

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ana Paula Souza Mangrich

Sociedade Entre Cônjuges:

A inconstitucionalidade do artigo 977 do Código Civil Brasileiro

Florianópolis

2008

Ana Paula Souza Mangrich

Sociedade Entre Cônjuges:

A inconstitucionalidade do artigo 977 do Código Civil Brasileiro

Monografia apresentada como requisito acadêmico para obtenção do título de Bacharel em Direito do Curso de Graduação de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Professora Mestre Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada Sociedade entre cônjuges: a inconstitucionalidade do artigo 977 do Código Civil Brasileiro, elaborada pela acadêmica Ana Paula Souza Mangrich e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/12/2008.

Presidente: Professora M.Sc. Renata Raupp Gomes; UFSC

Membro: Professor Dr. Humberto Pereira Vecchio; UFSC

Membro: Professor Dr. João dos Passos Martins Neto; UFSC

DEDICATÓRIA

À saudosa **Vó Gicela**, que em sua nobre existência demonstrou ser a família a base de tudo e a educação a maior e mais importante ferramenta de desenvolvimento humano.

AGRADECIMENTOS

À Deus por dar-me força e fé suficientes para a superação dos percalços que a vida impõe;

Aos meus pais: Roberto que, além de ter me proporcionado a vida, é meu anjo da guarda que me ilumina e me protege; e Gilda, meu porto seguro, que com seu amor incondicional propiciou as melhores condições para o meu crescimento;

Às minhas irmãs, Valéria e Cláudia, pelo carinho e amor a mim dispensados, próprios de uma mãe;

À Roberta, minha irmã querida, por me inspirar em ser uma pessoa melhor;

Às minhas sobrinhas Priscila, Letícia e Victória que por alegrarem meus dias, concederam-me ânimo nos momentos mais árduos;

Ao Cesar, meu namorado e melhor amigo, companheiro desde o início do curso e peça fundamental para a concretização deste trabalho;

Às minhas amigas de infância, influências essenciais na estruturação da minha personalidade, verdadeiras irmãs que pretendo levar ao meu lado para sempre;

Aos meus colegas de faculdade, em especial àqueles com o qual compartilhei intensos laços de amizade ao longo da vida acadêmica;

Aos meus colegas de trabalho, especialmente os do Gabinete do Desembargador Luiz César Medeiros, por complementarem meu conhecimento acadêmico e apoiarem-me diretamente na construção desta pesquisa;

À Universidade Federal de Santa Catarina, por propiciar-me boa formação acadêmica na área jurídica e, por conseguinte, toda a estrutura necessária para o desenvolvimento desta Monografia;

À minha orientadora, professora Renata Raupp Gomes, que além de sempre me inspirar em suas esplêndidas aulas de Direito de Família e Sucessões, auxiliou-me diretamente na edificação deste trabalho científico.

Enfim, dispenso minha profunda gratidão a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o meu desenvolvimento humano e intelectual e, em particular, para a produção desta pesquisa acadêmica.

EPÍGRAFE

“Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.” Eros Grau

RESUMO

O Código Civil brasileiro de 2002 introduziu regramento, até então inexistente, a respeito da constituição de sociedade por cônjuges, porquanto instituiu em seu artigo 977 norma que permite a contratação de sociedades por cônjuges, entre si ou com terceiros, desde que não sejam estes casados nos regimes da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens. Além desse dispositivo legal ser retrógrado, uma vez que já havia toda uma construção legislativa, jurisprudencial e doutrinária no sentido da possibilidade da constituição de sociedade por cônjuges qualquer que fosse o regime matrimonial, é também inconstitucional. Isso porque afronta princípios e fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, tais como a igualdade, a livre iniciativa, a liberdade de associação, a liberdade de trabalho, ofício e profissão e a proteção à família. Ademais, não prosperam os argumentos utilizados pelos defensores da norma disposta no artigo 977 do Código Civil, ante a possibilidade de resolução das possíveis fraudes por meio da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Além disso, também não se sustenta essa proibição pelo fato de as regras de Direito de Família demonstrarem a ocorrência dos mesmos efeitos práticos do regime da comunhão universal de bens no regime da comunhão parcial de bens, quando o casamento por ele regido apresentar apenas a massa de bens comuns, bem como por a Súmula 377 do STF admitir a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento no regime de separação obrigatória de bens. Assim, deve ser o artigo 977 do Código Civil extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto não se coaduna com os ditames constitucionais, comprometendo, dessa forma, a unidade de nosso sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE:

Sociedade; Cônjuge; Regime de Bens; Fraude; Personalidade jurídica; Princípios constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
Capítulo 1 – Princípios constitucionais relativos ao tema.....	11
1.1 Unidade do ordenamento jurídico e hierarquia das normas	11
1.2 Controle de constitucionalidade das leis	15
1.3 A Constituição Federal de 1988 e o papel dos princípios	18
1.4 Princípios constitucionais relativos ao tema.....	27
1.4.1 Princípio da igualdade	28
1.4.2 Princípios da ordem econômica e social	29
1.4.2.1 Princípio da livre iniciativa.....	31
1.4.2.2 Princípio da liberdade de associação	34
1.4.2.3 Princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão	35
1.4.2.4 Princípio da proteção à família.....	36
Capítulo 2 – O artigo 977 do Código Civil e suas implicações no Direito Empresarial e no Direito de Família.....	38
2.1 Breve histórico da constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil	38
2.2 O artigo 977 do Código Civil	41
2.3 Sociedades atingidas pela nova regra	46
2.4 Regimes conjugais atingidos pela nova regra.....	55
2.4.1 Regime da comunhão universal de bens	59
2.4.2 Regime da separação obrigatória de bens.....	62
Capítulo 3 – Fraude e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	66
3.1 Fraude a sua presunção.....	67
3.2 Fraude e os regimes de bens da comunhão universal e da separação obrigatória	69
3.3 Teoria da desconsideração da personalidade jurídica.....	73

3.4 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o artigo 977 do Código Civil	86
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro de 2002 introduziu regramento, até então inexistente, a respeito da constituição de sociedade por cônjuges, porquanto instituiu em seu artigo 977 norma que permite a contratação de sociedades por cônjuges, entre si ou com terceiros, desde que não sejam estes casados nos regimes da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens.

Ocorre que o ingresso desse dispositivo legal no ordenamento brasileiro é considerado retrógrado por muitos estudiosos do Direito, uma vez que já havia toda uma construção legislativa, jurisprudencial e doutrinária no sentido da possibilidade da constituição de sociedade por cônjuges qualquer que fosse o regime matrimonial.

Ademais, esse preceito normativo chega a ser tido como inconstitucional por alguns doutrinadores jurídicos, eis que a proibição nele estabelecida afrontaria princípios e fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, tais como a igualdade, a livre iniciativa, a liberdade de associação, a liberdade de trabalho, ofício e profissão e a proteção à família.

De outro lado, os defensores do artigo 977 sustentam que a sociedade constituída por cônjuges casados sob a égide dos regimes da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens seria mais suscetível para a ocorrência de fraude, o que justificaria a proibição em questão.

Dessa forma, infere-se extrema relevância no estudo desse tema interdisciplinar, que envolve Direito Constitucional, Direito Empresarial e Direito de Família, diante da influência que esse preceito legal exerce sobre as sociedades já constituídas, bem como sobre as que ainda virão a existir. Assim, a abrangência da implicação prática dessa

mudança em grande parcela das pessoas jurídicas em debate consiste o elemento motivador desta pesquisa.

Resta examinar, portanto, se de fato essa limitação imposta pelo Código Civil encontra respaldo em argumentos e justificativas razoáveis e suficientes, ou, pelo contrário, se essa barreira legal encontra-se desconforme com direitos e garantias constitucionalmente protegidos, ante a possibilidade de resolução das possíveis fraudes por meio da utilização de instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, o exame da sociedade entre cônjuges se dará por meio de um trabalho científico estruturado em três capítulos.

Para tanto será empregado como método de abordagem o dedutivo, e como método de procedimento o monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas, por sua vez, serão a documental e a bibliográfica.

O primeiro capítulo tratará dos princípios constitucionais relativos ao tema (igualdade, livre iniciativa, liberdade de associação, liberdade de trabalho, ofício e profissão e proteção à família). Será ressaltado o papel dos princípios na concretização da Constituição Federal da República do Brasil, bem como a importância do respeito à nossa Carta Maior para a preservação da unidade do ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo examinará o artigo 977 do Código Civil e suas implicações no Direito Empresarial e no Direito de Família. De início, será inserido um breve histórico a respeito da constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil. Logo após, elaborar-se-á uma apresentação do artigo 977 do Código Civil, de forma a buscar seus motivos, suas possíveis interpretações, sua aplicabilidade e a recepção dada pela sociedade brasileira. Em seguida, serão avaliados os tipos de sociedades atingidos pela regra. Por fim, será feita a ponderação dos regimes conjugais abrangidos pela norma.

O terceiro capítulo, por derradeiro, analisará as possíveis fraudes aventadas como justificativa para a restrição legal. Posteriormente, será apreciada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como ferramenta jurídica solucionadora desses atos fraudulentos.

Capítulo 1 – Princípios constitucionais relativos ao tema

O Código Civil brasileiro de 2002 introduziu regramento, até então inexistente, a respeito da constituição de sociedade por cônjuges, porquanto instituiu a seguinte redação no artigo 977:

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.

Esse dispositivo legal vem sofrendo questionamentos da doutrina¹ acerca de sua constitucionalidade, uma vez que a proibição nele estabelecida afrontaria princípios e fundamentos basilares da República Federativa do Brasil.

Faz-se necessário, por conseguinte, um capítulo inicial que analise os fundamentos e princípios constitucionais relativos ao tema, haja vista que eles servirão de base para o desenvolvimento do objeto em estudo.

1.1 Unidade do ordenamento jurídico e hierarquia das normas

Antes de adentrar nos fundamentos e princípios constitucionais relativos ao tema, imperioso tratar da unidade do ordenamento jurídico e da hierarquia das normas, eis que tais conceitos proporcionarão, por meio de maior substrato jurídico, o exame do controle de constitucionalidade como elemento fundamental na concretização da Constituição Federal da República do Brasil.

Norberto Bobbio conceitua o ordenamento jurídico como o conjunto ou complexo de normas. Justifica sua pesquisa sobre o ordenamento sob o argumento de que “as

¹ Nesse sentido: CAMPINHO, COELHO, GAGLIANO, GONÇALVES NETO, REQUIÃO, ROCHA FILHO, SOUSA e VENOSA.

normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si” (1997, p. 19).

Com efeito, “a complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho” (BOBBIO, 1997, p. 38).

Assim, “se um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si” (BOBBIO, 1997, p. 34).

A partir disso, aponta o referido jurista quatro dos principais problemas que nascem da consideração do ordenamento jurídico. São eles:

Em primeiro lugar se trata de saber se essas normas constituem uma *unidade*, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse propósito é o da *hierarquia* das normas. [...]

Em segundo lugar trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um *sistema*. O problema fundamental que é colocado em discussão a este respeito é o das *antinomias jurídicas*. [...]

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser *completo*. O problema fundamental que aqui é discutido é o das assim chamadas *lacunas* do Direito. [...]

Finalmente, não existe entre os homens um só ordenamento, mas muitos e de diversos tipos. Têm relações entre si os vários ordenamentos? E de que gênero são tais relações? O problema fundamental que aqui deverá ser examinado é o do reenvio de um ordenamento a outro (BOBBIO, 1997, p. 34-35).

Não obstante a relevância dos quatro problemas apontados pelo eminente jurista italiano, interessa ao presente estudo apenas o primeiro deles, qual seja, a unidade do ordenamento jurídico e a hierarquia das normas.

Dessa problemática infere-se que, apesar da complexidade do ordenamento jurídico e conseqüente necessidade de um grande número de regras, tais normas devem constituir uma unidade a partir do poder originário:

Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento (BOBBIO, 1997, p. 41).

Dessa forma, Norberto Bobbio utiliza a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen, para explicar a unidade de um ordenamento jurídico complexo:

Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de “ordenamento” (1997, p. 49).

Kelsen justifica sua teoria a partir da dinamicidade do direito:

Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento da validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior. A que determina a produção é mais alta, e a produzida de modo determinado é mais baixa. O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções (2003, p. 103).

Norberto Bobbio conclui, a partir da teoria formulada pelo jurista austríaco, a hierarquização do ordenamento jurídico:

Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica* (1997, p. 49).

Ocorre que, por certas vezes, essa hierarquia torna-se desrespeitada, pois nem sempre normas inferiores estarão de acordo com normas superiores:

A unidade do ordenamento jurídico, construído de modo escalonado, parece estar em questão, uma vez que uma norma de grau inferior não corresponde a uma norma de grau superior determinante, seja em sua produção seja em seu conteúdo, ou seja, quando é contrária à determinação que constitui a supra e a infra-relação do ordenamento. É o problema da norma contrária à norma, que se apresenta aqui: a lei inconstitucional, o regulamento, a sentença ou o ato administrativo contrários à lei ou ao decreto (KELSEN, 2003, p. 109).

Nesses casos, Kelsen entende pela antijuridicidade da norma em questão, haja vista a contradição lógica em decorrência da unidade do ordenamento jurídico:

Como pode, indaga-se, ser mantida a unidade do ordenamento jurídico como um sistema normativo lógico fechado quando entre duas normas de graus diferentes desse sistema existe uma contradição lógica, quando a Constituição, assim como a lei que a infringe, quando a lei e a sentença que a contradiz estão válidas. Que este seja o caso não pode ser posto em dúvida pelo direito positivo. Este figura como direito antijurídico e confirma sua existência exatamente por diversas medidas, tanto para impedi-lo como para restringi-lo. Mas ao fazê-lo, ao aceitar como válida, por quaisquer motivos, uma, mesmo que indesejada norma, aceita-lhe o caráter antijurídico. E este fato significa que, como norma antijurídica designada como fenômeno, a lei inconstitucional, a sentença ilegal etc., será realmente uma contradição lógica entre uma norma mais alta e uma norma inferior, o que acontece por causa da unidade do ordenamento jurídico. Mais isso não ocorre de maneira nenhuma (2003, p. 109-110).

Afirma o mencionado jurista que a unidade do ordenamento jurídico não permite que haja qualquer tipo de comprometimento da unidade em razão de contradições lógicas, de forma que o direito sempre solucionará os conflitos:

A “norma antinorma” ou é apenas anulável, ou seja, uma norma válida até sua anulação e, portanto, norma regular; ou é nula e, então, não é norma. O conhecimento normativo não tolera nenhuma contradição entre duas normas do mesmo sistema. O possível conflito entre duas normas válidas de graus diversos é solucionado pelo próprio direito. A unidade no escalonamento do ordenamento jurídico não é comprometida por nenhuma contradição lógica (KELSEN, 2003, p. 112).

Complementando o entendimento de Kelsen a respeito da impossibilidade do comprometimento da unidade do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio trata da importância da observação dos limites materiais e formais impostos pelo poder constitucional, haja vista que a atribuição de poder aos órgãos inferiores não se dá de maneira ilimitada:

A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema (1997, p. 54).

Na mesma direção, doutrina mais recente tratando da hierarquia das normas, em especial das constitucionais:

Significa isso que, de um lado as normas constitucionais, uma vez estabelecidas, não de ficar resguardadas de acordo com o *status* que merecem no sistema jurídico, e, de outro, que as normas que lhe são inferiores hierarquicamente deverão respeitar tanto os princípios explícitos quanto os implícitos na ordem constitucional. Se assim não fosse, pode-se imaginar o descrédito a que passariam as normas chamadas constitucionais: as normas inferiores a revogar ou a sobreporem-se àquelas (SOUZA, 1998, p. 45).

Observa-se, diante disso, que a unidade do ordenamento jurídico depende do respeito das normas hierarquicamente inferiores em relação às normas hierarquicamente superiores. Em outras palavras, a unidade depende do respeito das leis em relação aos preceitos e princípios explanados na Constituição Federal da República do Brasil.

Sendo assim, o controle de constitucionalidade das leis representa o instrumento jurídico que possibilita a preservação da unidade do ordenamento, uma vez que a Carta Constitucional é concebida como o ponto de referência último de nosso sistema jurídico.

1.2 Controle de constitucionalidade das leis

Em razão de perfazer o instrumento adequado e necessário para a preservação da unidade do ordenamento jurídico, imprescindível uma breve análise acerca do controle de constitucionalidade das leis.

É convergente entre os doutrinadores que “a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2005, p. 625).

O jurista lusitano Gomes Canotilho ministra com muita sapiência sobre a força e supremacia da Constituição:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *Lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estaduais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, “agravadas” ou “reforçadas” relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjunção destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos: os atos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais (2000, p. 890).

Na mesma senda, Paulo Bonavides salienta que o controle da constitucionalidade se reveste como consequência das Constituições rígidas:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania (2004, p. 296).

Alexandre de Moraes ainda assenta que o controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, porque “além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito” (2005, p. 626).

Observa-se, diante do exposto, que o modelo adotado pelo Estado brasileiro de Constituição rígida, caracterizado pela inflexibilidade nas alterações normativas constitucionais e conseqüente distinção entre poder constituinte e poder constituído, proporciona a superioridade da lei constitucional.

A superioridade da lei constitucional, por sua vez, propicia o controle de constitucionalidade das leis, eis que a superlegalidade formal estabelece a Constituição como norma primária da produção jurídica, bem como a superlegalidade material impõe a conformidade substancial de todos os atos do Estado com as regras e princípios constitucionais.

De fato, “o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição” (SILVA, J.A., 2005, p. 46).

Pode-se conceituar o controle de constitucionalidade, portanto, como “o exame da compatibilidade existente entre a lei ou atos normativos e a Constituição de determinado Estado” (SOUZA, 1998, p. 45-46).

“O controle se fará pela análise da lei ou de um ato normativo frente à Constituição ou de algum de seus princípios e preceitos, afirmando-se, ou não, a possibilidade de coexistência de ambos no mesmo sistema jurídico” (SOUZA, 1998, p. 46).

Nesse sentido, vale colacionar o ensinamento de Paulo Bonavides:

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida (2004, p. 297).

Assim sendo, a norma inconstitucional se constituirá em um corpo estranho dentro de um ordenamento jurídico, devendo, como tal, ser extirpada.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade das leis representa um poderoso instrumento de garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, pois assegura “a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental” (CANOTILHO, 2000, p. 887-888).

Canotilho adverte que a estabilidade e a conservação da norma fundamental restringem-se contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial:

Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado (2000, p. 889).

Mais adiante, por outro lado, explicita que a idéia de controle não deve estar apenas associada a um pensamento negativo, porque também atua na concretização e desenvolvimento do direito constitucional:

A idéia de controle anda geralmente associado um “pensamento negativo”: o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos atos normativos, *desaplicando* as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional “controla” a legitimidade constitucional, *anulando* os atos legislativos contrários à lei fundamental. Se não se pode contestar que o princípio da *judicial review* reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desaplicá-la no caso concreto, e que o controle concentrado abstrato é fundamentalmente (Kelsen) uma “legislação negativa” eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar de reconhecer constituir a tarefa de controle também uma tarefa de concretização e desenvolvimento do direito constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 891).

Resta analisar se a nova disciplina referente à constituição de sociedade por cônjuges estabelecida pelo Código Civil brasileiro de 2002 representa uma alteração

aniquiladora do núcleo essencial da norma fundamental, ou se se consubstancia em uma mudança necessária.

Para tanto será fundamental examinar se a regra fundada pelo poder constituído se coaduna aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.

1.3 A Constituição Federal de 1988 e o papel dos princípios

Para o perfeito entendimento dos princípios políticos fundamentais da Constituição Federal de 1988, cogente um conciso exame a respeito do constitucionalismo brasileiro e suas influências na construção de nossa atual Carta Magna.

Paulo Bonavides assinala três períodos constitucionais no Brasil:

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século (2004, p. 365).

Ressalta o aludido jurista que na década de 30 já se inicia um período complexo e tumultuário, marcado por uma convulsão ideológica baseada nas Constituições de Weimar e Bonn, que proporcionou o desenvolvimento de uma nova ordem constitucional brasileira, fundamentada pela implantação de direitos sociais:

Com a promulgação da nova Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou o Brasil a terceira grande época constitucional de sua história; época marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições. Sua mais recente manifestação formal veio a ser a Carta de 5 de outubro de 1988.

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro (BONAVIDES, 2004, p. 366).

Mais adiante, aponta as influências da Constituição de Weimar na obra dos constituintes brasileiros de 1933-1934, que até hoje perpetuam em nossa atual Constituição:

Esse reluzente espelho trouxe para aquela Constituição imagens novas de matéria constitucional: a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a **ordem econômica e social**, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a **colocação da família**, da educação e da cultura **debaixo da proteção especial do Estado** (BONAVIDES, 2004, p. 369) (grifou-se).

Portanto, sob a influência do constitucionalismo alemão, a Constituição de 1934 arraigou a ordem econômica e social no Brasil, coligando direitos individuais e sociais:

Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. [...] Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo (SILVA, J.A., 2005, p. 82).

Contudo, sob forte influência das ideologias que grassavam no mundo do pós guerra de 1918, surgiu no Brasil uma pluralidade partidária de facetas fascistas, nazistas e comunistas. A partir disso e sob a justificativa que tais formações partidárias seriam refratárias ao processo democrático, Getúlio Vargas, no poder, dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934, e outorga a Carta Constitucional de 10.11.1937 (SILVA, J.A., 2005, p. 82).

Nasce assim o Estado Novo, que nada mais foi que uma nova ordem de natureza ditatorial instaurada por um golpe:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo (SILVA, J.A., 2005, p. 83).

Ocorre que com o fim da II Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao lado dos aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, logo começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país. (SILVA, J.A., 2005, p. 83).

“Instalou-se a Assembléia Constituinte no dia 2.2.46. Nela estavam representadas várias correntes de opinião: direita, conservadora, centro-democrático, progressistas, socialistas e comunistas, predominando a opinião conservadora” (SILVA, J.A., 2005, p. 84).

Essa preponderância de uma idéia conservadora fez com que a Constituição de 1946 não obtivesse muita inovação, cumprindo sua tarefa, não obstante, no que dizia respeito à redemocratização do país:

Esse sentimento ficou traduzido nas normas da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.9.46, que, ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembléia Constituinte. Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (SILVA, J.A., 2005, p. 85).

No entanto, esse período democrático não durou por muito tempo, de forma que incidiram diversas crises políticas e conflitos de poderes que acarretaram na instituição do Movimento Militar:

Sob sua égide, sucederam-se crises políticas e conflitos constitucionais de poderes, que se avultaram logo após o primeiro período governamental, quando se elegeu Getúlio Vargas com um programa social e econômico que inquietou as forças conservadoras, que acabaram provocando formidável crise que culminou com o suicídio do chefe do governo. Sobe o Vice-Presidente Café Filho, que presidiu às eleições para o quinquênio seguinte, sendo derrotadas as mesmas forças opostas a Getúlio. Nova crise. Adoece Café Filho. Assume o Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz, que é deposto por um movimento militar liderado pelo General Teixeira Lof (11.11.55), que também impede Café Filho de retornar à Presidência (21.11.55). Assume o presidente do Senado, Sen. Nereu Ramos, que entrega a Presidência a Juscelino Kubitschek de Oliveira, contra o qual espocam rebeliões golpistas, mas sem impedirem conclusse seu mandato (SILVA, J.A., 2005, p. 85).

E prossegue José Afonso da Silva a respeito da derrota da democracia:

Elege-se Jânio Quadros, para suceder a Juscelino. Sete meses depois, renuncia. Reação militar contra o Vice-Presidente João Goulart, visando impedir sua posse na Presidência. Vota-se, às pressas, uma emenda constitucional parlamentarista (EC n. 4, de 2.9.61), denominada Ato Adicional), retirando-lhe ponderáveis poderes, com o que não se conformaria. Consegue um plebiscito que se pronuncia contra o parlamentarismo e, pois, pela volta ao presidencialismo, razão por que o Congresso aprova a EC n. 6, de 23.1.63, revogando o Ato Adicional. Jango Goulart tenta equilibrar-se no poder acariciando a direita, os conservadores e a esquerda. Apesar de tudo, a economia nacional prospera, e a inflação muito mais.

Jango, despreparado, instável, inseguro e demagogo, desorienta-se. Perde o estribo do poder. Escora-se no peleguismo, em que fundamenta toda a sua carreira política. Perde-se. Sem prestar atenção aos mais sensatos, que, aliás, despreza, cai no dia 1º de abril de 1964, com o Movimento Militar instaurado no dia anterior (2005, p. 85-86).

Dessa forma, advém um regime marcado por atos institucionais, onde um Comando Militar Revolucionário dominante do poder “efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente deposto ou simplesmente com ele simpatizavam, ou com as idéias de esquerda, ou apenas protestavam contra o autoritarismo implantado” (SILVA, J.A., p. 86).

Por todo o exposto, percebe-se que há tempos o Estado brasileiro presenciava a falta de efetividade de suas sucessivas Constituições, fosse por decorrência do não reconhecimento de força normativa aos seus textos, fosse por falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata:

Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia (BONAVIDES, 2004, p. 368).

Não obstante as sucessivas frustrações na luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 representa o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.

“É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral” (SILVA, J.A., 2005, p. 89).

Além do mais, a Constituição de 1988 teve ampla participação popular em sua preparação, de modo que possui como um de seus objetivos fundamentais a integral realização da cidadania.

“É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães [...] porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, J.A., 2005, p. 90).

Adverte Paulo Bonavides que a Constituição de 1988 se consubstancia, na sua maior parte, em uma Constituição do Estado Social, e como tal deve ser versada:

A constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma

coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder (2004, p. 371).

De fato, o Estado Social tem como propósito compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral. Justamente por isso, nossa Constituição apresenta capítulo de direitos econômicos e sociais (SILVA, J.A., 2005, p. 115).

Para tanto se faz cogente a liberdade de contratar aliada ao intervencionismo econômico:

A liberdade de contratar é corolário da propriedade privada dos bens de produção, viabilizando a realização das virtualidades desta última. Essa viabilização, porém, é função do regime adotado em relação aos contratos, entendido como regime a forma como os poderes econômicos se relacionam com a realidade econômica. Daí porque não é adversa ao modo de produção socialista a liberdade contratual, assim como não compromete o modo de produção capitalista, antes o renovando, o chamado dirigismo contratual (GRAU, 2005, p. 174-175).

De outro lado, não basta que o Estado seja social, é preciso que também seja democrático, haja vista que o Estado social pode comportar regimes políticos antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo (SILVA, J.A., 2005, p. 116).

Sendo assim, José Afonso da Silva sugere nova expressão para identificar o Estado Social:

Para caracterizar um Estado não socialista preocupado, no entanto, com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, fosse melhor manter a expressão Estado de Direito, que já tem uma conotação democratizante, mas, para retirar dele o sentido liberal burguês individualista, qualificar a palavra Direito com o social, com o que se definiria uma concepção jurídica mais progressista e aberta, e então, em lugar de Estado Social de Direito, diríamos Estado de Direito Social (2005, p. 116-117).

Independentemente da utilização da expressão “Estado Democrático de Direito”, instituído por nossa Constituição, ou da expressão “Estado de Direito Social”, o certo, contudo, é que:

A Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo como Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, J.A., 2005, p. 120).

Com efeito, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social” (SILVA, J.A., 2005, p. 122).

Para promover seus objetivos principais, quais sejam, a superação das desigualdades sociais e regionais e a instauração de um regime democrático que realize a justiça social, a Constituição Federal da República do Brasil se utiliza dos princípios como instrumentos basilares.

De fato, “uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente *principlológica* – e, por conseqüência, *programática*² –, no sentido de que dispõe não apenas *regras*, mas também *princípios*” (GRAU, 2005, p. 130).

Desse modo, imprescindível a observância dos objetivos, fundamentos e princípios constitucionais para a concretização de nossa Carta Maior e a conseqüente realização da justiça social.

Para tanto, indispensável uma análise mais aprofundada acerca dos princípios.

De Plácido e Silva assim define o princípio:

No sentido, notadamente no plural, significa as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa.

E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os *fundamentos jurídicos*, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

² Leia-se programática no atual sentido de textura aberta da Constituição, onde, segundo CANOTILHO (2000, p. 1177), em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às normas programáticas, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre norma jurídica atual e norma programática [...]: todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos (2005, p. 1095).

Complementado, dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – 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. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (2007, p. 922-923).

Depreende-se, pois, dos conceitos supracitados que o princípio consiste no alicerce do sistema jurídico, conferindo a este unidade, haja vista que fundamenta, interpreta, suplementa, integra, norteia e limita o ordenamento³.

O ilustre jurista Paulo Bonavides, ao ressaltar a importância dos princípios, porquanto “fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo” (2004, p. 294), sintetiza a evolução e consolidação da teoria dos princípios:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (2004, p. 294).

Como se vê a aplicação dos princípios deve se dar numa perspectiva pós-positivista do Direito.

Observa-se que assim como o positivismo ultrapassou as idéias jusnaturalistas da existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado, também o pós-positivismo superou a idéia positivista da busca pela objetividade científica no Direito, igualando-o a norma, sem qualquer juízo de valor.

³ Sobre as distintas dimensões dos princípios, consultar BONAVIDES, 2004, p. 283.

Hoje predomina uma visão do Direito diferenciada no que concerne a sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo edifica o Direito pela relação entre valores, princípios e regras, sob a perspectiva de uma nova hermenêutica constitucional, e pautado sobre o fundamento da dignidade humana.

Conseqüentemente, os princípios passam a dispor de maior valorização e incorporação pelos textos constitucionais, bem como adquirem o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, reaproximando, por conseguinte, o Direito e a Ética.

Destacam-se, portanto, como características essenciais ao princípio, conforme já explanado pelo trecho supracitado de Paulo Bonavides a respeito da evolução e consolidação da teoria dos princípios, o reconhecimento de sua normatividade, bem como a distinção entre princípios e regras e sua superioridade.

Para tanto, vale-se da preceituação que Gomes Canotilho dá ao sistema jurídico português, adaptando-se ao nosso sistema jurídico, ao dispor que “o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios” (2000, p. 1159).

Justifica sua afirmação nos seguintes termos:

Esse ponto de partida carece de “descodificação”: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras* (CANOTILHO, 2000, p. 1159).

Não merece prosperar, de tal modo, a afirmação de certos doutrinadores de que os princípios só podem ser utilizados quando houver lacuna na lei, haja vista o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Na verdade, conforme já veementemente explanado, os princípios devem ser empregados em toda e qualquer situação jurídica, uma vez que eles são as normas mais gerais do sistema. Nesse sentido, lição do eminente jurista Norberto Bobbio:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é

velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras” (1997, p. 158).

Ademais, ainda que os princípios sejam normas, e estas⁴ englobem as regras e os princípios, deve haver uma preeminência dos princípios em relação às regras, uma vez que:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

De último, essa posição de supremacia de concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de jurisdicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios (BONAVIDES, 2004, p. 294).

Reforçando a hegemonia dos princípios, vale aferir a preleção do notável doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo 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 esforçadas (2007, p. 923).

Utiliza-se dos critérios de distinção entre princípios e regras dados por Canotilho para avigorar mais uma vez a supremacia daqueles:

a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

⁴ Segundo ALEXY apud BONAVIDES (2004, p. 277) tanto as regras como os princípios são normas [...], porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição.

d) “*Proximidade*” da *idéia de direito*: os *princípios* são “Standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou da “idéia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante (2000, p. 1160-1161).

Dessa forma, vislumbra-se uma diferença qualitativa entre princípios e regras:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual [...], a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflitos entre princípios*, estes podem ser objetos de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “Standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas) (CANOTILHO, 2000, p. 1161-1162).

Assim, os princípios dão margem à realização da justiça no caso concreto, pois contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Como apontam diversas direções em uma ordem democrática, devem ser aplicados mediante ponderação.

Indiscutível, por conseguinte, o papel primordial dos princípios na concretude da Constituição, eis que consistem em peças fundamentais na manutenção do Estado Democrático de Direito e na realização na justiça social.

1.4 Princípios constitucionais relativos ao tema

Foi afirmado na abertura do presente capítulo que o artigo 977 do atual Código Civil sofre questionamentos da doutrina acerca de sua constitucionalidade, haja vista que afrontaria a princípios e fundamentos de nossa Carta Constitucional.

Para tanto se examinou a teoria do ordenamento jurídico e a hierarquia das normas e inferiu-se que o ordenamento jurídico para ter sua unidade preservada depende do respeito das normas infraconstitucionais em relação às normas constitucionais.

Constatou-se que o controle de constitucionalidade das leis perfaz o instrumento adequado e necessário para a preservação da unidade do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto atua na concretização da Constituição.

Analisou-se a Constituição de 1988 como o marco zero de um recomeço, chegando-se a conclusão de que os princípios, por serem peças fundamentais na manutenção do Estado Democrático de Direito e na realização da justiça social, apresentam papel primordial na concretude da Constituição.

Logo, chega-se ao momento em que serão sopesados os princípios constitucionais relativos ao tema.

1.4.1 Princípio da igualdade

A regra enunciada no artigo 977 do Código Civil afronta o princípio da igualdade, eis que estipula distinção em razão do regime matrimonial adotado pelo casal. Dessa forma, exclui da possibilidade de constituir sociedades os cônjuges que seguem o regime da comunhão universal de bens e o regime da separação obrigatória de bens.

Com efeito, “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra” (SILVA, J.A., 2005, p. 211).

Institui a Constituição Federal no *caput* do seu artigo 5º o princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei [...]” (MORAES, 2005, P. 31).

Observa-se, portanto, a desigualdade quando:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos (MORAES, 2005, p. 32).

Ainda que mereça respaldo o referenciado pensamento aristotélico (apud SILVA, J.A., 2005, p. 213) de que a idéia de igualdade é vinculada à idéia de justiça, de modo que o legislador deva tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais; será abaladamente demonstrada a desnecessidade da mencionada diferenciação imposta pela lei, haja vista a inexistência de uma justificativa objetiva e razoável, bem como a desconformidade com direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

1.4.2 Princípios da ordem econômica e social

A ordem social e a ordem econômica, conforme já aludido, adquiriram “dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917” (SILVA, J.A., 2005, p. 285).

“No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores” (SILVA, J.A., 2005, p. 285).

A Constituição de 1988 em seu artigo 1º apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil, dispondo, entre eles, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, que nada mais são que princípios da ordem social e econômica:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ressalta-se que “a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada” (SILVA, J.A., 2005, p. 786).

São pressupostos constitucionais que regulam a ordem econômica: livre iniciativa; liberdade de associação; liberdade de trabalho, ofício e profissão; soberania nacional; propriedade privada dos meios de produção; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca de pleno emprego; tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Já “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social” (SILVA, J.A., 2005, p. 828).

A conjectura da ordem social engloba os seguintes direitos sociais: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à moradia; direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Contudo, “a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) assegurar a todos existência digna” (SILVA, J.A., 2005, p. 828).

É o que determina o artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado” (SILVA, J.A., 2005, p. 788).

Vale ressaltar que “a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do país” (BARILE apud MORAES, 2005, p. 17).

Desse modo, a ofensa aos princípios a seguir arrolados não representa desrespeito somente à ordem econômica e social, mas também aos fundamentos da República Federativa do Brasil.

1.4.2.1 Princípio da livre iniciativa

Necessária uma breve introdução aos próximos três tópicos, eis que antes de tratarmos da liberdade de iniciativa, da liberdade de associação e da liberdade de trabalho, ofício e profissão, cuidamos de um princípio ainda mais amplo: o princípio da liberdade.

Sem o intuito de qualquer delonga, ignora-se o tópico da extrema dificuldade em alcançar um conceito adequado ao princípio da liberdade.

Consensual, porém, que “a liberdade é direito fundamental que tem seu exercício gizado pela Constituição e pelas leis” (REGULES, 1998, p. 210).

Assim tal direito “deve sempre ser interpretado ampliativamente, de forma a garantir-lhe o sentido e alcance mais extenso, não obstante, parece inviável a defesa da tese do

direito à liberdade num sentido absoluto em que se torne prescindível o interesse coletivo” (REGULES, 1998, p. 209).

“A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato” (SILVA, J.A., 2005, p. 793).

Trata-se, portanto, de liberdade econômica ou de iniciativa econômica.

Com supedâneo na afirmação de que a livre iniciativa perfaz princípio básico do liberalismo econômico, José Afonso da Silva relata o nascimento desse preceito:

Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre ele recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações de modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida (SILVA, J.A., 2005, p. 793-794).

Na Constituição de 1988 o princípio da livre iniciativa se apresenta em dois momentos: no artigo 1º como fundamento da República Federativa do Brasil, e no artigo 170 como fundamento da ordem econômica.

Como fundamento da República, a livre iniciativa quer significar que o país não é socialista, mas voltado para o mercado, ou seja, capitalista.

Já como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa denota embasamento para a organização da atividade econômica com fundamento na propriedade privada.

Contudo, haja vista “a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da ‘harmonia natural dos interesses’ do Estado liberal” (SILVA, J.A., 2005, p. 794), deve a livre iniciativa ser condicionada em busca da realização da justiça social.

Isso porque a partir de uma leitura mais aprofundada do artigo 1º da Constituição, percebe-se que “este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social da livre iniciativa*” (GRAU, 2005, p. 200).

Da mesma forma, o artigo 170 da Constituição estipula que deve estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

“Note-se, assim, que esta é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado” (GRAU, 2005, p. 200).

Dessa forma, o princípio da livre iniciativa não pode ser consignado em termos absolutos.

É o que determina o parágrafo único do artigo 170 da Constituição: “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Assim, ainda que o princípio da autonomia da vontade signifique que as pessoas possam dispor sobre os seus interesses, através de transações com as outras pessoas envolvidas, tais transações geram efeitos jurídicos vinculantes, o que enseja a limitação legal dessa liberdade:

No seio da concepção jusnaturalista, a faculdade de os particulares regularem os seus próprios interesses, através de negócios jurídicos celebrados livremente, aparece como atributo natural dos homens, que a ordem positiva apenas deveria reconhecer e assegurar. A vontade humana, nesse contexto, é a fonte dos direitos. Com a evolução das idéias políticas e jurídicas, a partir da era moderna, a possibilidade de auto-regulação dos interesses passa a ser entendida, em certa medida, não mais como direito natural, mas, sim, como faculdade outorgada pelo direito positivo. Assim, limita-se o seu exercício aos quadrantes definidos pela ordem jurídica (COELHO, 2008a, p. 9).

Entretanto, a liberdade de iniciativa de os cônjuges, qualquer que seja o regime, constituírem sociedade não denota qualquer empecilho na realização da justiça social, uma vez que não importa em ofensa ao valor social da livre iniciativa nem mesmo na valorização do trabalho humano.

Pelo contrário, pode-se afirmar que o impedimento de constituição de sociedade pelos consortes resulta em ofensa ao princípio da livre iniciativa, eis que tal preceito se refere à liberdade de contrato fundada na iniciativa econômica.

Outrossim, ressalta lógico que o exercício da livre iniciativa fundamentado na realização da justiça social só pode remeter na valorização do trabalho humano.

1.4.2.2 Princípio da liberdade de associação

O princípio da liberdade de associação encontra-se esculpido na Constituição em seu artigo 5º, incisos XVII a XXI:

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

[...]

Para Pontes de Miranda, associação é “toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante” (apud SILVA, J.A., 2005, p. 266).

A partir disso conclui-se que consistem como elementos da associação: “base contratual, permanência (ao contrário da reunião), fim lícito (fim não contrário ao direito)” (SILVA, J.A., 2005, p. 267).

Vale ressaltar que “a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo)” (SILVA, J.A., 2005, p. 267).

José Afonso da Silva assenta como direitos derivados da liberdade de associação:

O de criar associação (e cooperativas na forma da lei), que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir (SILVA, J.A., 2005, p. 267).

Contudo, a liberdade de associação possui duas restrições expressamente arroladas na Constituição, porquanto ela veda a associação de caráter paramilitar e a associação que não tenha fins lícitos.

Incontestemente, deste modo, que a limitação imposta pelo imperativo legal em estudo fere o princípio da liberdade de associação, eis que além das referidas sociedades entre cônjuges apresentaram os elementos de associação (base contratual, permanência e fim lícito), não se enquadram nas restrições estipuladas pela Carta Constitucional (caráter paramilitar e fim ilícito).

Será inferido no desenvolver do trabalho que o preceito disposto no artigo 977 do Código Civil desrespeita tanto o direito de criar associação, quanto o direito de aderir a qualquer associação. Necessárias explanações a respeito serão realizadas em momento oportuno.

1.4.2.3 Princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão

O princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão encontra-se disposto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

“O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo” (SILVA, J.A., 2005, p. 257).

Nesse contexto, possuem os cônjuges o direito de exercerem trabalho, ofício ou profissão que assim desejarem, incluindo, dentre eles, a constituição de sociedade entre si ou com terceiros para fins lícitos, seja numa sociedade empresária ou numa sociedade civil.

1.4.2.4 Princípio da proteção à família

O princípio da proteção à família encontra-se perfeitamente acomodado com essa óptica de proteção aos novos direitos sociais, tais como, o meio ambiente, o consumidor, o idoso, etc.

“Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família” (VENOSA, 2006, p. 7).

Nesta senda, determina o artigo 226 da Constituição que: “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

“A família como formação social [...] é garantida pela Constituição não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local ou instituição onde se forma a pessoa humana” (MELO, 2006).

O presente estudo, porém, se limita a um elemento específico dentro do conceito de família: o casamento.

O casamento consiste em um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família, de modo que “na celebração do ato, prometem elas mútua fidelidade, assistência recíproca, e a criação e educação dos filhos” (RIZZARDO, 2004, p. 17).

Assim, a união matrimonial “conduz a desenvolver os elevados sentimentos de afeto e pendores morais, dentro do espírito de comunidade, abnegação e doação mútua” (RIZZARDO, 2004, p. 23).

Ora, ressalta lógico que tal relação baseada na confiança e amor (*affectio maritalis*) se constitui num dos ambientes mais férteis para o desenvolvimento de uma sociedade profissional. De fato, não pode haver maior confiança e *affectio societatis* senão entre os cônjuges.

É certo que muitos companheiros deixam de oficializar a relação por meio do casamento em detrimento da limitação imposta pela norma legal para que assim possam preservar a sociedade já existente.

Observa-se, assim, que a limitação imposta pelo artigo 977 do Código Civil de 2002 fere o princípio da proteção à família, que possui como um dos alicerces capitais o incentivo ao casamento (§§ 1º, 2º e 3º, artigo 226, da Constituição).

Além do mais, essa proteção constitucional dada à família incentiva tanto a vida em sociedade, tanto quanto sociedade “empresarial” familiar, e por que não dizer proteção à própria família que pode obter frutos da sociedade para manter-se na medida em que propiciam, os cônjuges, auxílio mútuo.

2.1 Breve histórico da constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil

Devidamente apreciados os princípios constitucionais relativos ao tema, necessária agora a apresentação do artigo 977 do Código Civil e suas implicações no Direito Empresarial e no Direito de Família. Antes, contudo, será elaborada uma breve introdução histórica a respeito da constituição de sociedade entre cônjuges no Brasil.

“A discussão a respeito da possibilidade de os cônjuges formarem sociedade entre si é antiga” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 95).

De início, a doutrina brasileira se situou na ala que entendia pela nulidade da sociedade entre cônjuges:

A doutrina nacional posicionou-se, inicialmente, no sentido da nulidade da sociedade entre esposos, na linha da antiga orientação francesa invocando como argumentos, basicamente, (i) a irrevogabilidade do regime de bens no casamento; (ii) o princípio do poder marital; e (iii) a facilitação de fraudar credores (GONÇALVES NETO, 2007, p. 96).

Nesse diapasão, a mentalidade dominante da época e firmada na legislação então em vigor:

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 incompatíveis com os direitos do marido como chefe do casal. Se o casamento é sob o regime da comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quantos aos primeiros, porque o lucro dos negócios seria comum. Quando aos segundos, porque as suas garantias não melhorariam. Se o casamento obedece a outro regime, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedade, bens que o ato antenupcial separara. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos. (CARVALHO DE MENDONÇA apud GONÇALVES NETO, 2007, p. 96).

Isso porque, a redação primitiva do Código Comercial de 1850 em seu artigo 1º, n. 4, estabelecia que a mulher casada somente poderia exercer atividade comercial, separadamente de seu marido, se por este fosse autorizada.

Ocorre que, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, o posicionamento da doutrina brasileira passou a inclinar-se pela possibilidade da constituição de sociedade entre cônjuges:

O Estatuto da Mulher Casada trouxe mais ingredientes para a discussão e a doutrina, que já tecia críticas a essa orientação, passou a admitir as sociedades entre cônjuges, ora sustentando sua plena validade por falta de vedação legal, ora atenuando-lhe os efeitos para afastar a mácula de nulidade (GONÇALVES NETO, 2007, p. 96).

Com efeito, dispunha o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) em seu artigo 3º:

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

“Desapareceu, assim, a incapacidade relativa da mulher casada para o exercício de profissão lucrativa, podendo, de tal modo, a mesma comerciar ou participar de sociedade comercial sem autorização do marido” (MARTINS, 2008, p. 139).

Fábio Konder Comparato mostrou terem desaparecido os dois fundamentos mais invocados para a defesa da impossibilidade de sociedade entre cônjuges (poder marital e quebra do regime de bens):

Em primeiro lugar, exclui-se a mulher casada do rol das pessoas incapazes, e deu-se-lhe a função de colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, incumbida de velar, juntamente com este, pela direção material e moral da família. Ademais, introduziu-se o princípio legal da limitação da responsabilidade do patrimônio conjugal pelas dívidas firmadas por só um dos esposos, qualquer que seja o regime de bens no casamento (art. 3º). Tem-se daí que os dois principais argumentos expendidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras para declarar nulas as sociedades entre cônjuges deixaram praticamente de existir. (apud GONÇALVES NETO, 2007, p. 96).

Percebe-se, pois, que não existiam mais motivos que sustentassem a tese de impossibilidade de constituição de sociedade entre os cônjuges, uma vez que tanto a garantia do direito à meação dada à mulher casada, quanto o direito de a esposa ser titular de bens e integralizá-los na sociedade ou para responder perante terceiros na insuficiência ou falta de patrimônio social, em decorrência de sua emancipação, proporcionavam o resguardo das obrigações por parte da sociedade.

Assim, encontravam-se protegidos o regime matrimonial de bens, bem como as obrigações por parte da sociedade.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal filiava-se à corrente que sustentava ser válido o contrato de sociedade mercantil entre os consortes, desde que não importasse alteração do regime de bens do casamento deles, fosse esse regime convencional ou legal. (HERNANI ESTRELLA apud GONÇALVES NETO, 2007, p. 97).

Nessa senda, parte do voto proferido pelo Ministro Hahnemann Guimarães no Recurso Extraordinário n. 9.903 de 25/11/1947, mesmo antes do aparecimento do Estatuto da Mulher Casada:

Não é nula a sociedade entre cônjuges, salvo quando tenha por fim alterar o regime matrimonial ou retirar ao marido a direção da sociedade conjugal.

Ainda, porção do voto pronunciado pelo Ministro Victor Nunes Leal no Recurso Extraordinário n. 61.582, já após a manifestação do Estatuto da Mulher Casada:

No Brasil, o problema adquiriu novo aspecto com a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, diante da qual a existência de patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja de comunhão, depende do exame de cada caso.

Em outras palavras, “não havendo abuso da personalidade jurídica – quando, então, o juiz poderia desconsiderá-la – não havia por que impedir a existência, e o registro, de tal sociedade” (ROCHA FILHO, 2004, p. 304).

Por derradeiro, julgado mais recente do Supremo Tribunal Federal, prolatado pelo Ministro Thompson Flores no Recurso Extraordinário n. 76.953:

Certo, se lavre dissídio doutrinário, não só entre nós, como em países outros, a respeito da validade da sociedade comercial ou civil entre cônjuges, refletindo-se na jurisprudência. Penso, porém, que a melhor orientação é a refletida pelo paradigma. Nula não é, porque texto algum assim a considera (Cód. Civil, art. 145, V), nem ilícito o seu objeto (art. citado, II). Admito que possa ser invalidado, porque anulável, quando provada, por exemplo, a simulação, a fraude ou sua infringência a preceito de lei. Nesse sentido se tem orientado o STF, mesmo antes do advento da Lei n. 4.121/62 (Rev. For. 122/393-6, rel. Ministro H. Guimarães; e RTJ, 48/254-6, Rec. Extr. N. 61.582, rel. Ministro Victor Nunes), rememorando ambas as opiniões e julgados.

Com a chegada do Código Civil de 1916, tanto o posicionamento da doutrina, quando dos tribunais, continuou o mesmo, haja vista a ausência de regulamentação da matéria pela então nova legislação.

Observa-se que toda essa edificação decorre das conquistas obtidas pela mulher no campo político-social brasileiro.

Isso porque, tanto a proibição da mulher exercer atividade comercial, quanto o impedimento da constituição de sociedade entre cônjuges, derivaram de uma sociedade altamente discriminatória e machista.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 representa um documento político imperioso, capaz de auxiliar as mulheres nessa busca pela libertação das amarras ainda existentes, ecos que continuam a atormentar um Estado de Direito dito democrático.

De fato, nossa atual Carta Política trouxe importantíssimas modificações, proporcionando um novo status à mulher.

A grande mudança foi, sem dúvida, a busca material pela igualdade entre homens e mulheres, dispondo no artigo 5º, inciso I que *“homem e mulher são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição”*, como também no inciso XLI do mesmo artigo que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Assim sendo, a mulher conquistou um importante espaço. Inacreditável que até muito pouco tempo atrás, a sociedade impunha condições de controle dos homens sobre seus atos. Contudo, com o advento da mulher no mercado de trabalho, em decorrência da liberação sexual e acesso aos métodos contraceptivos, o papel da mulher na sociedade tomou outro rumo e passou a ter uma importância não mais limitada aos afazeres domésticos, sempre por de trás do marido, dando apoio a este e nunca como figura principal.

Dessa forma, imprescindível analisar o artigo 977 do Código Civil sob essa perspectiva constitucional da família como base da sociedade (artigo 226 da Constituição Federal), uma vez que a sociedade é viva e sua dinâmica se impõe na evolução e desenvolvimento dos seres humanos, pois é impossível falar em democracia na esfera pública se a democracia não começar em casa, na esfera doméstica e familiar.

2.2 O artigo 977 do Código Civil

Em que pese toda a construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial no sentido da possibilidade da constituição de sociedade por cônjuges qualquer que fosse o

regime matrimonial, o Código Civil brasileiro de 2002 introduziu novo regramento, diga-se de passagem, retrógrado, porquanto institui a seguinte redação no artigo 977:

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.

Trata-se de norma restritiva de capacidade, eis que se encontra disposta no Capítulo II (Da Capacidade) do Título I (Do Empresário) do Livro II (Do Direito de Empresa) do Código Civil de 2002.

Cláudio Sousa, ao especificar as condições de validade de uma sociedade, dispõe que o estado civil dos sócios não deveria gerar sua invalidade:

Como requisitos de validade de uma sociedade tem-se a capacidade do agente, objeto lícito, possível e determinável, a forma prescrita ou não vedada por lei, a contribuição para formar o capital social e a participação nos lucros e nas perdas. Portanto, o fato de os sócios serem casados, por si só, não pode gerar a invalidade de uma sociedade (2004, p. 401).

Conseqüentemente, por ser a restrição imposta pelo artigo 977 do Código Civil fora do padrão de requisitos de validade de uma sociedade, deve-se buscar as intenções do legislador.

No texto sancionado da exposição de motivos do Novo Código Civil não se observam quaisquer referências à norma em pauta.

Contudo, a doutrina, unanimemente, aponta como justificativas da ressalva legal a possibilidade de ocorrência de fraude, seja contra a meação, seja contra os credores:

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 (FIUZA, 2002, p. 882-883).

Tais razões serão devidamente analisadas no item reservado aos regimes de bens envolvidos, bem como no terceiro capítulo.

Quanto à interpretação do artigo é bastante evidente que o legislador foi impreciso em sua redação, porquanto a falta de clareza no texto suscita, no mínimo, duas posições: a) um cônjuge casado em um dos citados regimes não pode contratar sociedade com

terceiros; b) apenas os cônjuges, casados em um dos citados regimes, não podem contratar sociedade entre si, de modo apenas entre si ou ambos com terceiros.

Maria Helena Diniz situa-se na ala dos que entendem pela primeira interpretação, pois “há possibilidade de cada um dos cônjuges associar-se a estranho, ou a parente, desde que não haja fraude (RT, 493:86) ou simulação (RTJ, 68:247) e o regime matrimonial não seja o da comunhão universal ou o da separação de bens obrigatória” (2006a, 767).

Diante dessa dupla interpretação, a coordenadora jurídica do Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão vinculado à Secretaria do Desenvolvimento da Produção do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, emanou seu entendimento por meio do Parecer Jurídico n. 50/03:

EMENTA: Impedimento constante do art. 977 do Código Civil, restringe-se aos cônjuges entre si ou de ambos com terceiro 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 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 (XXX).

Por esse entendimento, respaldado pelo DNRC, o aludido artigo confina apenas a constituição de sociedade entre cônjuges casados em um dos citados regimes ou desses conjuntamente com terceiros, de modo que as pessoas casadas nesses regimes possam contratar sociedade individualmente.

Quanto ao momento da proibição, dispõe o Enunciado n. 205 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que: “*o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quando a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge*”.

Outra questão polêmica diz respeito à estipulação do artigo 2.031 do Código Civil. Determina tal artigo que: “*As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007*”.

A doutrina discutiu por algum tempo sobre o princípio da segurança jurídica e a impossibilidade da aplicação do preceito às sociedades formadas antes do Novo Código Civil.

Utiliza-se do ensinamento de Arnaldo Rizzardo para sintetizar o entendimento doutrinário predominante:

A proibição estampada no dispositivo atinge somente as sociedades constituídas após a vigência do Código de 2002, ou a partir de 11 de janeiro de 2002, eis que a sua formação representa um ato jurídico perfeito, que está fora da nova disposição por força do art. 5º, XXXVI, da Carta Federal. Consumado o ato sob a égide de uma lei que vigorava, torna-se o mesmo perfeito, e fica protegido constitucionalmente. Ademais, de acordo com o art. 2.035 do Código Civil, a validade dos negócios jurídicos se rege pela lei da época de sua conclusão, importando em afirmar que a validade de uma sociedade deve ser analisada sob a ótica da lei em vigor na época de sua constituição. Em suma, aos cônjuges que tenham casado sob o regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória antes do advento do Código de 2002, não se aplica a vedação do art. 977 (RIZZARDO, 2007, p. 75).

Contudo, o Enunciado n. 204 do Conselho Nacional da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, solucionou o tema ao dispor que: “*A proibição de sociedade entre pessoas casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002*”.

Por estarem as sociedades constituídas até dezembro de 2002 abrigadas sob o manto da segurança jurídica, conclui-se que a proibição em debate fere o princípio da isonomia⁵, eis que a partir de janeiro de 2003 não há respaldo legal para novas sociedades.

Em que pese boa parte da doutrina entender como válida e suficiente a proibição estabelecida no artigo 977, há outra ala doutrinária que questiona a constitucionalidade dessa norma, posicionando-se pela sua desnecessidade.

Fábio Ulhoa Coelho ao dispor que a norma de direito civil deve estar adequada à da Constituição, exemplifica como norma inconstitucional o estabelecido no artigo 977 do Código Civil:

O art. 977 do CC, por exemplo, é inconstitucional. Ele faculta a contratação de sociedade entre marido e mulher, desde que o regime de bens do casamento não seja o da comunhão universal ou o da separação obrigatória. Em outros termos, ele

⁵ No Capítulo 1 foi afirmado no item 1.4.1 que o princípio da igualdade havia sido ferido pela distinção estipulada em razão do regime matrimonial adotado pelo casal. Sustentou-se que seria demonstrado (como será) que não havia qualquer justificativa objetiva e razoável para tal distinção. Aqui, sustenta-se o desrespeito ao princípio da isonomia por outro motivo: a diferenciação entre as sociedades constituídas até dezembro de 2002 e as sociedades constituídas após janeiro de 2003.

proíbe a contratação de sociedade entre cônjuges casados nesses regimes de bens. Ora, a Constituição assegura, como direitos fundamentais, o da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*) e o de livre associação para fins lícitos (art. 5º, XVII). O Código Civil, lei ordinária, não pode suprimir direitos que a Constituição outorgou; o dispositivo que proíbe a contratação de sociedade entre cônjuges casados em regimes de comunhão universal ou separação obrigatória é, assim, inconstitucional, porque discrimina indevidamente esses cônjuges e suprime o livre exercício do direito de associação para fins lícitos (COELHO, 2003, p. 47).

Rubens Requião ressalta que a contratação de sociedade entre cônjuges já estava solidificada na realidade brasileira, haja vista que a escolha do marido ou da esposa como sócio é natural e recomendável:

As sociedades empresárias, entre marido e mulher, casados em regime de comunhão universal especialmente, multiplicaram-se às centenas de milhares, sem risco de erro. Invariavelmente alcançaram seus objetivos econômicos e sociais com plena licitude, estimulados inclusive pela exacerbação da atuação do Fisco, que de certo modo inviabiliza o exercício de atividades profissionais pela pessoa física. A tendência natural é, pois, a união entre os cônjuges, para o exercício de empresa, inclusive em regime de atividades uniprofissionais. Nem sempre é possível ou recomendável a convocação de um estranho ou parente mais distante para compor uma sociedade. A escolha da esposa ou do marido é natural e aconselhável. Pode-se dizer que o recrutamento das esposas como sócias é um apanágio da ascensão jurídica, econômica, social e profissional das mulheres (2008, p. 496).

Mais adiante explicita que a possibilidade de ocorrência de fraude, diga-se de passagem, mínima, não pode justificar a opção do legislador, uma vez que o sistema jurídico dispõe de instrumentos adequados para serem utilizados no caso concreto:

Por outro lado, o regime legal do casamento não é mais o de comunhão universal, o que tornou relativamente raros casamentos em tais condições, dependente da prévia e expressa opção dos futuros cônjuges. O mesmo ocorre com o regime de separação obrigatória. Portanto, a ocorrência de fraudes contra tais regimes é mínima, pela sua própria natureza excepcional, não justificando a opção do legislador. O Código Civil, sem base técnica que seja evidente, interfere em situação socialmente consolidada, legislando em face de exceções. A violação do regime de casamento, se eventualmente verificada, pode ser combatida, nos casos específicos, por via da teoria da superação da personalidade jurídica, da teoria das nulidades, ou em razão de vícios de vontade. Não se justifica a generalização do impedimento, adotado pelo Código (REQUIÃO, 2008, p. 496).

Adverte-se que o regime da comunhão parcial de bens é o legal desde dezembro de 1977, com a determinação do artigo 258 do Código Civil de 1916 dada pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e não apenas com o ingresso do Código Civil de 2002.

Ainda nesse mesmo sentido: CAMPINHO (2006, p. 59-62), GAGLIANO (2003), GONÇALVES NETO (2007, p. 95-101), ROCHA FILHO (2004, p. 303-304), SOUSA (2004, p. 401-403) e VENOSA (2006, p. 145).

É provável que o legislador não tenha dado a devida importância à possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos casos fraudulentos, eis que tal teoria só passou a ser desenvolvida eficazmente no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor na década de 90 e o projeto do Código Civil advém da década de 70.

Deduz-se, pois, que a norma estabelecida no artigo 977 do Código Civil além de não receber apoio de parte da doutrina, é rejeitada pela sociedade em geral, uma vez que tramitam em nossas casas legislativas projetos de lei questionando a constitucionalidade do aludido dispositivo com sugestões de nova redação ao artigo.⁶

2.3 Sociedades atingidas pela nova regra

Hodiernamente várias são as possibilidades de reunião que o ser humano dispõe para alcançar suas finalidades, de modo que a escolha terá referência com a espécie do propósito que se busca.

“Sendo o ser humano eminentemente social, para que possa atingir seus fins e objetivos une-se a outros homens formando agrupamentos” (DINIZ, 2003, p. 205).

De início, descartam-se desse estudo os conjuntos despersonalizados, que consistem em “conjunto de direitos e obrigações, pessoas e bens, sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação” (DINIZ, 2003, p. 267).

Isso porque o presente trabalho tem como escopo examinar as sociedades que possuem capacidade jurídica, ou seja, que equivalem a sujeitos de direito e obrigações com autonomia patrimonial.

De fato, as pessoas jurídicas ou grupos personalizados surgiram:

Ante a necessidade de personalizar tais grupos, para que participem da vida jurídica, com certa individualidade e em nome próprio, a própria norma de direito lhes confere personalidade e capacidade jurídica, tornando-os sujeitos de direito e obrigações (DINIZ, 2003, p. 205).

⁶ Projeto de Lei n. 6.960/02 de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza e Projeto de Lei n. 3.159/04 de autoria do Deputado Federal Pastor Francisco Olímpio.

Assim, pode-se conceituar a pessoa jurídica como “a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ, 2003, p. 206).

Com efeito, três são os requisitos jurídicos da pessoa jurídica: “organização de pessoas ou de bens; liceidade de propósito ou fins; e capacidade jurídica reconhecida por norma” (DINIZ, 2003, p. 206).

As pessoas jurídicas podem ter inúmeros critérios para classificação, segundo Maria Helena Diniz, como a nacionalidade (nacional ou estrangeira), a estrutura interna (*universitas personarum* ou *universitas bonorum*), e, ainda a função e capacidade (direito público, interno ou externo, e de direito privado).

Aufere importância a este estudo apenas as pessoas jurídicas de direito privado, haja vista que nesse ramo é que está inserida a sociedade.

As pessoas jurídicas de direito privado se dividem em fundações particulares, associações e sociedades.

Indispensável, antes de adentrar no conceito e tipos de sociedade, conceituar as outras espécies de pessoa jurídica de direito privado, para que seja elaborada uma sucinta diferenciação comparativa.

Fundações particulares “são universalidades de bens, personalizadas pela ordem jurídica, em consideração a um fim estipulado pelo fundador” (DINIZ, 2003, p. 210).

São, portanto, “um acervo de bens livres, que recebe da lei a capacidade jurídica para realizar as finalidades pretendidas pelo seu instituidor, em atenção aos seus estatutos, desde que religiosas, morais, culturais ou assistenciais” (DINIZ, 2003, p. 211).

Já as associações consistem em “um conjunto de pessoas que colimam fins ou interesses não-econômicos” (DINIZ, 2003, p. 212).

Observa-se a associação “quando não há um fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais etc” (DINIZ, 2003, p. 212).

Percebe-se, pois, que a característica que aproxima as fundações das associações se reveste na finalidade não-econômica. Adiante, se notará que essa particularidade serve como um dos elementos diferenciadores entre as fundações e associações e as sociedades.

“Ao contrário das associações e sociedades, em que pessoas com objetivos comuns unem seus esforços para alcançá-los, as fundações resultam da afetação, por vontade de seu instituidor, de certos bens à realização de finalidades não-econômicas” (COELHO, 2003, p. 254).

Portanto, a partir das construções já efetuadas, pode-se, simploriamente, conceituar a sociedade como a pessoa jurídica de direito privado, em que pessoas com objetivos econômicos comuns unem seus esforços para alcançá-los.

O Código Civil brasileiro de 2002 define a sociedade de modo muito semelhante:

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.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto considera esse conceito singular, incompleto e arcaico, visto que:

A evolução do instituto não permite mais enformar a sociedade como uma espécie do gênero dos contratos nem exigir a presença de, pelo menos, duas pessoas para caracterizá-la. Do mesmo modo, o preceito em destaque não se referiu, sequer de passagem, à criação de um ente, ao surgimento de uma entidade ou de um mecanismo daí resultante, capaz de direito e obrigações para realizar os fins por ele almejados (GONÇALVES NETO, 2007, p. 110).

Para o referido jurista:

A sociedade é um negócio jurídico que tem por propósito criar um novo sujeito de direito, distinto das pessoas (ou da pessoa) que o ajustam, capaz de direito e de obrigações na ordem civil, para facilitar o intercâmbio no mundo do direito, interpondo-se entre seus criadores (ou seu criador) e terceiros na realização de negócios. Normalmente esse negócio jurídico é bilateral, mas pode ser unilateral quando sua criação ocorre por vontade de uma só pessoa. O que importa é vincular a criação de uma sociedade a uma ação humana tendente à produção do resultado pretendido. Com isso, afastam-se as orientações que não enxergam a sociedade como fruto da vontade humana e outras figuras que podem surgir sem a atuação da vontade ou sem a intenção de produzir aquele preciso resultado, mas dotadas de alguns traços semelhantes, como é o caso da comunhão, do condomínio etc. (GONÇALVES NETO, 2007, p. 110).

Diante disso, dispõe a sociedade como:

Organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento chancela como modo de preencher uma determinação função – qual seja a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas pretendido (GONÇALVES NETO, 2007, p. 110).

Devidamente conceituada a sociedade, resta agora estabelecer quais sejam os seus tipos.

“No sistema anterior, havia a sociedade comercial, regulada pelas leis comerciais, e a sociedade civil, tratada pelas disposições do Código Civil de 1916. A distinção fazia-se quanto ao objeto (civil ou comercial) que tinham por escopo realizar” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 116).

“Com a unificação da matéria societária, o Código Civil de 2002 eliminou a dicotomia de tratamento e, portanto, a distinção que havia entre sociedade civil e sociedade comercial” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 116).

Desse modo, o Código Civil assim dispõe acerca dos novos tipos societários:

Art. 982. 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.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Em primeiro plano, já se pode concluir que existem as sociedades empresárias e as sociedades simples.

Ocorre que “o conceito e o regime jurídico, tanto da sociedade civil, como da comercial, não correspondem aos da sociedade empresária e da simples” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 117).

Necessário, conseqüentemente, uma concisa distinção entre a sociedade empresária e a sociedade simples.

Inicialmente pode-se afirmar que as sociedades “podem ser empresárias ou simples, de acordo com a forma como é organizada a exploração da atividade econômica” (COELHO, 2003, p. 253):

As simples exploram atividade econômica desprovida de empresarialidade. Já as empresárias organizam a exploração da atividade econômica como empresa, isto é, através da articulação dos fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia (COELHO, 2003, p. 253).

Porém, é bem verdade que não se pode limitar à simples afirmação de que a forma como é organizada a exploração da atividade econômica consiste no elemento definidor do tipo de sociedade, uma vez que há exceções legais.

O artigo 966 do Código Civil, ao definir o que seja empresário, já exclui, em seu parágrafo único, as atividades que não são tidas como empresárias:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresária quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Observa-se que as atividades econômicas organizadas para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, exercidas por meio de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, só serão consideradas empresárias se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Ainda, as sociedades rurais, quando registradas no Registro Público de Empresas Mercantis, serão consideradas empresárias. Já, quando se optar em não registrar tais sociedades naquele órgão, mas tão-somente no Cartório Civil, elas serão consideradas simples.

É o que estipula o artigo 971 do Código Civil:

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

Por fim, as sociedades cooperativas (artigo 982, parágrafo único, do Código Civil) são submetidas ao regime jurídico da sociedade simples, ainda que sejam inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis. “O intuito, ao que tudo indica, é de excluí-la do regime falimentar” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 120).

De qualquer forma, considera-se como sociedade empresária aquela que desenvolve profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, e como simples as demais.

Contudo, pelo fato de o Código Civil estipular o caráter subsidiário das sociedades simples, e a conseqüente regra de não desdobramento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto tece algumas considerações, chegando “à conclusão de que há também tipos de sociedade simples: a simples propriamente dita, a cooperativa e a sociedade de advogados” (2007, p. 122).

Adequadamente estipulada a diferença entre as sociedades simples e as empresárias, e os tipos daquela, falta agora discriminar quais sejam as espécies desta última.

São cinco os tipos de sociedades empresárias personalizadas⁷: nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, anônima e por quotas de responsabilidade limitada.

Conceitua-se sociedade em nome coletivo como a sociedade empresária que “tem por sócios apenas pessoas naturais, nas quais deve obrigatoriamente recair a escolha de seu administrador, sendo todas responsáveis subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações sociais, em caráter solidário e ilimitado” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 277).

Vale ressaltar que se a empresa não resultar frutífera, “isso poderá significar a ruína total dos sócios e de sua família, uma vez que os patrimônios daqueles podem ser integralmente comprometidos no pagamento dos credores da sociedade” (COELHO, 2008b, p. 479).

Já as sociedades por comanditas simples podem ser consideradas como:

A sociedade contratual, de pessoas, que possui duas categorias de sócio, os comanditados, pessoas naturais que administram e respondem solidária e ilimitadamente pelo cumprimento das obrigações sociais, e os comanditários, pessoas naturais ou jurídicas que se obrigam, exclusivamente, pela realização do valor das quotas por eles subscritas ou adquiridas (GONÇALVES NETO, 2007, p. 286).

⁷ O presente trabalho tem como escopo analisar apenas as sociedades personalizadas e, sendo assim, exclui-se da apreciação as sociedades em conta de participação, que são consideradas por parte da doutrina como despersonalizadas, haja vista o caráter predominante de contrato de investimento comum.

As sociedades em comanditas por ações, por sua vez, são tidas como aquelas “cujo capital social se divide em ações, valores mobiliários representativos do investimento dos sócios nela realizado” (COELHO, 2008b, p. 477).

O que a diferencia da sociedade anônima está na responsabilidade, pois “o acionista que exerce a função de diretor, ou administrador, tem responsabilidade pessoal, subsidiária, ilimitada e solidária com os demais administradores, pelas obrigações sociais contraída durante sua gestão” (COELHO, 2008b, p. 478).

Contudo, apenas as sociedades anônimas e as limitadas apresentam relevância econômica no Brasil:

Embora sejam cinco os tipos disponíveis, somente as limitadas e anônimas possuem importância econômica. As demais, em razão de sua disciplina inadequada às características da economia da atualidade, são constituídas apenas para atividades marginais, de menor envergadura. No ano de 2000, por exemplo, as Juntas Comerciais registraram 231.758 sociedades limitadas, 1.466 anônimas e 369 sociedades de outros tipos (COELHO, 2008b, p. 23).

A sociedade anônima, também conhecida como companhia, é conceituada, resumidamente, como “a sociedade empresária com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, no qual os sócios, chamados acionistas, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem” (COELHO, 2008b, p. 65).

“As sociedades anônimas correspondem à forma jurídico-societária mais apropriada aos grandes empreendimentos econômicos” (COELHO, 2008b, p. 61).

Fábio Ulhoa Coelho exemplifica a sociedade anônima através de uma petrolífera, empreendimento caracterizado por elevados aportes de capital, dependendo da mobilização da poupança de várias pessoas:

Quer dizer, como por exemplo, para a organização de uma empresa de prospecção de petróleo será necessário levantar soma de capital, o meio para fazê-lo será estimular pessoas com disponibilidades econômicas no sentido de as empregarem no empreendimento. Ora, essas pessoas não nutrem necessariamente uma particular predileção pela matéria-prima do combustível. Para elas, é, em certa medida, indiferente o objeto social. O que buscam é a melhor alternativa de ganho, oferecida pelo mercado, para o seu dinheiro. Assim, o fato decisivo a ser levado em consideração por tais investidores será o grau de segurança e liquidez apresentado pela alternativa de investimento na empresa petrolífera. A limitação da responsabilidade e a negociabilidade da participação societária, características da anônima, revelam os mecanismos apropriados à atração deste capital (2008b, p. 61).

Assim, deduz-se que as sociedades anônimas possuem natureza institucional, ou seja, “se constituem por um ato de manifestação de vontade dos sócios, mas

não é este revestido de natureza contratual” (COELHO, 2008b, p. 26). Sendo assim, não se aplicam a estas sociedades o regime de direito contratual nas relações entre os sócios.

Já a sociedade limitada, última espécie de sociedade empresária personalizada, é de natureza contratual, onde “o vínculo estabelecido entre os membros da pessoa jurídica tem natureza contratual, e, em decorrência, os princípios do direito dos contratos explicam parte das relações entre os sócios” (COELHO, 2008b, p. 26).

Justamente por isso, observa-se um maior vínculo entre os sócios nas sociedades limitadas:

Ao contrário do que se verifica na sociedade anônima típica, em muitas limitadas, os sócios se conhecem desde antes da constituição da sociedade, e não raro são amigos ou parentes, freqüentam-se. Por outro lado, as atividades econômicas exploradas por sociedades limitadas costumam ser de menor porte, comparando-se com as das anônimas, e exigem, assim, direto e próximo acompanhamento dos empreendedores. Essas circunstâncias ajudam a explicar a maior convivência dos sócios das limitadas do que dos acionistas (COELHO, 2008b, p. 359).

Não é por menos que a criação da sociedade limitada se deu para alcançar o “interesse de pequenos e médios empreendedores que queriam beneficiar-se, na exploração de atividade econômica, da limitação da responsabilidade típica das anônimas, mas sem atender às complexas formalidades destas, sem se sujeitar à prévia autorização governamental” (COELHO, 2008b, p. 366).

Sem maiores delongas, pode-se conceituar a sociedade limitada como a “sociedade empresária em que há uma única categoria de sócios, que não respondem pelas obrigações sociais, porém, como sócios, obrigam-se pelas contribuições que prometeram e em caráter solidário, até ser integralizado o capital social” (GONÇALVES NETO, 2005, p. 300).

Por todo o exposto, conclui-se que os tipos societários que possuem maior significância na econômica brasileira são as sociedades simples, as sociedades empresárias anônimas e as sociedades empresárias limitadas.

Dentre esses três tipos, adverte-se que as sociedades simples e as sociedades empresárias limitadas são comumente formadas por pessoas de altíssima confiança entre si, como amigos, parentes e cônjuges, uma vez que são normalmente de pequeno ou médio porte.

Sendo assim, imperioso analisar quais dos tipos societários aqui descritos são atingidos pela nova regra disposta no Código Civil brasileiro de 2002, ou seja, que não podem ser constituídos por cônjuges.

A partir de uma leitura rápida, pode-se concluir que o regramento abrange a todas as sociedades empresárias e simples. Contudo, por meio de um exame mais aprofundado, percebe-se que nem todas as espécies societárias são, de fato, alcançadas pela norma:

A norma não diferencia entre os diversos tipos societários, o que, à primeira vista, leva à conclusão de que a todos deve ser aplicada. No entanto, é preciso ter em consideração que há tipos societários cuja estrutura é incompatível com qualquer tipo de vedação dessa natureza (GONÇALVES NETO, 2007, p. 100)

Alfredo de Assis Gonçalves Neto se posiciona na ala que entende pela aplicação da regra às sociedades simples, em contrapartida aos que sustentam que o artigo 977 não se aplica a tais sociedades que não adotam a forma de sociedade empresária, porque localizado o dispositivo legal no contexto que regula o empresário:

Devo divergir desse entendimento porque a matéria societária foi unificada no Livro II, da Parte Especial, que trata do Direito de Empresa, tendo como tronco comum, precisamente, a sociedade simples. O fato de a previsão legal encontrar-se no capítulo relativo à capacidade do empresário passa a ser irrelevante, na medida em que a norma refere-se a sociedade entre cônjuges casados sob os regimes que ali indica, sem distinguir o tipo societário a que se dirige. Como não há incompatibilidade da regra em relação às disposições que regulam a sociedade simples, não vejo possibilidade de excluí-la do impedimento (2007, p. 100).

Já quanto às sociedades anônimas, embora não haja nenhuma previsão legal na legislação do anonimato, Alfredo de Assis Gonçalves Neto entende pela inaplicabilidade da norma:

Em situação diversa encontram-se os cônjuges sócios ou acionistas de uma companhia ou sociedade anônima. É que nesse tipo de sociedade, o relacionamento pessoas entre os sócios inexistente. Trata-se de sociedade *intuitu pecuniae*, em que a participação dos sócios independe do consentimento e, na maioria dos casos (salvo cláusula de preferência na aquisição), do conhecimento dos demais sócios. Na anônima, os sócios não se conhecem e a transferência das ações faz-se por simples termo de transferência, lavrado em livro próprio, ou mediante lançamento em conta mantida por instituição financeira autorizada (Lei 6.404/1976, arts. 31, § 1º, e 35, § 1º), alheio a qualquer controle do órgão público registrador. Nele, o anonimato não é atributo da sociedade, mas dos seus sócios acionistas (2007, p. 100).

“Pelos mesmos motivos, e por ter sua fonte na Lei das S.A., não incidem na proibição – apesar de a hipótese ser meramente acadêmica – cônjuges que participem como

acionistas da sociedade em comandita por ações (CC, art. 1.090)” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 100).

Na mesma senda, Sérgio Campinho defende a tese de que apenas as sociedades contratuais são apreendidas pela regra estabelecida no artigo 977 do Código Civil:

Por fim, cumpre ressaltar o entendimento por nós professado, no sentido de a regra do artigo 977 merecer interpretação restrita, para somente disciplinar as sociedades de natureza contratual (sociedades simples, limitada, em nome coletivo e em comandita simples), ou seja, aquelas cujo o ato de criação se manifesta em um contrato, e não as que revelam um ato institucional como fonte de formação (sociedade anônima e em comandita por ações). O preceito, ao se referir à faculdade de os cônjuges contratar sociedade, quer traduzir a celebração do contrato de sociedade, sendo um vínculo, pois, de natureza contratual, não atingindo aquelas formadas por um ato de vontade não contratual, mas sim institucional.

Em reforço ao argumento, emerge a regra do artigo 1.089 do Código Civil, a qual reserva a regência da sociedade anônima pela lei especial, aplicando-se-lhes as regras do Código Civil tão-somente nos casos omissos. Ora, o artigo 80, inciso I, da Lei n. 6.404/76 exige, apenas, que a subscrição de todas as ações em que se divide o capital social se realize, pelo menos, por duas pessoas. Permite, portanto, a lei especial, que a sociedade se forme com o mínimo de duas pessoas, físicas ou jurídicas, sem impor qualquer restrição de estado civil a pessoas naturais. Desta feita, não se lhe aplica o disposto no artigo 977 do Código Civil, uma vez que não se pode vislumbrar omissão, nessa matéria, na Lei n. 6.404/76 (2006, p. 62).

No que tange às sociedade cooperativas, em razão da inexistência de qualquer vedação referente à participação de cônjuges nesse tipo societário no Manual das Cooperativas baixado pela Instrução Normativa 101/2006 do DNRC, Alfredo de Assis Gonçalves Neto compreende pela não incidência da proibição legal:

Essa incompatibilidade deve ser reconhecida, igualmente, em relação à sociedade cooperativa, onde impera o livre ingresso de sócios, o voto *per capita*, a distribuição dos resultados proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade e a indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de sua dissolução etc. (CC, art. 1.093) (2007, p. 101).

Assim, a limitação estipulada pela regra disposta no artigo 977 do Código Civil aplicar-se-ia apenas às sociedades simples, com exceção da cooperativa, às sociedades empresárias limitadas, às sociedades empresárias de nome coletivo e às sociedades empresárias de comandita simples.

2.4 Regimes conjugais atingidos pela nova regra

O artigo 977 do Código Civil trata da possibilidade de constituição de sociedades entre cônjuges, ou seja, entre as pessoas unidas pelos laços matrimoniais.

Deste modo, “em se tratando de preceito que contém restrição à liberdade de contratar, penso que só na existência de casamento é que incide a norma do art. 977, não sendo possível aplicá-la à união estável e a qualquer outra forma de convivência comum” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 101).

Até Nery Junior se coloca pela inaplicabilidade da exceção à união estável, pois “norma que restringe direitos não pode ser interpretada ampliativamente. A restrição da norma comentada não atinge a sociedade comercial entre conviventes, que em princípio seja válida e eficaz, contanto que o aporte de capital de casa um deles seja efetivo e real” (2003, p. 515).

Posto isto, resta agora examinar os regimes matrimoniais especificados no dispositivo legal.

Antes, contudo, se faz necessária uma breve explanação acerca dos preceitos gerais dos regimes conjugais de bens.

“A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos” (VENOSA, 2006, p. 337).

No entanto, “uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges” (DINIZ, 2006b, p. 154).

Em outras palavras, pode-se afirmar que o casamento possui interferência no patrimônio de cada cônjuge, de forma que “a essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos” (DINIZ, 2006b, p. 154).

Isso porque, “no seu âmbito, disciplinam-se a propriedade, a administração, o gozo e a disponibilidade dos bens; a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e as fórmulas para o partilhamento dos bens quando da dissolução da sociedade conjugal” (RIZZARDO, 2004, p. 618).

Em razão da escolha por um sistema que estruture as relações pecuniárias do casamento, Orlando Gomes (Apud RIZZARDO, 2004, p. 617) dispõe que o regime de bens consiste no estatuto patrimonial dos cônjuges.

Deste modo, conceitua-se o regime matrimonial de bens como “o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento” (DINIZ, 2006b, p. 155).

De acordo com Maria Helena Diniz, “três são os princípios fundamentais a que, hodiernamente, se subordina a organização do regime matrimonial de bens” (2006b, p. 156).

O primeiro é o da variedade de regime de bens, “visto que a norma não impõe um só regime matrimonial aos nubentes, pois oferece-lhes quatro tipos diferentes: o da comunhão universal; o da comunhão parcial; o da separação; e o da participação final dos aquestos” (DINIZ, 2006b, p. 156).

O segundo consiste na liberdade dos pactos antenupciais, que, por decorrer do primeiro:

Permite-se aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do ato nupcial, já que, como não estão adstritos à adoção daqueles tipos, acima mencionados, tal como se encontram definidos em lei, podem combiná-los formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícito, ainda, estipular cláusulas, desde que respeitados os princípios de ordem pública, os fins e a natureza do patrimônio (DINIZ, 2006b, p. 156).

Inferese, pois, que esse princípio permite que por meio do pacto antenupcial os cônjuges poderão tratar do “regime de bens, quando diverso da comunhão parcial, o qual dispensa a adoção por pacto; e as estipulações especiais, não incluídas no regime eleito, ou mesmo a combinação dos outros regimes” (RIZZARDO, 2004, p. 627).

Assim, “aos nubentes se faculta estipularem o conteúdo que desejarem, dentro dos limites da lei, desde que não haja contrariedade à ordem pública, ou ofensa aos bons costumes” (RIZZARDO, 2004, p. 627).

Logicamente que tal liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens, bem como na combinação de regras especiais no pacto antenupcial, não se aplica ao regime da separação obrigatória de bens, uma vez que prevalece a determinação legal em razão da proibição de eles regularem diferentemente seus interesses econômicos.

“De modo geral, pois, a lei não impõe um determinado regime matrimonial [...] Procura-se, com isso, atender aos interesses particulares das pessoas que se matrimoniam, o que é uma tradição em nosso direito” (RIZZARDO, 2004, p. 618).

Salienta-se que tal liberalidade dos consortes nas estipulações atinentes as suas relações econômicas, podendo combinar os regimes legais de modo a formar um regime misto ou especial, parece ter passado despercebida pelo legislador.

E se os consortes optarem por uma mescla entre o regime da comunhão universal de bens e o regime da comunhão parcial de bens, a limitação para a instituição de sociedade ainda prevalecerá?

Em razão da impossibilidade da aplicação de uma interpretação extensiva a uma norma restritiva, é provável que tal proibição não incida nesse regime miscigenado, porquanto a lei apenas coibiu a constituição de sociedade entre cônjuges casados sob a égide do regime da comunhão universal de bens da forma como se encontra aparelhado no Código Civil.

Deste modo, a tão evitada fraude pode ocorrer por meio de um regime diferenciado daqueles restringidos pelo artigo 977 do Código Civil.

Por fim, o terceiro princípio fundamental reside na mutabilidade justificada do regime adotado no curso do casamento e dependente de autorização judicial, que veio substituir a imutabilidade do regime matrimonial estipulada no Código Civil de 1916.

Embora as regras atinentes ao patrimônio sejam de ordem disponível, pode um dos cônjuges se utilizar da alteração do regime de bens para obter modificações em seu proveito ou, conluiados, para prejudicar o interesse de terceiros.

Diante disso, faz-se imprescindível a autorização judicial da modificação que deverá ser baseada em um pedido formulado por ambos os cônjuges (incontroverso) e devidamente motivado contendo as razões das alterações. Procedente o pedido, deverão os direitos de terceiros ser ressaltados, para que fiquem garantidos os direitos de eventuais credores ou titulares de direitos sobre os bens.

Arnaldo Rizzardo elucida tais motivações:

Na mudança do regime de separação para o de comunhão, deve-se alegar, v. g., que os bens são frutos da atividade de ambos os cônjuges, embora se encontrem registrados em nome de um deles apenas. Na pretensão de passar da comunhão parcial para a universal, externarão os cônjuges a idéia de se buscar favorecer um deles com o patrimônio formado antes do casamento em razão de um sentimento de gratidão, ou de lhe dar segurança econômica futura. Já a mudança da comunhão universal para a parcial visará deixar os bens adquiridos anteriormente ao casamento, disponíveis para o atendimento de obrigações contraídas antes do casamento, sem envolver aqueles conseguidos pelo esforço comum (2004, p. 629-630).

O mencionado autor explicita que “um motivo que justifica plenamente a mudança está na constituição de uma sociedade personificada entre o marido e a mulher, ou naquela formada com terceiro em que ambos participam” (RIZZARDO, 2004, p. 630).

Ainda que seja possível a modificação do regime em vista do disposto no artigo 977 do Código Civil, por três motivos não pode ser esta a solução para a proibição imposta pela lei: primeiro, e suficiente, que os consortes possuem autonomia para estipularem suas relações econômicas em decorrência do princípio da liberdade dos pactos antenupciais; segundo que no caso da separação obrigatória não há margem para a conversão⁸; e terceiro que a mudança pleiteada depende exclusivamente de autorização judicial, haja vista a possibilidade de má-fé por parte dos nubentes.

Conceituado o regime matrimonial de bens e delineado seus princípios basilares, passa-se agora a análise dos regimes conjugais atingidos pelo artigo 977: o regime da comunhão universal de bens e o regime da separação obrigatória de bens.

2.4.1 Regime da comunhão universal de bens

Maria Helena Diniz conceitua o regime da comunhão universal de bens como:

Aquele em que todos os bens dos cônjuges, presentes ou futuros, adquiridos antes ou depois do casamento, tornam-se comuns, constituindo uma só massa, tendo cada cônjuge o direito à metade ideal do patrimônio comum, havendo comunicação do ativo e do passivo, instaurando-se uma verdadeira sociedade (DINIZ, 2006b, p. 239).

⁸ Parte da doutrina entende “que pela interpretação sistemática, vedada está tal mutabilidade àqueles casados sob o regime de separação obrigatória de bens, por ser uma imposição legal de ordem pública” (DINIZ, 2006b, p. 164). Contudo, a matéria possui muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

“Há, praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir, especificar, ou localizar a propriedade nos bens” (RIZZARDO, 2004, p. 643).

Entretanto, “apesar de implicar a comunicabilidade de todos os bens presentes e futuros (CC, art. 1.667, *in fine*), admite esse regime, excepcionalmente, a exclusão de alguns, por terem efeitos personalíssimos ou devido a sua própria natureza” (DINIZ, 2006b, p. 176).

O artigo 1.668 do Código Civil estipula por meio de um rol taxativo esses bens excluídos da comunhão:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados 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 casamento⁹, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais¹⁰ 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.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

[...]

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge¹¹;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes¹².

⁹ As dívidas anteriores ao casamento são pessoais do respectivo contraente, por elas devendo responder com seus bens particulares ou com aqueles que trouxe para a comunhão conjugal. Mas a execução ou a cobrança de tais dívidas não fica na expectativa da dissolução do casamento. Desde logo cabe a exigibilidade. Seria contrário ao justo admitir que se postergue indefinidamente um direito de terceiro, favorecendo o violador de um regramento jurídico. (RIZZARDO, 2004, p. 646).

¹⁰ Convém, entretanto, ter em conta se a doação não constitui uma forma de fraude à execução, conforme as hipóteses do art. 593 do Código de Processo Civil, ou de fraude contra credores, de acordo com as regras dos arts. 158 e 159. (RIZZARDO, 2004, p. 646).

¹¹ Os salários, rendimentos, frutos, vencimentos ou toda sorte de estipêndios, provenientes do trabalho assalariados, da atividade autônoma, do exercício de cargo público, da participação em sociedade de prestação de serviços, do pró labore, e outras atividades não ingressam na comunhão. (RIZZARDO, 2004, p. 647).

¹² Os termos expressam os rendimentos provenientes do exercício de atividades profissionais, ou de aplicações de valores para auferir-se uma vantagem após certo período de pagamento. (RIZZARDO, 2004, p. 647).

Acrescenta-se a esse apontamento, por entendimento doutrinário, os bens doados com a cláusula de reversão, uma vez que “para viabilizar a aplicação do retorno dos bens ao doador, obviamente é indispensável que permaneçam no domínio do beneficiado” (RIZZARDO, 2004, p. 645).

Contudo, o artigo 1.669 do Código Civil dispõe que a incomunicabilidade dos bens arrolados no artigo anterior não se estende aos frutos (civis, naturais ou industriais), quando se perceberem ou se vencerem durante o matrimônio.

“Segundo foi dito, entram na propriedade comum, no regime universal, todos os bens presente e futuros, desde que não declarados próprios de cada cônjuge, e nem excluídos pela vontade dos nubentes, de modo expresso, no pacto antenupcial” (RIZZARDO, 2004, p. 644).

A administração do patrimônio comum será efetuada por ambos os consortes, de forma que “pelas dívidas contraídas na gestão respondem os bens comuns e os particulares do cônjuge administrador. Os bens do outro consorte apenas responderão se se provar que este obteve algum lucro” (DINIZ, 2006b, p. 179).

Para que haja disposição (cessão gratuita de uso e gozo) dos bens comuns, será imprescindível a anuência dos dois cônjuges. “Se houver malversão, dilapidação ou desvio dos bens, o órgão judicante atribuirá a administração do patrimônio comum a um dos consortes” (DINIZ, 2006b, p. 179).

Já a administração e disposição dos bens excluídos da comunhão pertencerão ao cônjuge proprietário, salvo disposição em sentido contrário no pacto antenupcial.

“Pelos débitos assumidos por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares, e em benefício destes, não responderão os bens comuns, [...] salvo se o cônjuge que não cometeu a falta obteve lucro com o produto do ilícito perpetrado pelo outro” (DINIZ, 2006b, p. 179).

“Dá-se a extinção da comunhão universal com a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, pela sentença de nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio” (DINIZ, 2006b, p. 180).

Dessa forma, “extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro por dívidas que este houver contraído” (DINIZ, 2006b, p. 181).

Em que pese a preocupação do legislador em evitar qualquer tipo de fraude pela constituição de sociedade entre cônjuges casados sob a égide do regime da comunhão universal de bens, observa-se que o regime de comunhão parcial de bens, em certas ocasiões, pode-se assemelhar a este quanto aos efeitos práticos.

O regime da comunhão parcial em regra possui três massas de bens (particular do marido, particular da mulher e comum). Porém, pode apresentar apenas a massa de bens comuns, assim como no regime da comunhão universal, em razão da possível inexistência de bens particulares.

Assim, a lei restaria inócua na hipótese apontada, porquanto os efeitos práticos do regime da comunhão parcial de bens seriam idênticos aos do regime da comunhão universal de bens.

2.4.2 Regime da separação obrigatória de bens

Regime de separação de bens “é aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao casamento” (DINIZ, 2006b, p. 241).

Assim, “conserva cada consorte a integral e exclusiva administração e fruição do que lhe pertence, sendo que nem dependerá da anuência do outro cônjuge para alienar bens imóveis ou gravá-los de ônus real” (DINIZ, 2006b, p. 194).

“Como os bens, as dívidas anteriores ao casamento e as contraídas na sua vigência também não se comunicam, respondendo cada consorte pelos seus próprios débitos; logo, o credor do marido não pode penhorar os bens da mulher e vice-versa” (DINIZ, 2006b, p. 193).

No entanto “as dívidas contraídas sem autorização marital ou uxória pelo cônjuge comunicar-se-ão ao outro se efetuadas para aquisição de coisas necessárias à economia doméstica” (DINIZ, 2006b, p. 193).

Esse regime matrimonial poderá advir de convenção ou de lei. No caso do artigo 977 do Código Civil, limita-se a constituição de sociedade entre cônjuges casados sob a égide do regime de separação obrigatória de bens (advindo de lei).

O regime de separação obrigatória de bens advém de hipóteses expressamente previstas na lei, “instituídas, sobretudo, com o escopo de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância” (RIZZARDO, 2004, p. 660).

Nesta senda, o artigo 1.641 do Código Civil estipula os casos em que incide o regime obrigatório:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O primeiro caso cuida das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio. O Código Civil estipula essas hipóteses:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

A segunda ocorrência trata das pessoas maiores de sessenta anos.

Para o legislador, “essa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado” (VENOSA, 2006, p. 343).

Contudo, “há quem sustente a inconstitucionalidade do princípio com base na proteção à dignidade da pessoa” (VENOSA, 2006, p. 343).

De fato:

Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú” (DINIZ, 2006b, p. 190).

De acordo com essa limitação, Arnaldo Rizzardo se posiciona, no entanto, pela exceção da obrigatoriedade do regime de separação se ambos os nubentes fossem maiores de sessenta anos (RIZZARDO, 2004, p. 665).

Por fim, o terceiro evento consiste nas pessoas que dependem de suprimento judicial para se casarem.

“O suprimento se requer quando os nubentes não houverem completado a idade núbil, que é de dezesseis anos, mas permitindo-se o casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (RIZZARDO, 2004, p. 665).

“Questão bastante controvertida [...] é a de saber se no regime de separação de bens, oriundo de imperativo legal, pode haver comunicabilidade de bens havidos da constância do matrimônio, por mútuo esforço dos cônjuges” (DINIZ, 2006b, p. 191).

O Supremo Tribunal Federal emanou a Súmula 377 que dispõe: “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”.

Arnaldo Rizzardo, no mesmo sentido, faz parte da ala doutrinária que entende pela comunicabilidade dos bens no regime da separação legal obrigatória:

A idéia de que a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio anularia o efeito protetor da exigência da separação cede diante do princípio de que,

entre os cônjuges, e até entre os concubinos, se constitui uma *societas generales questuaria*, sendo os aqüestos produto do esforço comum.

No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aqüestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher. Se na sociedade de fato prevalece tal solução, quando mais no casamento, que é um *plus*, uma união institucionalizada e protegida por todos os ordenamentos jurídicos. Esta posição encontra inspiração na equidade e na lógica do razoável, formada que foi pelos motivos subjacentes da Súmula n. 377 (2004, p. 662).

Nesse caso, o regime de separação obrigatória de bens transforma-se no regime da participação final dos aqüestos, para o qual não há vedação de contratação de sociedade entre cônjuges.

Naturalmente, essa comunicabilidade de bens havidos na constância do matrimônio não pode ser aplicada ao regime convencional de separação de bens, porquanto *“Estipulado expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento. A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar”* (Resp. n. 83.750-0, RS).

Isso porque no regime da separação obrigatória os cônjuges foram forçados por imposição normativa a aderir a tal sistema. Já no regime da separação convencional os consortes, independentemente da instauração de uma sociedade de fato, escolheram pela opção legal da incomunicabilidade dos bens.

Ora, se existe certa flexibilização no regime de separação obrigatória de bens, em decorrência dos efeitos práticos da Súmula transformar a natureza do regime, por qual motivo não poderia haver sociedade entre os casados desse regime?

Ademais, os arrolados do artigo 1641 do Código Civil podem optar em não oficializar suas relações pelo casamento e viver em união estável, que é regida pelos ditames do regime da comunhão parcial de bens, para poderem constituir sociedade com seus companheiros.

Nesse caso, além de as pessoas relacionadas pelo Código Civil ficarem sem o manto protetor do regime da separação de bens, observa-se o desrespeito ao princípio da proteção à família, que possui como um dos alicerces capitais o incentivo ao casamento (§§ 1º, 2º e 3º, artigo 226, da Constituição).

Capítulo 3 – Fraude e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

3.1 Fraude a sua presunção

Conforme visto, o artigo 977 do Código Civil proíbe a constituição de sociedade por cônjuges, entre si ou com terceiros, casados sob a égide do regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

O legislador não justifica a limitação imposta, uma vez que não há qualquer referência à supracitada norma no texto da exposição de motivos do Novo Código Civil.

A doutrina aponta como possível justificativa para esse impedimento legal a possibilidade de ocorrência de fraude, seja contra a meação, seja contra os credores.

Ora, o legislador só pode ter presumido a ocorrência de fraude na constituição de sociedade entre os consortes em casos tais, eis que, ante o princípio constitucional da igualdade, a simples possibilidade do acontecimento de fraude não poderia se revestir em motivo suficiente para essa limitação.

É como se o médico aplicasse remédio ao paciente, antes mesmo de ele estar doente. Ou seja, sem qualquer necessidade, ou como se diz no jargão médico, de forma profilática.

Conforme devidamente explanado no capítulo 1 do presente trabalho monográfico, o princípio da isonomia só poderá ser desrespeitado quando, excepcionalmente, houver alguma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, sempre em conformidade com direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

A única justificativa objetiva e razoável para diferenciar os cônjuges casados nesses regimes matrimoniais (comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens) dos cônjuges casados nos regimes de bens remanescentes (comunhão parcial de bens, final dos aquestos e separação convencional de bens) no que concerne à possibilidade de contratação de sociedades, seria a antijuridicidade dessa constituição.

Uma das formas de ocorrência dessa antijuridicidade seria pelo acontecimento da fraude.

Ocorre que a constituição de sociedade entre cônjuges casados nesses regimes matrimoniais por si só não configura a ocorrência da fraude.

Se assim fosse, a regra restaria inócua quanto aos cônjuges casados pelo regime da comunhão parcial de bens, em que inexistissem as massas de bens particulares, ocorrendo tão-somente a massa de bens comuns. Isso porque, nesse caso, o regime da comunhão parcial de bens possuiria os mesmos efeitos práticos do regime da comunhão universal de bens.

Tanto é verdade a inexistência dessa presunção, que muitas sociedades constituídas por cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens (regime legal do Código Civil de 1916) permanecem até hoje, haja vista a inaplicabilidade do disposto no artigo 2.301 do atual Código Civil, conforme comentado no capítulo 2.

Pablo Stolze Gagliano sintetiza a questão da impossibilidade de presunção da fraude nesses casos:

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

Não concordamos com essa postura. A condição de casados, por si só, ou a adoção deste ou daquele regime, não poderia interferir na formação de uma sociedade, sob o argumento da existência de fraude.

Toda fraude deve ser apreciada *in concreto*, e não segundo critérios *apriorísticos* injustificadamente criados pelo legislador (2003).

Pelo exposto percebe-se que não se deduz a fraude, ainda que a situação seja mais suscetível para sua ocorrência, mas apenas se examina-a no caso concreto, ou seja, ela apenas pode ser apreciada e combatida quando de fato existir.

De Plácido e Silva assim conceitua a fraude:

Derivado do latim *fraus, fraudis* (engano, má-fé, logro), entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever

Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação, ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros.

Assim, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo, a interesse de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. É por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regras jurídicas, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empresada contra aquele com quem se contrata (2005, p. 637).

Infere-se, portanto, que a fraude consiste no engano promovido de má-fé que tem como escopo a ocultação da verdade em razão de fuga ao cumprimento de dever. É, assim, a intenção de causar prejuízo a terceiros.

Por mais que uma situação seja passível de ocorrência de fraude, apenas se observará o engano malicioso quando de fato ocorrer o ato fraudulento.

Inconcebível, portanto, a presunção de ocorrência de fraude pelas sociedades constituídas por cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

3.2 Fraude e os regimes de bens da comunhão universal e da separação obrigatória

Se a regra contida no Código Civil não se sustenta pela inexistência de presunção de fraude, ampara-se menos ainda pela simples possibilidade de sua ocorrência.

A doutrina defensora da regra estipulada no artigo 977 do Código Civil justifica que, ainda que seja possível a ocorrência de fraude em qualquer regime matrimonial de bens, são esses os mais propícios para o evento.

Sustentam os doutrinadores apoiadores da proibição em comento que o regime da comunhão universal de bens tornar-se-ia uma espécie de ficção, haja vista 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.

Esqueceu-se o legislador que o regime da comunhão parcial de bens pode ter os mesmos efeitos práticos do regime da comunhão universal de bens, quando o casamento gerido por aquele regime possuir apenas a massa de bens comuns.

Com efeito, pelo fato da pessoa jurídica não se confundir com as pessoas físicas que a compõem, podem os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da comunhão parcial, havendo apenas a massa de bens comuns, transferirem previamente para a sociedade todos os seus bens, ficando imunes as investidas judiciais de seus credores.

Frisa-se que se a transferência se dá quando um dos cônjuges ou ambos já são devedores certamente caracteriza-se a fraude contra credores.

A narração apresentada versa uma típica fraude contra credores, que no entendimento de Orlando Gomes consiste no:

[...] propósito de prejudicar terceiros, particularizando-se em relação aos credores. Mas não se exige o *animus nocendi*, bastando que a pessoa tenha a consciência de que, praticando o ato, está prejudicando seus credores. É, em suma, a diminuição maliciosa do patrimônio. O ato fraudulento é suscetível de revogação pela ação pauliana (GOMES, 2000, p. 430-431).

Na mesma linha, Silva tece as seguintes considerações:

Assim se entende todo ato praticado pelo devedor com a intenção de fraudar os seus credores do que lhes é devido.

Nesta razão, qualquer *manejo* ou *maquinação oculta* do devedor, para fugir ao cumprimento de suas obrigações, seja desfalcando seu patrimônio, por meio de alienações ou de qualquer outros atos de disposição, que se mostrem injustos e prejudicados aos interesses de seus credores, indica-se *fraude contra os credores*.

Ocorrida a alienação e evidenciada a diminuição do patrimônio do devedor, ou a sua insolvabilidade, assinala-se o *prejuízo aos credores (eventus damni)* em que se frauda e onde está o caráter de *fraude contra os credores*.

O *consilium fraudis*, que é a *má-fé* ou *fraude* dos que participam do ato *fraudulento*, decorre da circunstância, em que o ato se operou, sendo, por ela, ordinariamente presumível.

A intenção do devedor em causar o prejuízo aos credores e o conhecimento por parte da pessoa com quem o devedor contratou, de que o ato viria trazer prejuízos aos credores dele, constituem o *consilium fraudis*.

Os atos praticados em fraude contra os credores são anuláveis, a fim de que se revoguem. E volte o patrimônio do devedor ao estado anterior (SILVA, D.P., 2005, p. 637-638).

Tal hipótese, entretanto, pode ser combatida pela desconsideração da personalidade jurídica, como será visto a seguir.

Alegam os doutrinadores, também, que a limitação imposta ao regime da separação obrigatória de bens se daria 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.

Com efeito, o regime da separação obrigatória de bens visa proteger os bens de cada consorte em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância, chamados hoje de causas suspensivas.

Ocorre que muitas das situações previstas no rol de incidência obrigatória do regime de separação de bens são momentâneas, como por exemplo, o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal, os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A situação é momentânea (o viúvo ou viúva poderá fazer o inventário e efetuar a partilha, o divorciado poderá ter homologada e decidida a partilha dos bens do casal, os menores crescerão), mas o regime da separação obrigatória é duradouro.

Sem falar na regra que impede os maiores de sessenta anos em contratarem sociedade com seus cônjuges e terceiros. São agora os sexagenários incapazes de praticar atos ou celebrar negócios jurídicos? Já faz décadas que os maiores de sessenta anos não são mais associados como velhos caducos, incapazes de exercer o controle de suas vidas. O aumento da qualidade de vida e o avanço da medicina demonstram outra realidade nos dias atuais.

Cita-se, a título exemplificativo, que um dos maiores empreendedores brasileiro, Roberto Marinho, fundou a Rede Globo com mais de 60 anos de idade.

Desaparecidas as situações ensejadoras da obrigatoriedade do regime de separação de bens, inconcebível que essas pessoas continuem impossibilitadas de constituírem sociedade com seus cônjuges e terceiros.

De fato, as circunstâncias fundamentadoras da exigência do regime de separação de bens podem não desaparecer, prolongarem-se a vida inteira, havendo, assim, a necessidade da proteção dada pelo regime da separação de bens.

Não se afirma a impossibilidade de ocorrência de fraude contra a lei proibitiva da meação em tais casos. Pelo contrário, a sociedade entre cônjuges casados sob a égide desse regime pode se revestir em instrumento fraudulento.

Exemplifica-se com o caso no qual o tutor casa-se com sua tutelada e por meio da sociedade existente entre eles consegue obter acesso ao seu patrimônio protegido pelo regime da separação obrigatória de bens.

Ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 377, admitindo a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, conforme já explanado no capítulo do 2 do presente.

Além disso, em episódios como esse narrado, pode-se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade.

Independentemente do regime de bens em estudo, se da comunhão universal ou da separação obrigatória, inúmeros poderiam ser os exemplos de fraude relacionada com sociedade entre cônjuges.

Da mesma forma, são incontáveis os exemplos de fraude contra credores e contra a meação de cônjuges casados sobre os regimes de bens remanescentes (separação convencional, comunhão parcial e participação final dos aquestos).

Maria Helena Diniz cita alguns desses casos e sugere como solução a desconsideração da personalidade jurídica:

Não pode o patrimônio da pessoa jurídica, estranha à relação processual e à disputa pelos bens pertencentes ao casal litigante em separação judicial, embora ambos dela sejam sócios, ser confundido e indevidamente constrito para fins de partilha pelo deferimento liminar de arrecadações em medida preparatória.

[...]

Se se transferir ou adquirir bens próprios do casal em nome da empresa para, sob o mando societário, fraudar meação nupcial, pode-se desconsiderar a pessoa jurídica. O mesmo se diga se o marido, planejando separação judicial, usar testa-de-ferro para retirar-se da sociedade, retornando a ela, após a partilha judicial, com a mesma quantidade de quotas (2006b, p. 310-311).

Na mesma linha, Rolf Madaleno trata da fraude material da união conjugal, dando destaque para a fraude societária:

Convém ter presente que a fraude entre cônjuges se realiza amiúde, valendo-se o esposo fraudador da estrutura societária já existente ou de uma empresa especialmente criada para desenvolver a fraude e assim subtrair bens do acervo comum e repassá-los para a pessoa jurídica. O tema é bastante recente na cultura jurídica brasileira e encontra uma norma padrão no artigo 50 do Código Civil. As manobras realizadas através do mau uso da personalidade societária encontram forte eco no Direito de Família, para sonegar alimentos, ou para fraude à meação, pois a incorporação de bens a uma sociedade comercial, ou mesmo o afastamento do cônjuge do quadro societário da empresa conjugal equivale à sua alienação para terceiro (2005).

Igualmente, o referido autor traz como solução a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

Tem trânsito no Direito de Família brasileiro a aplicação episódica do superamento da personalidade jurídica sempre que o sócio cônjuge ou convivente procurar através do abuso da sociedade desviar bens particulares, pertencentes à sociedade afetiva e que são deslocados para a sociedade comercial, ou, em outra modelagem, quando os bens que já compõem o capital social da empresa são desviados ou reduzidos a um valor irrisório, nada representando no acerto final de composição da partilha. Detectada a manobra arquitetada para gerar uma fraude no direito à partilha do parceiro ou aos alimentos judicialmente arbitrados, a desconsideração da personalidade jurídica procurar recompor o patrimônio abusiva ou fraudulentamente dilapidado (MADALENO, 2005).

Conclui-se, assim, que não importa o regime de bens adotado, pois quando existe a intenção de fraudar, quase sempre se consegue burlar a lei e praticar o ato lesivo.

Portanto, a solução para o impedimento dessas fraudes não consiste em um formalismo exagerado, deturpador das relações econômicas e, principalmente, dos ditames constitucionais.

A saída para esses casos é a aplicação de uma teoria relativamente recente no meio jurídico, criada a partir de julgados das Cortes Americana e Inglesa. Trata-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3.3 Teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Não obstante o desapego do legislador do Código Civil de 2002 para com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua possível aplicação para as possibilidades de ocorrência de fraude quando da contratação de sociedade entre cônjuges, insiste-se na apreciação dessa conjectura.

De tal modo, em primeiro plano, será analisada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para que então se possa relacioná-la com os casos fraudulentos da constituição de sociedade por cônjuges.

Fábio Ulhoa Coelho esclarece o motivo pelo qual pessoas naturais contratam uma sociedade:

Atividades econômicas de pequeno porte podem ser exploradas por uma pessoa (natural), sem maiores dificuldades. Na medida, porém, em que se avolumam e ganham complexidade, exigindo maiores investimentos ou diferentes capacitações, as atividades econômicas não mais podem ser desenvolvidas, com eficiência, por um indivíduo apenas. O seu desenvolvimento pressupõe, então, a aglutinação de esforços de diversos agentes, interessados nos lucros que elas prometem propiciar. Essa articulação pode assumir variadas formas jurídicas, dentre as quais a de uma sociedade (2008b, p. 3).

Assim sendo, a sociedade é tutelada juridicamente em razão da aglutinação de esforços de diversas pessoas naturais que têm como objetivo a exploração de uma atividade econômica mais complexa.

De fato, “se tem a sociedade como um contrato de contribuição contínua dos sócios, através de confiança recíproca, para a consecução de objetivos comuns” (RIZZARDO, 2007, p. 71).

A sociedade, portanto, consiste em um sujeito de direito, porquanto é titular de direitos e obrigações.

Ocorre que, conforme já mencionado no capítulo 2, os sujeitos de direito podem ou não ser dotados de personalidade jurídica.

“O que caracteriza o regime das pessoas, no campo do direito privado, é a autorização genérica para a prática dos atos jurídicos. Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica dispensa-se de especificar quais atos esse algo ou alguém está apto a praticar” (COELHO, 2008b, p. 10).

Por conseguinte, “o sujeito de direito personalizado tem aptidão para a prática de qualquer ato, exceto o expressamente proibido. Já o despersonalizado somente pode praticar ato essencial ao cumprimento de sua função ou o expressamente autorizado” (COELHO, 2008b, p. 11).

Ressalva-se que há as sociedades despersonalizadas (em comum e em conta de participação) e as sociedades personalizadas¹³ (simples, empresária anônima, empresária limitada, empresária de nome coletivo, empresária de comandita simples e empresária de comandita por ações).

Segundo já disposto no capítulo 2, são atingidas pela proibição estabelecida no artigo 977 do Código Civil as seguintes sociedades personalizadas¹⁴: sociedades simples, com exceção da cooperativa, sociedades empresárias limitadas, sociedades empresárias de nome coletivo e sociedades empresárias de comandita simples.

A sociedade personalizada, além da implicação genérica de aptidão para a prática de qualquer ato, exceto o expressamente proibido, implicação essa que são dotados todos os sujeitos de direito personalizados, possui também efeitos específicos.

Três são os principais efeitos da personalização da sociedade: titularidade obrigacional, titularidade processual e responsabilidade patrimonial.

“Em relação à titularidade obrigacional, nota-se que os vínculos de obrigação jurídica, contratuais ou extracontratuais, originados da exploração da atividade econômica aproximam terceiros [...] e a pessoa jurídica da sociedade empresária” (COELHO, 2008b, p. 14).

Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece a complexidade de manifestação de vontade da pessoa jurídica, característica de onde advém a titularidade obrigacional:

A manifestação da vontade da pessoa jurídica pode ocorrer de modo complexo, por meio de uma ou mais pessoas naturais. Mas, ainda assim, a pessoa natural, ao participar da formação da vontade da pessoa jurídica, perde sua individualidade e deve ser vista como uma peça da engrenagem do ente que constitui a pessoa jurídica. A deliberação tomada pela sociedade, por exemplo, é resultado da somatória das vontades individuais de seus sócios, da mesma forma que o ato praticado pela sociedade, por intermédio da pessoa natural de qualquer de seus sócios é ato dela e não dele, que simplesmente atua como se fosse a própria sociedade (2007, p. 127).

¹³ A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (artigos 985 e 45). (CAMPINHO, 2006, p. 63).

¹⁴ A sociedade em comum é aquela tida como irregular, enquanto a sociedade em conta de participação não é considerada pela doutrina como uma sociedade, mas como um contrato de investimento comum. Por isso a exclusão das sociedades despersonalizadas do campo de atuação da proibição constante no artigo 977 do Código Civil.

“Quanto à titularidade processual, a personalização da sociedade empresária importa a definição da sua legitimidade para demandar e ser demandada em juízo” (COELHO, 2008b, p. 15).

O derradeiro efeito, a responsabilidade patrimonial, consiste na autonomia patrimonial da sociedade, de modo que os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. Fábio Ulhoa Coelho elucida a questão:

Os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros. [...] No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima. A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com uma sua parcela ideal. Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade.

Pois assim sendo, conclui-se que respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios. [...] Somente em hipóteses que excepcionam a regra da autonomia na pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade (2008b, p. 15-16).

Ocorre que “em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito” (COELHO, 2008b, p. 32).

Desse modo, “como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária” (COELHO, 2008b, p. 32).

Isso porque, “sendo a pessoa jurídica uma ficção, uma técnica colocada pelo ordenamento jurídico à disposição das pessoas humanas para facilitar suas relações, sua personalidade não pode ir além disso” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 128).

Dessa forma, “fora de sua função, ela perde todo o sentido e deve ser desconsiderada para que apareça a realidade que lhe está subjacente e se evitem eventuais desvios ou ilicitudes por ela encobertos” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 128).

Portanto, “a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios e tem patrimônio próprio, distinto dos deles, é um princípio jurídico, mas não se pode

transformar em dogma e entravar a ação do ordenamento jurídico [...] na realização da justiça” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 128).

“Surgiu, assim, a doutrina do *disregard of legal entity* no direito anglo-saxão [por meio de uma construção jurisprudencial] espalhando-se para o direito germânico e mais recentemente repercutindo na literatura jurídica da Itália” (REQUIÃO, 2008, p. 391).

O foco dessa doutrina consiste no “propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito” (REQUIÃO, 2008, p. 393).

Ressalta-se, contudo, que a solução para evitar manipulações como estas não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, como regra.

Fábio Ulhoa Coelho clarifica, dessa forma, que a intenção do instituto da desconsideração da personalidade jurídica não consiste no comprometimento da pessoa jurídica em si:

O objetivo da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine ou piercing the veil)* é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude (2008b, p. 35-36).

No mesmo sentido, Rubens Requião:

O mais curioso é que a “disregard doctrine” não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos (REQUIÃO, 2002, P. 753).

Contudo, há duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Fábio Ulhoa Coelho esclarece a questão:

Há, no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de mais consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria *maior*. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à

desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria *menor*, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica (2008b, p. 36).

A teoria maior é uma elaboração doutrinária recente, de forma que seu principal sistematizador, Rolf Serick, definiu, a partir da jurisprudência norte-americana, os critérios gerais que autorizam o afastamento da autonomia das pessoas jurídicas por meio da formulação de quatro princípios (COELHO, 2008b, p. 37).

O primeiro afirma que ‘o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica’¹⁵. [...] O segundo princípio da teoria da desconsideração circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia deve ser preservada. Afirma que ‘não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos’. Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração. De acordo com o terceiro princípio, ‘aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica’. É este o critério recomendado para resolver questões como a nacionalidade ou raça de sociedades empresárias. O derradeiro princípio sustenta que, ‘se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes’¹⁶ (COELHO, 2008b, p. 37).

De tal modo, a teoria maior da desconsideração não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. “Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam” (COELHO, 2008b, p. 38).

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que muito pensam, visa proteger o instituto.

“A inexistência de um critério de orientação, a partir do qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial, poderia eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não do seu uso indevido” (COELHO, 2008b, p. 38).

¹⁵ Entende Serick por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento (COELHO, 2008b, p. 37).

¹⁶ Quer dizer, se a lei prevê determinada disciplina para os negócios entre dois sujeitos distintos, cabe desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica que o realiza com um de seus membros para afastar essa disciplina (COELHO, 2008b, p. 38).

Salienta-se que “a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade” (COELHO, 2008b, p. 39-40), porquanto o afastamento do princípio da autonomia patrimonial desestimula a exploração de atividades econômicas em decorrência da ausência de instrumentos jurídicos de garantia ao custo da atividade econômica, uma vez que o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas “socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos” (COELHO, 2008b, p. 39).

Dessa forma, “sua aplicação exige do magistrado imprescindível zelo e parcimônia, de modo a não vulgarizar sua utilização nos casos concretos que se apresentem, sob pena de impor a destruição do instituto da pessoa jurídica” (CAMPINHO, 2006, p. 73).

Ademais, “a aplicação da teoria da desconsideração não implica a anulação ou o desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica” (COELHO, 2008b, p. 41).

Assim, “o juiz pode deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras” (COELHO, 2008b, p. 41).

Essa preservação da pessoa jurídica é apontada como elemento fundamental na conservação de interesses de trabalhadores, consumidores, fisco e outros que gravitam em torno da continuidade da empresa:

Esse traço é a fundamental diferença entre a teoria da desconsideração e os demais instrumentos desenvolvidos pelo direito para a coibição de fraudes viabilizadas através de pessoas jurídicas. Antes da elaboração, sistematização e difusão da teoria, a repressão às irregularidades e abusos de forma significava, via de regra, a dissolução da pessoa jurídica. Isso, no caso de sociedades empresárias, importa o sacrifício da atividade econômica por elas explorada, o fim de postos de emprego, da geração de riquezas e tributos etc. A partir da teoria da desconsideração, podem-se reprimir as fraudes e os atos abusivos sem prejudicar interesses de trabalhadores, consumidores, fisco e outros que gravitam em torno da continuidade da empresa (COELHO, 2008b, p. 43).

Contudo, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos.

“O pressuposto da licitude serve [...] para distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária, hipóteses essas que não guardam relação com o uso fraudulento da autonomia patrimonial” (COELHO, 2008b, p. 44).

Portanto, “a ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial” (COELHO, 2008b, p. 44).

Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece a questão:

É preciso que isso fique bem claro: a simples prática de ato ilícito pela pessoa jurídica não tem nada a ver com a teoria da desconsideração. Se a pessoa jurídica age dentro dos propósitos para os quais foi constituída, mas pratica um ilícito (vende uma mercadoria que não possui, por exemplo), deve responder normalmente por esse ato, como qualquer agente que assim o pratica. Para que se aplique a teoria da *disregard of legal entity* é preciso que haja desvio da sua função econômico-social, isto é, da causa do seu nascimento, do papel que a pessoa jurídica deve preencher e que justificou sua criação para atuar à semelhança de uma pessoa natural (2007, p. 129).

Infere-se, pois, que “a teoria maior da desconsideração elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto” (COELHO, 2008b, p. 44).

Entretanto, essa formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, apresenta dificuldades no campo das provas.

“Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica, ou mesmo a doutrina, em estabelecer presunções ou inversores do ônus probatório” (COELHO, 2008b, p. 44).

Segundo a formulação objetiva, o pressuposto da desconsideração se encontra, fundamentalmente, na confusão patrimonial:

Se, a partir da escrituração contábil, ou da movimentação de contas de depósito bancário, percebe-se que a sociedade paga dívidas do sócio, ou este recebe créditos dela, ou o inverso, então não há suficiente distinção, no plano patrimonial, entre as pessoas. Outro indicativo eloqüente de confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, é a existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade, e vice-versa (COELHO, 2008b, p. 44-45).

“Mas, ressalte-se, ela não exaure as hipóteses em que cabe a desconsideração, na medida em que nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial” (COELHO, 2008b, p. 45).

Portanto, “não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude” (COELHO, 2008b, p. 45).

Assim, “a determinação da utilização desvirtuada, do mau uso da pessoa jurídica, não tem como ser feita senão pela análise de cada caso concreto, visto que ‘utilização’ é uma ação no mundo dos fatos” (GONÇALVES NETO, 2007, p. 128).

Em que pese a desconsideração ser utilizada como instrumento para responsabilizar o sócio por dívida formalmente imputada à sociedade, é possível o inverso: desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação de sócio.

Nesse diapasão a fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens:

O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-lo, apesar de não serem de sua propriedade, mas de pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo que, em se tratando a pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações representativas de parcelas do capital social. Essas são, em regra, penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações do seu titular (apenas são impenhoráveis as quotas sociais de sociedade limitada de pessoas: Cap. 27, item 5.1). Quando, porém, a pessoa jurídica reveste forma associativa ou fundacional, ao seu integrante ou instituidor não é atribuído nenhum bem correspondente à respectiva participação na constituição do novo sujeito de direito. Quer dizer, o sócio da associação ou o instituidor da fundação, desde que mantenham controle total sobre os seus órgãos administrativos, podem concretizar com mais eficácia a fraude do desvio de bens (COELHO, 2008b, p. 46).

Fábio Ulhoa Coelho ainda ressalta que a desconsideração invertida ampara, de forma especial, os direitos de família:

Na desconstituição do vínculo de casamento ou de união estável, a partilha de bens comuns pode resultar fraudada. Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-o em nome de pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor (COELHO, 2008b, p. 46).

A teoria menor da desconsideração, bem menos elaborada que a maior, tem como único pressuposto o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta (COELHO, 2008b, p. 47).

De tal modo, “a formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma” (COELHO, 2008b, p. 47), sendo irrelevante, de outro lado, “a natureza negocial do direito creditício oponível à sociedade” (COELHO, 2008b, p. 47).

Conclui-se, pois, que a teoria menor da desconsideração “equivale à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes” (COELHO, 2008b, p. 47), eis que “se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela” (COELHO, 2008b, p. 47).

Explanadas as duas principais teorias da desconsideração da personalidade jurídica, resta agora examinar como a conjectura dessas formulações é recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“No Direito brasileiro, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica nasceu para desafiar a regra do art. 20 do Código Civil de 1916: *‘As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’*” (DIREITO, 2000, p. 2).

O primeiro dispositivo legal a se referir à desconsideração da personalidade jurídica é o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

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

[...]

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

Fábio Ulhoa Coelho sopesa como foi recebida a teoria da desconsideração pelo Código de Defesa do Consumidor:

São fundamentos legais para a desconsideração em favor do consumidor: a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos

estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração. No tocante ao mencionado na letra a, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra b dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, isto é, embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador de responsabilidade, nesse caso, pode ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade (sócio ou representante legal), não representando a personalidade jurídica própria da sociedade nenhum obstáculo a essa imputação. Já os fundamentos agrupados pela letra c referem-se à responsabilidade por má administração, que é, igualmente, tema diverso de direito societário, em cuja sede a personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos pelo administrador (2008b, p. 51).

E continua:

No tocante aos § 5º do art. 28 do CDC, note-se que uma primeira e rápida leitura pode sugerir que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica. Essa interpretação meramente literal, no entanto, não pode prevalecer por três razões. Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, o *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração (COELHO, 2008b, p. 52-53).

O segundo dispositivo do direito brasileiro a fazer menção à desconsideração é o artigo 18 da Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste):

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

“Em duas oportunidades, poderá verificar-se a desconsideração da personalidade jurídica na tutela das estruturas de livre mercado: na configuração de infração da ordem econômica e na aplicação da sanção” (COELHO, 2008b, p. 53).

Para Fábio Ulhoa Coelho “como o legislador de 1994 praticamente reproduziu, no art. 18 da Lei Antitruste, a redação infeliz do dispositivo equivalente do Código de Defesa do Consumidor, acabou incorrendo nos mesmos desacertos” (2008b, p. 54).

A terceira referência à teoria da desconsideração, no direito positivo brasileiro, encontra-se no art. 4º da Lei n. 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente: “*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”.

“O Código Civil não contempla nenhum dispositivo com específica referência à ‘desconsideração da personalidade jurídica’; contempla, porém, uma norma destinada a atender às mesmas preocupações que nortearam a elaboração da *disregard doctrine*” (COELHO, 2008b, p. 54-55).

Trata-se do artigo 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Rubens Requião cita trechos da obra de Fabio Konder Comparato, professor a quem parte da doutrina atribui a contribuição traduzida no artigo 50, e explica em que sentido foi desenvolvido esse dispositivo legal do ordenamento jurídico brasileiro:

O autor citado desenvolve a tese no sentido de que, de ‘tudo o que se vem de expor, decorre esse efeito jurídico fundamental da personalização – separação de patrimônio – deve ser normalmente afastado, quando falte um dos pressupostos formais estabelecidos pela lei; e, também, quando desapareça a especificidade do objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objetivo social de produção e distribuição de lucro – ou ainda quando ambos se confundem com a atividade ou o interesse individual de determinado sócio’. Acrescenta o autor, ainda, que ‘a sanção jurídica, em tais casos, não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio ou da relação, mas a ineficácia. Não deve ser a destruição da ‘entidade’ pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*’, para concluir que ‘um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É esse o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes’ (2008, p. 394-395).

E prossegue:

O autor citado supõe, então, que ‘por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento da personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei’, elementos que considera insuficiente. Considerações como estas resultam, para alguns estudiosos em companhia de Fabio Konder Comparato, na análise da teoria conforme negócios *interna corporis* (onde ocorrerão os fenômenos de desvio de poder e fraude à lei) ou de negócios *externa corporis* (havendo a confusão patrimonial entre o controlador e a sociedade controlada) (REQUIÃO, 2008, p. 395).

Contudo, Fábio Ulhoa Coelho entende que, não obstante os equívocos da legislação pátria, nessas situações deve-se prestigiar a interpretação da teoria maior da desconsideração:

Apesar dos equívocos na redação dos dispositivos legais, a melhor interpretação destes é a que prestigia a formulação maior da teoria da desconsideração, ou seja, eles somente admitem a superação do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária como forma de coibição de fraudes ou abusos de direito (2008b, p. 54).

Nesse mesmo sentido Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Entendida desse modo, a desconsideração também não abrange casos em relação aos quais a própria lei abre exceções à autonomia da pessoa jurídica, pela óbvia razão de que as exceções integram o regime jurídico a que ela está subordinada; a teoria da desconsideração busca o afastamento desse regime (2007, p. 130).

Em que pese as várias previsões legislativas de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ela pode ser aplicada independentemente de qualquer prescrição jurídica.

“A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese [...] está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica” (COELHO, 2008b, p. 55).

Quantos aos aspectos processuais “o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores” (COELHO, 2008b, p. 56).

Deste modo, a ação deverá ser proposta em face da pessoa física em quem pretende imputar a responsabilidade pelo ato, pois foi ela quem fraudulentamente manipulou a autonomia da pessoa jurídica, e não esta.

Conseqüentemente, “se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade” (COELHO, 2008b, p. 56).

De outro lado, “a desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado¹⁷” (COELHO, 2008b, p. 56).

Fábio Ulhoa Coelho justifica o necessário caráter cognitivo da ação:

Note-se que a teoria maior torna impossível a desconsideração por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório (COELHO, 2008b, p. 56).

Uma solução processual mais célere e que preserve o direito das pessoas físicas possivelmente responsáveis pelo ato, seria a inclusão destas no pólo passivo da relação processual por meio de litisconsórcio com a sociedade.

Independentemente dos aspectos processuais, conclui-se que a aquiescência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro (por meio da legislação, doutrina e tribunais) representa um progresso em termos jurídicos, porquanto a ficção dada à pessoa jurídica só poderá perdurar enquanto cumprir seu papel de facilitação da relação entre as pessoas, e não para servir de instrumento de fraude ou abuso do direito.

3.4 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o artigo 977 do Código Civil

Apreciou-se durante todo o trabalho monográfico que o artigo 977 do Código Civil impõe restrição à constituição de sociedade entre cônjuges casados sob a égide dos regimes da comunhão universal de bens e da separação obrigatória de bens.

¹⁷ Para os juízes que adotam a teoria menor da desconsideração, como o desprezo da forma da pessoa jurídica depende, para eles, apenas da insolvabilidade desta, ou seja, da mera insatisfação de crédito perante ela titularizado, a discussão dos aspectos processuais é, por evidente, mais simplista. Por despacho no processo de execução, esses juízes determinam a penhora de bens de sócio ou administrador e consideram os eventuais embargos de terceiro o local apropriado para apreciar a defesa deste. Como não participarem da lide durante o processo de conhecimento a não podem rediscutir a matéria alcançada pela coisa julgada, acabam os embargantes sendo responsabilidades sem o devido processo legal, em claro desrespeito aos seus direitos subjetivos constitucionais. (COELHO, 2008b, p. 57).

Em que pese a ausência de uma justificativa plausível do legislador, haja vista a inexistência de qualquer referência à aludida norma no texto da exposição de motivos do Novo Código Civil, firmou-se o entendimento, por auxílio da doutrina, que a exceção constante no artigo 977 se deve à presunção de fraude por parte do legislador quando da contratação de sociedade entre cônjuges em tais regimes de bens.

Demonstrou-se que não há como presumir a fraude pela simples instituição de sociedade entre cônjuges casados sob esses regimes, uma vez que a fraude deve ser analisada no caso concreto, e não aprioristicamente.

Assim, desnecessária a diferenciação posta pelo legislador entre esses regimes de bens e os remanescentes, uma vez que não há qualquer justificativa objetiva, razoável e plausível que sustente o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

Ademais, a simples possibilidade de ocorrência de fraude não pode ser aventada como ensejo para essa diferenciação, eis que os outros regimes de bens também estão suscetíveis à ocorrência de fraude. Não prospera, portanto, a afirmação de que esses regimes são mais suscetíveis ao acontecimento da fraude, porquanto foram exemplificados diversos casos fraudulentos por meio de outros regimes conjugais.

Ainda que apenas os regimes de bens da comunhão universal e da separação obrigatória fossem aptos a sustentar atos desse tipo, o que não se verifica, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica consubstancia-se em instrumento jurídico capaz de reverter esses casos de fraude.

Observou-se que é comum as pessoas físicas, componentes da pessoa jurídica, utilizarem-se dos benefícios da autonomia patrimonial que esta dispõe para burlarem a lei.

No Direito de Família, especificamente, nota-se uma alta aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em seus conflitos mais penosos.

Dessa forma, sempre que a ficção dada à pessoa jurídica não cumprir seu papel de facilitação da relação entre as pessoas, e sim, servir de instrumento de fraude ou abuso do direito, deve ser desconsiderada momentaneamente sua personalidade para que possa ser encontrada a verdade dos fatos e responsabilizada as pessoas que agiram de má-fé.

Conclui-se, assim, pela completa desnecessidade da norma esculpida no artigo 977 do Código Civil brasileiro de 2002.

Além de retrógada, porque já havia toda uma construção jurisprudencial e doutrinária no sentido da possibilidade de constituição de sociedade entre os cônjuges qualquer que fosse o regime de bens, é também a regra inconstitucional.

Com efeito, além do desrespeito ao princípio da igualdade, verifica-se também o ferimento dos princípios econômicos e sociais da livre iniciativa, liberdade de associação, liberdade de trabalho, ofício e profissão e proteção à família.

Cuida-se, portanto, de norma resultante de um formalismo exagerado, deturpadora das relações econômicas e dos ditames constitucionais:

É preciso, diante das perplexidades existentes em inúmeros pontos do novo diploma, que afastemos formalismos inúteis, visando imprimir plena eficácia à nova lei, sem prejuízo da dinâmica das relações econômicas, e, principalmente, dos ditames constitucionais, a exemplo da valorização social do trabalho e da livre iniciativa. (GAGLIANO, 2003).

Ante o exposto, deve ser o artigo 977 do Código Civil extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto não se coaduna com os ditames constitucionais, comprometendo, dessa forma, a unidade de nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

1. A teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico elaborada por Kelsen, fundamentada pela dinamicidade do Direito, explica a unidade do ordenamento jurídico complexo, onde a ordem hierárquica das normas de um ordenamento determina a sua unidade. O desrespeito da estrutura hierárquica acarreta na antijuridicidade da norma em questão, haja vista a contradição lógica em decorrência da unidade do ordenamento jurídico. Assim, a unidade do ordenamento jurídico depende de uma necessária observação dos limites materiais e formais impostos pelo poder constitucional. O controle de constitucionalidade das leis se reveste, portanto, no instrumento jurídico de preservação da unidade do ordenamento jurídico.

2. O modelo adotado pelo Estado brasileiro de Constituição rígida, caracterizado pela inflexibilidade nas alterações normativas constitucionais e conseqüente distinção entre poder constituinte e poder constituído, proporciona a superioridade da lei constitucional. A superioridade da lei constitucional, por sua vez, propicia o controle de constitucionalidade das leis, eis que a superlegalidade formal estabelece a Constituição como norma primária da produção jurídica, bem como a superlegalidade material impõe a conformidade substancial de todos os atos do Estado com as regras e princípios constitucionais. O controle de constitucionalidade consiste, conseqüentemente, no exame da compatibilidade existente entre a lei ou atos normativos e a Constituição de determinado Estado.

3. O atual período constitucional brasileiro, iniciado na década de 30, apresenta traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século. A Constituição de 1934 arraigou a ordem econômica e social no Brasil, coligando direitos individuais e sociais. A nova ordem instaurada pelo Estado Novo revogou a Constituição de 1934 e outorgou a Carta Constitucional de 1937, que não teve aplicação regular. Embora a Constituição de 1946 não tivesse muito inovação, conseguiu cumprir com seu papel no que dizia respeito à redemocratização do país. No entanto, esse período democrático não durou

por muito tempo, de forma que incidiram diversas crises políticas e conflitos de poderes que acarretaram na instituição do Movimento Militar. Assim, há tempos o Estado brasileiro presenciava a falta de efetividade de suas sucessivas Constituições, fosse por decorrência do não reconhecimento de força normativa aos seus textos, fosse por falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata.

4. A Constituição de 1988 representa o marco zero de um recomeço, tanto por ser um texto moderno com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e mundial, quanto por ser a constituição cidadã, seja pela ampla participação popular em sua elaboração, seja por se voltar decididamente para a plena realização da cidadania. Ademais, ela apresenta características predominantes de uma Constituição de Estado Social, aquele que tem o propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral. Para tanto, imprescindível a observância de seus objetivos, fundamentos e princípios constitucionais.

5. Consiste o princípio no alicerce do sistema jurídico, conferindo a este unidade, haja vista que fundamenta, interpreta, suplementa, integra, norteia e limita o ordenamento. Destacam-se como características essenciais ao princípio o reconhecimento de sua normatividade, bem como a sua superioridade sobre as regras. Pela evolução e consolidação da teoria dos princípios, infere-se que eles devem ser aplicados a partir de uma perspectiva pós-positivista. O pós-positivismo edifica o Direito pela relação entre valores, princípios e regras, sob a perspectiva de uma nova hermenêutica constitucional, e pautado sobre o fundamento da dignidade humana. Dessa forma, apresentam os princípios papel primordial na concretude da Constituição, eis que consistem em peças fundamentais na manutenção do Estado Democrático de Direito e na realização na justiça social.

6. A regra explanada no artigo 977 do Código Civil afronta ao princípio da igualdade, eis que estipula distinção em razão do regime matrimonial adotado pelo casal. Dessa forma, exclui da possibilidade de constituir sociedades os cônjuges que seguem o regime da comunhão universal de bens e o regime da separação obrigatória de bens. Ademais, não há qualquer necessidade da mencionada diferenciação imposta pela lei, haja vista a inexistência de uma justificativa objetiva e razoável, bem como a desconformidade com direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

7. A liberdade de iniciativa de os cônjuges, qualquer que seja o regime, constituírem sociedade não denota qualquer empecilho na realização da justiça social, uma vez que não importa em ofensa ao valor social da livre iniciativa nem mesmo na valorização do trabalho humano. Pelo contrário, pode-se afirmar que o impedimento de constituição de sociedade pelos consortes resulta em ofensa ao princípio da livre iniciativa, eis que tal preceito se refere à liberdade de contrato fundada na iniciativa econômica.

8. A limitação imposta pelo imperativo legal em estudo fere o princípio da liberdade de associação, eis que além das referidas sociedades entre cônjuges apresentaram os elementos de associação (base contratual, permanência e fim lícito), não se enquadram nas restrições estipuladas pela Carta Constitucional (caráter paramilitar e fim ilícito).

9. Possuem os cônjuges o direito de exercerem trabalho, ofício ou profissão que assim desejarem, incluindo, dentre eles, a constituição de sociedade entre si ou com terceiros para fins lícitos, seja numa sociedade empresária ou numa sociedade simples.

10. A limitação imposta pelo artigo 977 do Código Civil de 2002 fere o princípio da proteção à família, que possui como um dos alicerces capitais o incentivo ao casamento (§§ 1º, 2º e 3º, artigo 226, da Constituição). Além do mais, essa proteção constitucional dada à família incentiva tanto a vida em sociedade, tanto quanto sociedade “empresarial” familiar, e por que não dizer proteção à própria família que pode obter frutos da sociedade para manter-se na medida em que propiciam, os cônjuges, auxílio mútuo.

11. A história demonstra a imprescindibilidade da análise do artigo 977 do Código Civil sob a perspectiva constitucional da família como base da sociedade (artigo 226 da Constituição Federal), uma vez que a sociedade é viva e sua dinâmica se impõe na evolução e desenvolvimento dos seres humanos, pois é impossível falar em democracia na esfera pública se a democracia não começar em casa, na esfera doméstica e familiar.

12. A doutrina, unanimemente, aponta como justificativas da ressalva legal a possibilidade de ocorrência de fraude, seja contra a meação, seja contra os credores.

13. A contratação de sociedade entre cônjuges já estava solidificada na realidade brasileira, haja vista que a escolha do marido ou da esposa como sócio é natural e recomendável.

14. A possibilidade de ocorrência de fraude, diga-se de passagem, mínima, não pode justificar a opção do legislador, uma vez que o sistema jurídico dispõe de instrumentos adequados para serem utilizados no caso concreto.

15. É provável que o legislador não tenha dado a devida importância à possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos casos fraudulentos, eis que tal teoria só passou a ser desenvolvida eficazmente no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor na década de 90 e o projeto do Código Civil advém da década de 70.

16. A limitação estipulada pela regra disposta no artigo 977 do Código Civil aplicar-se-ia apenas às sociedades simples, com exceção da cooperativa, às sociedades empresárias limitadas, às sociedades empresárias de nome coletivo e às sociedades empresárias em comandita simples.

17. Em se tratando de preceito que contém restrição à liberdade de contratar, só na existência de casamento é que incide a norma do art. 977, não sendo possível aplicá-la à união estável e a qualquer outra forma de convivência comum.

18. A liberalidade dos consortes nas estipulações atinentes as suas relações econômicas, podendo combinar os regimes legais de modo a formar um regime misto ou especial, parece ter passado despercebida pelo legislador.

19. Ainda que seja possível a modificação do regime em vista do disposto no artigo 977 do Código Civil, por três motivos não pode ser esta a solução para a proibição imposta pela lei: primeiro, e suficiente, que os consortes possuem autonomia para estipularem suas relações econômicas em decorrência do princípio da liberdade dos pactos antenupciais; segundo que no caso da separação obrigatória não há margem para a conversão; e terceiro que a mudança pleiteada depende exclusivamente de autorização judicial, haja vista a possibilidade de má-fé por parte dos nubentes.

20. Em que pese a preocupação do legislador em evitar qualquer tipo de fraude pela constituição de sociedade entre cônjuges casados sob a égide do regime da comunhão universal de bens, observa-se que o regime de comunhão parcial de bens, em certas ocasiões, pode-se assemelhar a este quanto aos efeitos práticos.

21. Os arrolados do artigo 1641 do Código Civil podem optar em não oficializar suas relações pelo casamento e viver em união estável, que é regida pelos ditames do regime da comunhão parcial de bens, para poderem constituir sociedade com seus companheiros. Nesse caso, observa-se o desrespeito ao princípio da proteção à família, que possui como um dos alicerces capitais o incentivo ao casamento (§§ 1º, 2º e 3º, artigo 226, da Constituição).

22. Inconcebível a presunção de ocorrência de fraude pelas sociedades constituídas por cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens, porquanto não se deduz a fraude, ainda que a situação seja mais suscetível para sua ocorrência, mas apenas se examina-a no caso concreto, ou seja, ela apenas pode ser apreciada e combatida quando de fato existir.

23. A solução para o impedimento dessas fraudes não consiste em um formalismo exagerado, deturpador das relações econômicas e, principalmente, dos ditames constitucionais. A saída para esses casos é a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

24. Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito.

25. Em que pese a desconsideração ser utilizada como instrumento para responsabilizar o sócio por dívida formalmente imputada à sociedade, é possível o inverso: desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigação de sócio.

26. A aquiescência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro (por meio da legislação, doutrina e tribunais) representa um progresso em termos jurídicos, porquanto a ficção dada à pessoa jurídica só poderá perdurar enquanto cumprir seu papel de facilitação da relação entre as pessoas, e não para servir de instrumento de fraude ou abuso do direito.

27. Deve ser o artigo 977 do Código Civil extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto não se coaduna com os ditames constitucionais, comprometendo, dessa forma, a unidade de nosso sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002a.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação – citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002b.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002c.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 204. 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 Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/enunciados/enu_IIIjornada.doc>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. _____. Enunciado 205. Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/enunciados/enu_IIIjornada.doc>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 342 p.

_____. **Código Comercial**. Organizadora Anne Joyce Angher. 2 ed. São Paulo: Riedeel, 2005.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Organizadora Anne Joyce Angher. 7 ed. São Paulo: Riedeel, 2006.

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

_____. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa n. 101/06. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 2 dez 2008.

_____. _____. Parecer Jurídico n. 50/03. Impedimento constante do art. 977 do Código Civil, restringe-se aos cônjuges entre si ou de ambos com terceiros em uma mesma sociedade. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/facil/Pareceres/arquivos/Pa050.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). **Código Universitário Saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Projeto de Lei n. 3.159, de 2004, de Francisco Olímpio. Dá nova redação ao artigo 977 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/241499.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Projeto de Lei n. 6.960, de 2002, de Ricardo Fiuza. Dá nova redação aos artigos [...] 977 [...] da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 9.903. Recorrente Carlos Alberto Dunshee de Abranoches e outros, e, Recorrido Martins do Amaral & Cia e Maria do Reparo Martins do Amaral. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. 25 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/colac/listarColac.asp>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Recurso Extraordinário n. 61.582. Recorrente União Federal e Recorrida Lucianne Luporini. Relator Ministro Victor Nunes Leal. 28 de novembro de 1968. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Recurso Extraordinário n. 76.953. Recorrente Prefeitura Municipal de São Paulo e Recorrido Vitalino Amâncio de Oliveira. Relator Ministro Thompson Flores. 27 de novembro de 1973. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

_____. Súmula n. 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa: à luz do novo código civil**. 7 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008a. 1 v.

_____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008b. 2 v.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. **BDJur**. Brasília: 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>> Acesso em 07 out. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 1 v.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006b, 5 v.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**. Teresinha: ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4001>>. Acesso em: 07 out. 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MADALENO, Rolf. Fraude material na união estável e conjugal. **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre: Magister, v. 8, set. 2005.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do Direito de Família. **Jus Navegandi**, Teresinha, ano 10, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9093>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

MEZZAROBBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, out./dez. 1998.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**: parte geral. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Cláudio Calo. As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo código civil – breves comentários. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, v. 59, 2004, p. 401-403.

SOUZA, Nelson Oscar de. A inconstitucionalidade. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, out./dez. 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, 6 v.