jurisprudência vem sendo pautada em não se aceitar a constituição de sociedade entre cônjuges quando casados no regime da separação obrigatória e universal de bens, como forma de evitar a fraude. Nesse sentido, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de nº 601922 de São Paulo do dia 22 de fevereiro de 2005, tendo como Relatora a Ministra Denise Arruda esclarece:

A tendência da jurisprudência é de admitir a sociedade limitada entre os cônjuges, desde que não constitua um instrumento de fraude. O art. 977 do novo Código Civil faculta aos cônjuges contratar sociedade entre si, desde que não sejam casados sob o regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Infelizmente, a posição adotada na nossa jurisprudência ainda está bastante controversa. O art. 977 do Código Civil brasileiro proíbe a formação de sociedade empresarial por cônjuges casados no regime da comunhão universal pois acredita que estes estariam buscando formar uma sociedade ficta e ocasionar uma confusão patrimonial e os casados no regime da separação obrigatória de bens buscavam na realidade a união de bens que deveriam permanecer separados.

Porém, o legislador presumiu que os cônjuges casados nesses regimes ao formarem sociedades estariam de forma inerente não agindo com probidade e sim de forma desonesta, constituindo uma sociedade com o único fim de burlar a lei. Entretanto, não há sentido em se valer de uma presunção de fraude por parte dos cônjuges para impedir a constituição de sociedade entre eles.

A questão sob análise reflete sobre o retrocesso da matéria, pois a doutrina e a jurisprudência já haviam firmado posicionamento acerca do assunto e de como garantir a segurança societária a partir da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, representando uma forma de atingir os sócios de empresas que agiram com dolo e/ou que tentassem prejudicar o direito dos terceiros envolvidos, os quais poderiam ter acesso ao Poder Judiciário para conseguir a reparação de tal dano. Dessa forma, esclarece-se que há um mecanismo capaz de resolver a situação de uma possível fraude, tornando o impedimento do art. 977 do Código Civil brasileiro totalmente desnecessário.

A proibição contida no artigo mencionado não se encaixa no contexto social e jurídico atual e viola a Constituição Federal de 1988, como já estudado, além de violar um direito inerente a um grupo pela Teoria de que os cônjuges poderiam fraudar terceiros que negociassem com a sociedade formada por ele e que estes teriam dificuldades ao procurar a reparação do dano causado.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica surge devido a preocupações com a má utilização da pessoa jurídica e desenvolveu-se nos países da Common Law e com o primeiro caso de utilização do Instituto foi no caso “Salomon x Salomon Co” em 1897, na Inglaterra.

No caso “Salomon x Salomon Co”, o empresário Aaron Salomon tinha instituído uma empresa com mais seis membros de sua família e cedeu seu ‘fundo de comercial’ a sociedade, recebendo vinte mil ações representativas de sua contribuição, ao passo que cada um dos outros seis membros recebeu apenas uma ação para integrar o valor da incorporação, citado por Requião (1998).

Coelho (2003, p. 126) explica que:

a doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a “teoria da desconsideração da pessoa jurídica”, pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente cabia à sociedade.

A pessoa jurídica é considerada pela lei como um instrumento importante para que se desenvolva a atividade empresarial e deve ser usada de forma legítima e com boa-fé. Quando se institui uma pessoa jurídica, automaticamente esta ganhará autonomia no campo patrimonial, para celebrar contratos e contrair dívidas, por exemplo. Porém, se o propósito primordial não for atingido e acabar sendo desvirtuado, não faria sentido permanecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros.

Desta maneira, a desconsideração se pauta como uma maneira de amoldar a pessoa jurídica para seus devidos fins, ou seja, para os quais esta foi criada, limitando e coibindo o instituto. O privilégio da autonomia patrimonial com relação aos seus membros só se demonstra quando a pessoa jurídica é utilizada de forma adequada, logo se existir um desvio da sua função principal não haverá razão para tal autonomia.

Se a utilização do instituto foi desvirtuada, nada mais justo que retirar os privilégios que a lei permite e descartar a separação patrimonial ao caso concreto, como se não existisse autonomia entre a pessoa jurídica e seus membros. Com ela então, os sócios ficariam limitados há praticar os atos inerentes a sociedade pois se não os fizer perderiam o amparo referente a autonomia patrimonial.

Destaca-se, entretanto, que a desconsideração da personalidade jurídica é na realidade uma medida fora do comum, pois a regra deve ser a da autonomia

patrimonial sendo uma excepcionalidade o uso desta, só devendo ser utilizada quando se restar comprovado o desvio do uso da pessoa jurídica.

A pretensão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica é atacar os sócios de sociedade empresária que ao agirem com dolo, atacam os direitos de terceiros quando estiverem ou na gerência da empresa ou quando praticam atos que desencadeiam prejuízos aos outros, pois daria ao ofendido uma forma segura de recuperar o que lhe é devido.

Assim, não há o que se falar em constituição de sociedade empresária por cônjuges com o objetivo de fraudar, pois no ordenamento jurídico brasileiro há maneiras de cessar a fraude feita por sócios que se utilizam da pessoa jurídica para praticar atos ilícitos, que é o instituto da desconsideração.

Portando, o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica objetiva a conservação da pessoa jurídica e a separação de seu patrimônio e personalidade perante os seus integrantes, protegendo as vítimas de fraudes realizadas em nome da pessoa jurídica. E, em alguns casos, poderá deixar de lado temporariamente os efeitos da personalidade jurídica da pessoa jurídica como forma de atingir a responsabilidade dos sócios.

A teoria da desconsideração da Pessoa Jurídica permite que o Poder Judiciário perante uma fraude realizada pela pessoa jurídica ignore a autonomia patrimonial a ela inerente e responsabilize de forma de direta, pessoal e ilimitada aquele que praticou o ato em nome da sociedade que dele se beneficiou.

Diniz (2002, p. 256/257) esclarece, então:

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão julgante.

O instituto foi consagrado no nosso ordenamento jurídico no art. 50 do Código Civil brasileiro de 2002, assim como no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e majoritariamente é utilizado pelas jurisprudências pátrias, não fazendo sentido

uma norma que proíba a sociedade entre cônjuges, sendo este instituto responsável por impedir e solucionar atuações fraudulentas de sócios em nomes da sociedade.

Assim, acredita-se que o legislador se equivocou, pois se diante de uma fraude cometida por uma sociedade constituída por cônjuges, sejam esses casados no regime de separação obrigatória ou comunhão universal de bens, e estes venham a causar prejuízos a terceiros, poderão os interessados provocar o Poder Judiciário com o intuito de afastar a autonomia patrimonial da sociedade e responsabilizar os membros que desencadearam o ato ilícito e com ele se beneficiaram.

Desnecessário se faz o legislador, atacar os princípios da livre associação e da liberdade de iniciativa devido a um pressuposto de fraude e má-fé. Pois não há como basear-se em presunções como forma de limitação da liberdade individual mas deve-se encontrar uma forma de proteger-se de iniciativas fraudulentas, como o instituto da desconsideração da personalidade jurídica que se pauta como uma medida extraordinária para impedir que se utilizem da pessoa jurídica de forma ilícita.

E mais, a fraude não pode ser presumida e pode haver em qualquer sociedade, independente de quem são os membros. A fraude, na verdade, precisa ser analisada no caso concreto e se provada pode então vir a aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como forma de afastar a proteção da pessoa jurídica e chegar ao patrimônio particular dos sócios.

Esse instituto buscar remover de forma momentânea a proteção inerente às pessoas jurídicas como forma de tocar no patrimônio particular dos sócios e impedir que seja utilizada para outros fins que não sejam seu objeto social, mas sem declarar nula ou que desconstitua ou dissolva a pessoa jurídica, pois não se pode deixar que os sócios usem dela com má-fé e dolo para pratica de ato ilícito como forma de alcançar seus próprios interesses e atingir os terceiros.

Seu objetivo primordial é evitar o mau uso da personalidade jurídica da sociedade, o abuso de direito, a conduta ilícita e a fraude, e possibilitar que se alcance o patrimônio particular daqueles sócios que agem com má-fé e os tornando ilimitadamente responsáveis junto com a sociedade, é uma forma de dar as relações patrimoniais realizadas pelas pessoas jurídicas uma segurança, principalmente devido a autonomia objetiva consagrada pelo direito privado brasileiro.

E questiona-se como o Código Civil brasileiro de 2002 baseado sob o alicerce da boa-fé e da probidade, pauta-se na suposição de que aqueles cônjuges casados no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens não estariam sendo íntegros.

Dessa forma, seja utilizando a teoria maior contida no art. 50 do Código Civil brasileiro de 2002, a qual exige a prova do concluiu entre os sócios ou utilizando-se da teoria menos contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor que basta a prova da insatisfação do crédito, quando os cônjuges utilizarem-se da sociedade com forma para ofender o direito de terceiros poderá o juiz desconsiderar de forma momentânea a personalidade jurídica da sociedade e alcançar o patrimônio particular dos cônjuges e assim garantir a satisfação do credor.

O ex-Deputado Federal Ricardo Fiuza em junho de 2002 junto com um grupo de entendedores, apresentou seu Projeto de Lei nº 6.960/2002, assumindo o compromisso perante o Congresso nacional de apresentar modificações ao Código Civil de 2002. Dentre os dispositivos que ele pretendia alterar, estava o art. 977 do mencionado código e pretendia que fossem suprimidas as proibições à constituição de sociedades entre os cônjuges casados no regime da comunhão universal e da separação obrigatória de bens.

A redação da norma seria então: “Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros”. Fiuza (2002) justifica a mudança:

Art. 977: A alteração proposta pretende suprimir a restrição a que os cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens celebrem contrato de sociedade. Como bem observou o Professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, nas judiciosas sugestões que ofereceu a este parlamentar, “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 de ambos os cônjuges). Os cônjuges não podem ser privados de realizar o negócio societário, sem restrições”. (PL-6.960/2002).

A proposição de Fiuza não vingou e com o fim da legislatura dele, o projeto de lei foi arquivado em 31/01/2007. Porém, este projeto de lei encabeçado pelo ex-deputado era bastante importante para o ordenamento jurídico pra resolver controvérsias existentes nos dispositivos do Código Civil brasileiro de 2002.

Porém, atualmente há no Senado Federal um Projeto de Lei nº 611/11 que tem como autor o Senador Francisco Dornelles, o qual pretende a alteração do art. 977 do Código Civil, que pretende facultar aos cônjuges a contratação da sociedade entre si independente do regime de bens adotado no casamento.

O Senador Francisco Dornelles justifica o seu projeto de lei:

O art. 977 do Código Civil, na redação vigente, impede os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de contratar sociedade, entre si ou com terceiros. Trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência haviam consolidado o entendimento de não haver impedimento para a sociedade entre cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens adotado no casamento. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 104597/PR, julgado pela Primeira Turma em 10 de maio de 1985, no qual foi relator o Ministro Rafael Mayer, cuja ementa estabelece que é legítima a sociedade por cotas que tenha como sócios exclusivos marido e mulher, tendo em vista que sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação. De igual modo, decidiu aquela Corte de Justiça no Recurso Extraordinário RE 108728/SP, julgado pela Primeira Turma em 3 de fevereiro de 1989, no qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, em cuja ementa consta que reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da mulher casada. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado posterior à entrada em vigor do novo Código Civil, no Recurso Especial nº 1.058.165 – RS, no qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu pela impossibilidade de contratação de sociedade entre cônjuges casados no regime de comunhão universal ou separação obrigatória, tendo em vista vedação legal que se aplica tanto às sociedades empresárias quanto às simples, em razão do disposto no art. 977 do Código Civil. Esta proposição tem por finalidade extinguir a vedação contida na legislação, que tem levado, inclusive, os cônjuges casados no regime da comunhão universal que queiram participar conjuntamente de uma sociedade a requerer primeiramente a alteração do regime de bens, como autoriza o § 2º do art. 1.639 do Código Civil, único modo de viabilizar a sociedade entre eles. Não há razão que justifique a restrição prevista na legislação, que só tem trazido dificuldades para a criação da sociedade entre cônjuges, motivo pelo qual contamos com o apoio dos ilustres pares para a aprovação deste projeto.

Dessa forma, considerando o que for exposto, percebe-se que as motivações que levaram a criação do art. 977 do Código Civil de 2002, não se enquadra mais na realidade de nosso país, sendo a alternativa o acolhimento deste projeto de lei para que ele se atualize e fica de acordo com o nosso atual ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

O Código Civil Brasileiro de 2002 mudou de forma expressiva o Direito Empresarial brasileiro admitindo à Teoria da Empresa, positivando cada vez mais o direito das Obrigações e revogando a Primeira Parte do Código Comercial, o que representou a unificação do direito privado há muito demandada pela doutrina.

Uma das inovações trazidas foi a matéria que trata o art. 977 que veda a ‘Sociedade Contratual’ entre cônjuges quando o regime de bens adotado for o da comunhão universal (art. 1667 CC) ou o da separação obrigatória de bens (art. 1641CC).

Diante das restrições trazidas pelo citado dispositivo, procurou-se, no presente trabalho, estudar, analisar, pesquisar e apresentar as principais discussões que nos dias de hoje envolvem a constituição de Sociedade Contratual entre cônjuges ou entre um dos cônjuges com terceiro, buscando de forma interdisciplinar abordar (in)constitucionalidade do art. 977 do CC – que trata desta questão.

Nesse sentido, entende-se o legislador, ao acrescentar, no mencionado dispositivo legal, este comando proibitivo cometeu um grave erro que representa um retrocesso, diante da existência de lei que era considerada mais avançada e que existia a pacificação doutrinária e jurisprudencial que já havia sido estabelecida no meu jurídico no Brasil que respirava a tese de admissibilidade da constituição de Sociedade Contratual entre cônjuges ou com terceiros, independente de qual fosse o regime de bens.

Assim, o art. 977 do CC, devido às exigências que impõe aos cônjuges (que adotarem a ‘comunhão universal ou a separação obrigatória de bens’) deve ser considerado inconstitucional visto que contraria os princípios constitucionais da ‘liberdade de associação’, da ‘liberdade de contratação’ e o da ‘liberdade de iniciativa’. Nesse sentido, tem-se uma ofensa à Constituição brasileira.

Justificar a existência de tal dispositivo infraconstitucional sob o pretexto de se evitar futuras fraudes que poderiam ser cometidas por um dos conjugues, não poderão ser aceitas, isto porque outros mecanismos poderiam ser invocados para debelar irregularidades ou sabotagens ou desvios aos bens de qualquer dos casais.

Casuais situações que envolvem fraude e desvirtuação do instituto da pessoa jurídica podem ser reprimidas pelo ordenamento jurídico nacional que já há

mecanismos eficazes para isso, como o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A doutrina acredita que a possível fraude ao regime de bens, precisaria ser algo debatido em casos concretos, pois está deve ser provada e não presumida, utilizando dessa forma do Instituto da Despersonalização da Pessoa Jurídica quando se averiguar a fraude em um caso concreto.

A presunção, na verdade deve ser de boa-fé, evitando que o cidadão de bem seja punido de forma antecipada por fatos eventuais que podem vir a ocorrer no direito empresarial, pois fraudes ocorrem em qualquer tipo de sociedade independente de ser entre cônjuges ou não.

Assim, não se pode utilizar o argumento de que vai haver prevenção à fraude como uma técnica legislativa a proteção ao terceiro prejudicado em contrapartida ao direito dos cônjuges de contratar sociedade empresarial entre si ou com terceiros.

O Projeto de Lei nº 6.960/2002 de autoria do ex-Deputado Federal Ricardo Fiúza que visa dar fim ao comando proibitivo ao qual se abordou neste trabalho, se houvesse sido aprovado e sancionado, seria uma forma para se esclarecer os questionamentos levantados, poupando as discussões dos Tribunais, da Justiça e das partes que procuram o reconhecimento do direito reduzido pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

Se na previsão contida no art. 977 do Código Civil brasileiro de 2002 há uma afronta direta a princípios constitucionais fundamentais, como o da liberdade de associação e da livre iniciativa, devido a restrições aos cônjuges casados sob o regime de separação obrigatório e o da comunhão universal de bens de contraírem sociedade entre si ou com terceiros.

Não há forma de se admitir a continuação da norma do art. 977 Do Código Civil Brasileiro de 2002 devido a total incompatibilidade que existe entre ela o ordenamento jurídico e principalmente a norma constitucional vigente.

Assim, espera-se que o legislador possibilite uma alteração do art. 977 do Código Civil, de maneira a admitir a constituição da sociedade entre cônjuges seja qual for o regime de bens que adotar.

Outra questão que foi objeto de estudo e análise desta pesquisa é a que trata o art. 2031 do CC. Conforme o art. 2031 do Código Civil Brasileiro de 2002, houve uma divergência de opinião sobre o ajustamento das sociedades que já haviam sido formadas, no prazo de um ano.

O que se sustentou por significativa parcela da doutrina e por consenso do DNRC, foi que as sociedades contratuais que já haviam legalizado seus atos de constituição antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, estavam amparadas pelo princípio constitucional que consagra o 'ato jurídico perfeito' e não retroagiria a lei nova, conforme entendimento do STF. Dessa maneira, o comando proibitivo do dispositivo legal mencionado sobre a sociedade contratual entre cônjuges, devido ao regime de bens adotado no casamento, não deveria ser aplicado àquelas sociedades que de forma legítima se constituíram até o dia 11 de janeiro de 2003.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Clara Pereira. **Curso Avançado de direito Comercial**. 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. 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: 28 mar. 2016.

_____. **Lei nº 556/1850**. Código Comercial de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em: 20 fev 2016.

_____. **Lei nº 3.071/196**. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 20 fev 2016.

_____. **Lei nº 4.121/62**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 20 fev 2016.

_____. **Lei nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 fev 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 108728/SP. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em: 03/02/1989. Primeira Turma. DJ 14-11-1991 PP-16358 EMENT VOL-01642-02 PP-00246. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/906275/recurso-extraordinario-re-108728-sp>> Acesso em: 24 fev 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Especial 1.058.165/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/anuais/informativo_anual_2009.pdf> Acesso em 24 fev 2016.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônimas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTELO BRANCO, Bruno Carvalho. **Sociedade entre cônjuges**: estudo sobre o art. 977 do Código Civil de 2002. Brasília. 2009. 68 p. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br/jspui/bitstream/10869/4249/1/Bruno%20Carvalho%20Castelo.pdf>> Acesso em: 20 fev 2016.

CASTRO, Rejanne D'arc B. de Moraes. **Parecer Jurídico DNRC n.º 50/03**. Departamento Nacional de Registro do Comércio. 2003.

_____. **Parecer Jurídico DNRC n.º 125/03**. Departamento Nacional de Registro do Comércio, 2003.

_____. **Parecer Jurídico DNRC n.º 205/03**. Departamento Nacional de Registro do Comércio, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 14ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 5. ed. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 5. ed. Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Novo Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Sociedade de cônjuges e o novo Código Civil**. São Paulo: Valor Econômico, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 3. ed. atual. e ampl. com formulário. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e atuação empresarial.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** Vol 3. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

_____. **Direito Comercial.** 15 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Manual da Sociedade Limitada no novo Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil comentado.** 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

PERES, Fabio Henrique. **Sociedade entre cônjuge e o regime do Código Civil.** Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 9. Vol 33, p. 73-102. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 25. ed. Atual. por Rubens Edmundo Requião. Vol. 1. 513 p. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 611/11.** Altera o art. 977 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para facultar aos cônjuges contratar sociedade, independentemente do regime de bens adotado no casamento. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97368&tp=1> > Acesso em: 20 fev 2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 6.960/2002**. Direito de família: propostas de mudanças. Disponível em: < <http://www.clarissabottega.com/69602002.htm>> Acesso em 23 fev 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coordenação: Salvo de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro. Forense, 2005.