



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Sociedade Empresária entre Esposos

Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira

Rio de Janeiro
2009

MARIA CLARA GALACHO QUARESMA DE OLIVEIRA

Sociedade Empresária entre Esposos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof^º. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE ESPOSOS

Maria Clara Galacho Quaresma de Oliveira

Graduada pela Faculdade de Direito de Nova Iguaçu. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho.

Resumo: O Código Civil no artigo 977 vedou a sociedade entre marido e mulher casados no regime da comunhão universal e da separação obrigatória. O legislador presumiu de forma absoluta que os cônjuges constituiriam a sociedade com fim de burlar interesse de terceiros, porém a fraude não deve ser presumida e devem ser utilizados mecanismos previstos no ordenamento, como a desconsideração da personalidade jurídica para ver o crédito satisfeito. No ordenamento jurídico pátrio não havia vedação expressa, a doutrina e a jurisprudência desde a década de 60, era pacífica em admitir sociedade entre esposos. O legislador pátrio determinou, ainda, que as sociedades constituídas sob a égide da legislação anterior devem adequar seus contratos às novas disposições, entretanto essas sociedades estão sob o abrigo do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, resguardados pela Carta Magna.

Palavras-chaves: Código Civil - Sociedade - Empresária - Cônjuges.

Sumário: Introdução. 1 - Evolução Histórica. 1.1 - Sociedade entre esposos no século XIX. 1.2 - Estatuto da Mulher Casada e o Código Civil/02. 2 - Da sociedade entre cônjuges à luz do Código Civil/2002. 3 - Incidência imediata do artigo 977 do Código Civil em vigor. 4 - Artigo 2.031 e as sociedades constituídas sob a égide do CC/1916. 5 - Abertura de filiais das sociedades entre cônjuges preexistentes ao atual Código Civil/02. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que o trabalho procura abordar, em linhas gerais, a vedação imposta pelo novo regramento jurídico, artigo 977 CC/02, à constituição das sociedades originadas do seio familiar, em que os cônjuges se unem na busca de multiplicar os frutos da união, bem como visa a analisar a possibilidade da continuidade das sociedades entre cônjuges, constituídas na vigência da lei revogada.

Sabe-se que as sociedades têm grande revelo para a economia do país. Indubitavelmente, vivem em constante mutação evolutiva e o direito necessita acompanhar essa evolução. Leis são elaboradas e promulgadas no afã de responder aos anseios sociais.

A fim de harmonizar-se a essas novas concepções e idéias, em 1962, foi publicado o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que alterou o Código Civil vigente à época. Tal diploma outorgou capacidade plena à mulher casada e distinguiu o patrimônio conjugal, ainda quando casados no regime da comunhão universal de bens; fez, também desaparecer o antiquado e soberano poder marital.

A entrada em vigor da Lei nº 4.121/62, no ordenamento jurídico pátrio encerrou a controvérsia até então existente sobre a sociedade entre cônjuges e possibilitou à mulher casada ser sócia de seu esposo e incentivou o progresso social, pois abriu mais uma possibilidade para a constituição de sociedades.

Destarte, marido e mulher unidos pela *affectio societatis* e confiança mútua, presentes na sociedade conjugal, nos últimos anos, constituíram inúmeras modalidades societárias que subsistem até os dias de hoje.

Em 11 de janeiro de 2002, foi publicado o atual Código Civil (Lei nº 10.406), que em oposição ao desenvolvimento social, proibiu a sociedade entre cônjuges, ou deles com terceiros, casados sob o regime da comunhão universal e/ou da separação obrigatória de bens. A restrição legislativa apoiou-se basicamente na idéia de fraude ao regime de bens e confusão patrimonial.

A inscrição do ato constitutivo da sociedade no registro próprio consagra a personalidade jurídica. A sociedade é capaz de exercer direitos e obrigações, mediante sua autonomia patrimonial, ou seja, o patrimônio da sociedade difere do patrimônio particular dos sócios.

O legislador, sem ponderar, proibiu a constituição de sociedade entre cônjuges. A norma proibitiva deve se respeitada *a priori*, até que nova lei revogue a restrição e possibilite a constituição de sociedade sem restrições e independentemente do regime de bens adotado.

Em um atentado ao princípio da segurança jurídica, o legislador determinou que as sociedades existentes antes do advento do Código Civil deverão adaptar seus atos constitutivos às novas disposições. Assim, em princípio, as sociedades constituídas por pessoas casadas no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória deverão ser adaptadas ao regramento vigente, com a dissolução parcial da sociedade, com a retirada de um dos cônjuges, ou com a modificação do regime de bens, permitidos pela nova lei, no artigo 1.639.

Nesse diapasão, o trabalho tem o intento de examinar a possibilidade jurídica de constituição de sociedade empresária entre marido e mulher, procura mostrar a incidência do novo Código Civil, a partir da exegese do ordenamento, com a exposição do posicionamento doutrinário e jurisprudencial desde os primórdios do século XIX, a fim de direcionar o estudo para o direito anterior e o direito vigente, demonstrar as divergências repercutidas com a vedação no ordenamento, encerra com uma análise das considerações doutrinárias e jurisprudenciais.

1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Nos primórdios do século XIX, imperava uma sociedade patriarcal, repleta de preconceitos, em que as regras de comportamento eram ditadas única e exclusivamente pelo homem, que à época era o chefe da família, com autoridade absoluta sobre seus membros.

A mulher casada, durante largo lapso de tempo, submeteu-se ao poder marital, foi doutrinada a exercer com honradez sua nobre função de manutenção da família, e seu intelecto restringia-se aos afazeres do lar conjugal, sequer possuindo plena capacidade civil (artigo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916).

Vigorava-se uma sociedade egoísta, egocêntrica, ególatra sob a égide da legislação naquele momento. Contudo, à mulher casada podia trabalhar desde que houvesse a concordância escrita do seu marido, inclusive na profissão de comerciante.

Lícito, portanto, era à mulher casada praticar atos de comércio, desde que cumprisse os pressupostos legais: fosse maior de dezoito anos, com autorização de seus maridos, provada por escritura pública e devidamente arquivada no Tribunal de Comércio (posteriormente substituído em 1875 pelas Juntas Comerciais).

. Tal possibilidade já se verificava desde 1850, com o advento do Código Comercial, Lei nº 556 de 25 de junho de 1850, no artigo 1º, nº 4. Todavia, a autorização marital poderia ser revogada a qualquer tempo por escritura pública ou sentença judicial, preservando os direitos de terceiro, desde que o marido não exercesse tal prerrogativa de modo vil, com intuítos meramente mesquinhos. Deveria haver motivos sólidos capazes de tornar impossível o prosseguimento do comércio gerenciado pela mulher.

Caso a mulher já fosse comerciante, ao tempo do casamento, a autorização expressa e formal do marido era dispensada, por ser ela presumidamente autorizada. Se o marido não concordasse que sua esposa continuasse a ser comerciante, era obrigado a exteriorizar de forma expressa sua contrariedade.

O importante era que a autorização marital concedida à mulher casada para o exercício do comércio fazia cessar sua incapacidade civil, e possibilitava a mulher agir como melhor lhe conviesse dos frutos de seu trabalho. Poderia celebrar contratos, comprar bens, estabelecer o local onde seria desenvolvido o comércio, bem como assinar correspondências comerciais, escrituras, letras de câmbio, etc., enfim, praticar os todos atos inerentes à atividade mercantil.

O regime da comunhão universal importava, assim como nos dias atuais, a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. Nesse regime, pertencem à sociedade conjugal todos os bens e direitos de cada um dos cônjuges no momento do ato matrimonial em partes iguais a cada um, em conjunto ou separadamente, e também os adquiridos na constância do matrimônio. As dívidas, assumidas por qualquer dos cônjuges, são dívidas do casal e por elas respondem todos os bens deste.

A mulher casada pelo regime de comunhão universal de bens para fins comerciais tinha tanto quanto o marido direito de dispor livremente dos bens móveis comuns, trazidos por qualquer dos cônjuges para a união, bem como os adquiridos por qualquer deles na constância do casamento e os adquiridos pela mulher no exercício da atividade comercial. Já no que se referia aos bens imóveis do casal, ou os próprios da mulher casada, para que ela pudesse aliená-los e hipotecá-los era necessário o consentimento expresso do marido, que para fins comerciais poderia ser dado na própria escritura pública de autorização para o comércio. Se houvesse discórdia entre o casal, o consentimento poderia ser obtido por suprimento judicial.

Vale destacar que o patrimônio comercial de cada um dos cônjuges, homem ou mulher, destinado ao funcionamento e desenvolvimento do comércio não é distinto do patrimônio civil. O primeiro é formado, por exemplo, pelo estabelecimento comercial (conjunto de bens reunidos pelo comerciante para o exercício do comércio), enquanto que o segundo é constituído pelos bens não aproveitados mercantilmente. Destarte, o patrimônio comercial da mulher faz parte do patrimônio do casal, tanto quanto o patrimônio comercial do marido, caso comerciante. Em caso de falência, tanto os bens do cônjuge comerciante afetados ao exercício do comércio quanto os demais e aqueles do cônjuge não comerciante serão arrecadados, em razão da comunhão universal.

No que se refere ao regime da comunhão parcial, pouca era a diferença para os dias de hoje. A comunhão restringia-se aos bens adquiridos a título oneroso, na constância do casamento e permaneciam, no patrimônio de cada cônjuge, os bens trazidos para a sociedade conjugal individualmente. Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, também pertenciam à sociedade conjugal. Não entravam na comunhão os bens possuídos pelos cônjuges no momento do casamento e os que sucediam ao matrimônio por doação ou herança, exceto se em favor de ambos os cônjuges, e ainda, os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um só dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares. Da mesma forma, não se comunicavam as obrigações anteriores ao casamento, nem tampouco os bens cuja aquisição tinham por título causa anterior à união matrimonial.

Nesse regime, competia ao marido a administração dos bens do casal; com isso, as dívidas contraídas por ele obrigavam não só os bens comuns, como na falta desses os particulares.

A mulher casada que desenvolvia atividade comercial com a devida autorização marital, constante de escritura pública devidamente arquivada na Junta Comercial, respondia por todas as obrigações por ela assumidas no exercício de sua profissão, com os seus bens particulares e com os bens do casal, bem como, em falta destes, ou se fossem insuficientes, com os bens particulares do marido, já que ele era quem os administrava e também lhe tirava proveito. Os frutos do trabalho de cada cônjuge entravam para a comunhão, logo, nada mais natural responderem ambos pelos prejuízos sofridos ou, principalmente, pelas obrigações contraídas.

Em alusão ao regime da separação de bens, não havia também grandes diferenças da atualidade quanto à sua maior característica, que é a distinção completa dos patrimônios dos

dois cônjuges, da qual resultam a incomunicabilidade dos frutos e aquisições, e a independência econômica da mulher na administração de seus bens.

Cada cônjuge tinha economia própria e separada da do outro. Cada um administrava o que lhe pertencia. Apesar de tamanha independência, o cônjuge tinha livre poder de disposição no que se referia aos bens móveis, no entanto para alienar ou gravar de ônus real bens imóveis, era preciso a outorga do outro, e, em caso de recusa, era cabível o suprimento judicial. É de se ressaltar que o suprimento judicial da autorização do marido, em verdade, validava os atos praticados pela mulher, mas não obrigava os bens próprios do marido.

Inexistindo bens comuns do casal, mas tão-somente os bens particulares de cada cônjuge, respondia cada um com os seus próprios bens pelas obrigações assumidas. Nesse regime, não se comunicavam as obrigações nem os direitos, pois cada cônjuge possuía patrimônio próprio, separado e individual.

A mulher, no exercício do comércio, autorizada pelo marido, com capacidade jurídica plena, podia obrigar apenas os seus próprios bens, pois o fato de o marido consentir que a mulher desenvolvesse atividade econômica própria não implicava na participação de seus bens. A autorização marital tinha efeito apenas para validar os atos praticados pela mulher, e não de comprometer os bens particulares do marido; a sua situação não podia ser prejudicada pelo simples fato de estar autorizada a ser comerciante.

O patrimônio comercial da mulher, por consequência da natureza deste regime, era formado exclusivamente pelos seus próprios bens, que garantiam as obrigações advindas do seu comércio, com exclusão, assim, do patrimônio do marido, que só responderia também pelas obrigações caso se obrigasse frente aos credores do comércio desenvolvido pela sua esposa. Desse modo, resultava a responsabilidade por ato próprio do marido, e não por ter dado para sua mulher a autorização para o exercício do comércio. Será também responsável pelas obrigações assumidas naquela atividade comercial não por ser marido, mas por se haver co-obrigado, como qualquer outra pessoa poderia ter feito.

Por fim, no que diz respeito ao antigo regime dotal de bens, ou seja, aquele em que um conjunto de bens, chamado dote, é transferido ao marido, para que este utilize os frutos e rendimentos produzidos por tal patrimônio.

É válido mencionar que existiam três patrimônios distintos, em que o primeiro era formado pelo próprio patrimônio do marido, um segundo pelo próprio da mulher, e um terceiro que pertencia também a mulher, mas era composto exclusivamente pelos bens dotais. Eram excluídos da comunhão os bens particulares trazidos para o casamento por qualquer dos

cônjuges, assim como os sobrevividos por doação ou herança durante o casamento e os adquiridos com valores próprios em substituição aos bens particulares.

O patrimônio era incomunicável, mas ao marido competia a administração dos bens dotais, que percebia inclusive seus frutos. Todavia, o dote devia ser restituído pelo marido à mulher num prazo de um mês em caso de dissolução da sociedade conjugal, se não pudesse fazê-lo de imediato.

A mulher, que era comerciante ao tempo do casamento, e continuava nessa qualidade no decorrer do matrimônio, possuía autorização presumida para desenvolver suas atividades comerciais. Nesse regime, suas dívidas, em regra, eram quitadas pelos bens não dotais, utilizava-se apenas os frutos dos bens dotais, ou os bens móveis dotais e, por último, pelos bens imóveis dotais, caso os bens extra-dotais fossem insuficientes. O patrimônio particular do marido era excluído, ou seja, o marido não era responsável pelas dívidas contraídas por sua mulher no desenvolver da atividade mercantil, a não ser que se obrigasse juntamente com sua esposa, e aqui valem os mesmos comentários feitos quanto ao regime de separação de bens ditos anteriormente.

Quando o estabelecimento comercial da mulher fosse constituído pelos bens parafernais, ou seja, aqueles bens incomunicáveis da mulher, que não compunham o dote, aplicavam-se os mesmos princípios. A mulher conservava a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais.

1.1 - A sociedade entre esposos no século XIX

Indagação que persistiu durante largo espaço de tempo, sendo objeto de vasta divergência doutrinária, fora a possibilidade de se constituir sociedade comercial entre cônjuges, isto é, seria permitido à mulher casada, que cumprisse os requisitos legais mencionados, fazer parte de uma sociedade mercantil com o marido? Tal sociedade seria revestida de validade?

Em meados do século XIX, predominava o entendimento de Mendonça (1911), pelo qual entendia ser coberta de nulidade a sociedade comercial constituída entre cônjuges, quando o regime era o da comunhão universal ou da separação total de bens.

Os defensores dessa corrente apoiavam-se basicamente em três argumentos: o primeiro, de que atingiria o princípio da imutabilidade do regime de bens; o segundo, por

ofender poder marital; e o terceiro, por ser o contrato entre cônjuges um meio de fraudar a lei ou de causar confusão patrimonial.

Todavia, não existia vedação legal que impedisse a constituição de sociedade formada unicamente entre cônjuges, ou desses com terceiros; por essa razão havia imensa divergência doutrinária e jurisprudencial.

Os doutrinadores que se posicionavam de forma contrária àquela corrente defendiam a possibilidade de coexistir a sociedade mercantil entre cônjuges e o poder marital. Afirmavam que a sociedade conjugal não se confunde com a sociedade comercial, assim sendo em nada contrariava o poder marital expresso no artigo 233 do Código Civil que vigorava naquele tempo. O marido não perdia a chefia de sua família, competia-lhe a representação legal da sociedade conjugal.

Diferentes, entretanto, eram as sociedades conjugal e comercial. A sociedade comercial é pessoa jurídica, tem personalidade própria, distinta da sociedade conjugal, que é despida de personalidade.

A mulher comerciante era gestora de seu empreendimento, enquanto que o marido administrava a sociedade conjugal.

Criticavam, ainda, o simples fato de proibir a formação de uma sociedade entre cônjuges sem que ao menos examinassem as situações de fato, ou mesmo a atribuição conferida a cada um dos cônjuges pelo contrato social, pois que se presumia a fraude em detrimento da boa-fé.

1.2 - Estatuto da Mulher Casada e o Código Civil/02

Tais controvérsias foram sanadas máxime o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, publicada em 27 de agosto de 1962, que trouxe no seu bojo o artigo 3º, que pelas obrigações assumidas, por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderiam os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

Desde então, na doutrina e na jurisprudência pacificou o entendimento pela possibilidade jurídica de os cônjuges contratarem sociedade entre si ou com terceiros,

independentemente do regime de bens por eles adotados, haja vista ter a mulher patrimônio distinto do marido, inclusive no regime da comunhão universal.

Ora, sendo os patrimônios dos cônjuges diversos, ainda que casados sob o regime da comunhão de bens, não havia mais porque invocar ofensa ao princípio da imutabilidade do regime de bens, nem tampouco considerar nula a sociedade formada unicamente entre cônjuges ou deles com terceiros, qualquer que fosse o regime de bens por eles adotado; seria sim anulável, caso a sociedade fosse constituída como meio de fraudar o regime de bens.

O rigoroso e absoluto poder marital perdeu sua força, e o marido passou a ser apenas o chefe da sociedade conjugal, o qual era, inclusive, auxiliado por sua esposa na administração da família.

Fruto de grandes conquistas, com o advento da Lei nº 4.121/62, a mulher casada não mais era tida como relativamente incapaz; sua capacidade era plena, podia, desse modo, exercer atividade comercial sem estar submetida ao anacrônico poder marital.

De fato, fora uma grande evolução a promulgação dessa lei no ordenamento jurídico, pois ela estabeleceu no seu âmago o princípio de igualdade entre homem e mulher, corroborado posteriormente pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada 05 de outubro de 1988.

Em 11 de janeiro de 2002, foi publicada a Lei nº 10.406, que instituiu o atual Código Civil. Num verdadeiro retrocesso, e em total oposição à evolução da sociedade, propalou o novel diploma em seu artigo 977 que os cônjuges podem contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não sejam casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória. A lei proibiu, em certos casos, a livre contratação de sociedade formada entre marido e mulher exclusivamente, ou deles com terceiros.

A restrição do artigo 977 deu ensejo a um novo questionamento: as sociedades constituídas por marido e mulher casados sob o regime da comunhão universal de bens, ou da separação obrigatória, antes da entrada em vigor do novo Código Civil são dotadas de validade, ou devem ser adequadas às normas impostas pela nova lei?

Assim, há doutrinadores como Costa (2005), que defendem que as sociedades constituídas antes do advento do novo Código Civil devem adequar seus contratos às novas regras, e para isso, restariam aos cônjuges 3 (três) alternativas: a) dissolver o casamento pelo divórcio; b) dissolver parcialmente a sociedade com a retirada de um dos cônjuges; c) alterar o regime de bens, nos termos do artigo 1.639, parágrafo segundo.

Existe, porém, uma segunda corrente, predominante, capitaneada por Tavares (2003), Campinho (2004), Gusmão (2004), entre outros que entendem que tais sociedades não devem

sofrer qualquer alteração, pois estão acobertadas pela garantia constitucional de que a lei nova não pode prejudicar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil) e pelo princípio da irretroatividade da lei civil (artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), o ato é regido pelo tempo em que foi feito, *tempus regit actum*, além de ter o próprio Código Civil vigente, no artigo 2.035, protegido os negócios e demais atos jurídicos constituídos sob a égide da lei anterior.

2 - DA SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL/2002

Sustentado no contexto histórico foi que o novo Código Civil trouxe no artigo 977 a vedação da sociedade entre cônjuges, quando casados no regime universal de bens (artigo 1.667) ou no regime de separação obrigatória (artigo 1.641).

A vontade da lei fora, no regime da comunhão, evitar confusão patrimonial e proteger o patrimônio familiar de uma suposta má administração da sociedade (simples ou empresária), resguardando a meação do patrimônio do civil. E, no regime da separação obrigatória impedir que a sociedade entre cônjuges fosse forma de fraudar o regime de bens imposto por lei,

Inúmeras são as críticas feitas a respeito do artigo 977. No que tange ao regime da comunhão universal, a proteção patrimonial não se justificaria, uma vez que a mulher tem patrimônio distinto do marido, mesmo casados sob o regime da comunhão universal, mormente após o Estatuto da Mulher Casada.

O patrimônio do cônjuge meeiro poderá ser utilizado na integralização de quotas de uma outra sociedade, ou seja, é permitido a cada cônjuge usar o seu patrimônio, formado por metade do patrimônio da sociedade conjugal, para constituir uma sociedade com terceiro.

Veja que se o marido constituiu uma sociedade com terceiro e a mulher constituiu uma outra sociedade, todo o patrimônio civil poderá ser utilizado para integralizar as quotas do capital das diferentes sociedades constituídas por cada cônjuge, portanto não há porque vedar a constituição de uma sociedade formada exclusivamente entre cônjuges. Até porque a constituição de sociedade entre os cônjuges seria um investimento, em que os frutos seriam revertidos para a própria sociedade conjugal.

Certo é que no regime da separação obrigatória, o patrimônio da mulher difere do patrimônio do marido, assim cada cônjuge possui patrimônio próprio e separado *ex vi lege*.

Ora, não é proibido aos cônjuges casados neste regime adquirir bens em condomínio, ou seja, marido e mulher podem dispor do próprio patrimônio para comprar um mesmo bem, em que cada qual será proprietário do quinhão correspondente ao valor investido.

Imperioso analisar a restrição aos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, artigo 1.641 do Código Civil, alcança os companheiros maiores de 60 anos em união estável?

A Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar para o gozo da proteção do Estado, estimula a sua conversão em casamento; assim, considerando que a vedação do artigo 977 do Código Civil não se aplica aos companheiros, *ad exemplo*, maiores de 60 anos, a lei estará incentivando a convivência em união estável. Tal interpretação possibilita a constituição de sociedade entre companheiros sujeitos ao regime da separação obrigatória de bens, o que desprestigiaria de forma acentuada a instituição do casamento e esse não é o espírito do legislador infraconstitucional.

Ao vedar a constituição de sociedade entre os cônjuges casados nesse regime, a lei quis impedir a união de bens que deveriam permanecer separados. O legislador intrinsecamente supôs que os cônjuges não agiriam com probidade, seriam inescrupulosos, constituiriam a sociedade com o fim de lubrificar a lei. Contudo, não se pode valer da presunção absoluta de fraude para coibir a sociedade entre cônjuges.

A fraude não se presume e pode haver em qualquer sociedade, simples ou empresária. A fraude deve ser analisada no caso concreto, e, provada, poder-se-ia, então, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com supedâneo nos pressupostos da *disregard doctrine*, para afastar o escudo de proteção que reveste a pessoa jurídica e alcançar o patrimônio particular dos cônjuges – sócios (artigo 50, da Lei nº 10.406/02 – Código Civil, artigo 28, da Lei nº 8.078/90 - CDC, artigo 18, da Lei nº 8.884/94,- Lei Antitruste, artigo 4º, da Lei nº 9.605/98 – Lei do Meio Ambiente).

Essa teoria visa retirar a capa protetora da pessoa jurídica, afasta momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir o patrimônio particular dos sócios, inibe a sua utilização para finalidades outras que não seu objeto social, mas sem que necessariamente tenha que declarar nula, nem ao menos desconstituir ou dissolver a pessoa jurídica.

O ordenamento jurídico não pode ser conivente com os sócios que usam a pessoa jurídica de má-fé, com dolo de praticar o ilícito para alcançarem interesses próprios e conseqüentemente, lesar terceiros.

Surge, então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para corrigir os efeitos do mau uso da personalidade.

O objetivo dessa teoria, também conhecida por *disregard of legal entity*, é coibir o abuso do direito, a conduta ilícita e fraudulenta e possibilitar que se alcance o patrimônio particular dos sócios inescrupulosos e ardis, tornando-os responsáveis ilimitadamente com a sociedade.

Alves (2003) sublinha que não haveria segurança nas relações patrimoniais das pessoas jurídicas caso o ordenamento jurídico não responsabilizasse seus sócios pelos atos pessoais praticados, em razão da autonomia objetiva estabelecida pelo direito privado brasileiro.

O novo Código Civil fora construído sobre o alicerce da probidade e da boa-fé e, inexplicavelmente, julga que os cônjuges não estariam sendo probos ao constituírem sociedade comercial, pelo simples fato de serem casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens.

Assim, seja com a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual basta a prova da insatisfação do crédito, seja com a teoria maior, em que se exige a prova do conluio entre os sócios, sempre que os cônjuges utilizarem da sociedade para ofender direito de terceiros o juiz poderá desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica da sociedade, alcançando patrimônio particular da sociedade conjugal, de forma a garantir a satisfação do credor.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu a constituição de sociedade empresarial formada exclusivamente por marido e mulher, ressaltou que a desconsideração da personalidade jurídica só pode ocorrer mediante prova de que os sócios utilizaram a sociedade como instrumento para atingir o injusto, por meio de fraude ou abuso de direito. Com isso, considerou nula a penhora de bem integrante do patrimônio de sociedade comercial quando realizada nos autos de ação de execução ajuizada em face de um dos seus sócios, tendente à cobrança de dívida contraída somente por esse, dada a regra insculpida no art. 20 do Código Civil, que reconhece a existência distinta das pessoas jurídicas e dos seus membros.

Necessário se faz mencionar que os bens apontados pelo sócio na constituição da sociedade passam a pertencer a esta, sendo inconfundíveis e incomunicáveis. A sociedade é dotada de personalidade jurídica, possui patrimônio próprio, distinto do patrimônio particular dos seus sócios. A sociedade adquire direitos e contrai obrigações por meio de seu órgão, na conformidade do contrato ou estatuto; portanto, sua responsabilidade é ilimitada, isto é, responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações assumidas (artigo 1.022 do Código Civil).

A responsabilidade dos sócios é subsidiária em razão da personalização da sociedade, ou seja, enquanto houver patrimônio social suficiente para a satisfação do crédito, o patrimônio particular do sócio fica resguardado. Em princípio, não se pode comprometer o patrimônio particular do sócio para a satisfação da dívida da sociedade. O Código Comercial de 1850 já prestigiava a regra da subsidiariedade, artigo 350, reproduzida atualmente no artigo 1.024 do Código Civil. Como salienta Coelho (2004) não há no ordenamento jurídico pátrio norma de solidariedade entre sócios e sociedade, simples ou empresária, com isso os sócios podem sempre se valerem do benefício de ordem, de forma a satisfazer o credor com os bens da sociedade. A solidariedade por ventura existente ocorre entre os sócios pela formação do capital social; jamais entre sócio e sociedade.

3 - INCIDÊNCIA IMEDIATA DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR

A lei é soberana e imperativa; seu papel é reger o convívio em sociedade e impor limites ao comportamento humano, de forma a evitar os conflitos sociais causados pelos mais diversos interesses; por vezes é cruel e injusta, mas deve ser obedecida. Não compete ao jurista amar ou odiar a norma, mas sim interpretá-la e aplicá-la.

A vedação do artigo 977 de sociedade entre cônjuges ou com terceiros, quando casados pelo regime da comunhão universal ou pelo regime da separação obrigatória de bens, tem aplicação imediata a partir da vigência do novo Código Civil, ou seja, 11 de janeiro de 2003.

Na Terceira Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal e realizada na primeira semana de dezembro de 2004, em Brasília, Alves (2003), Menezes (2003) e Procurador do Distrito Federal Tomazette (2003), ofereceram proposta de enunciado sobre o artigo 977, acolhida pela Comissão de Direito de Empresa. De acordo com o enunciado nº 204, a proibição do artigo 977 só atinge as sociedades constituídas na vigência do Código Civil atual, ou seja, não alcança as sociedades estabelecidas na vigência da lei anterior, em que o ordenamento jurídico não tolhia a constituição dessas sociedades.

Neste diapasão, constataram, ainda, que a restrição das sociedade entre cônjuges, refere-se não só à sua constituição, participação originária, mas também, fica proibida a entrada do cônjuge, participação derivada, em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

Sublime evidenciar que o obstáculo trazido no corpo do artigo em estudo refere-se, exclusivamente, a uma mesma sociedade, como concluído na Terceira Jornada de Direito Civil, por conseguinte, é permitido a cada cônjuge constituir sociedade com terceiro.

Outrossim, a vedação do artigo 977 do Código Civil abrange os sócios que vierem contrair matrimônio após a constituição da sociedade. É bem verdade que as normas restritivas devem ser interpretadas de forma literal, contudo a situação fática é idêntica, deve estender-se aos casamentos posteriores à sociedade. Quando o legislador faz menção a “contratar” demarca a sua vontade: não mais existir sociedade entre cônjuges, casados naqueles regimes. Pensar o contrário é tratar de forma desigual situações iguais, o que fere o princípio da isonomia, embutido no seio do *caput*, do artigo 5º, da Carta Magna, princípio posto como pilar de sustentação do sistema jurídico constitucional.

A questão é tormentosa. No Congresso Nacional tramita Projeto de Lei nº. 6.960 (junho de 2002) de autoria do deputado Ricardo Fiuza, prevendo alteração de vários dispositivos do Código Civil, dentre os quais o artigo 977. De acordo com a proposta, a nova redação seria: "faculta-se aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros".

O projeto suprime qualquer restrição para que marido e mulher constituam sociedade, independentemente do regime de bens adotado.

Importante esclarecer que o Código Civil, no artigo 1.639, parágrafo segundo, pôs termo ao antigo princípio da imutabilidade do regime de bens ao admitir a sua alteração, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, portanto averiguado pelo juízo o justo motivo, devendo ser analisado no caso concreto, os cônjuges poderão modificar o regime e constituírem sociedade, uma vez que os efeitos jurídicos-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma.

Ressalta-se que em estudos aprofundados, na Terceira Jornada de Direito Civil, no enunciado aprovado nº. 260, concluiu-se que também é possível alterar o regime de bens nos casamentos realizados sob a égide da legislação anterior. Essa seria uma das formas de manter a sociedade empresária, em observância ao artigo 977 do CC/02.

4 - ARTIGO 2.031 E AS SOCIEDADES CONSTITUÍDAS SOB A ÉGIDE DO CC/1916

Antes do advento do novo Código Civil, como já exposto, a doutrina e a jurisprudência, de forma pacífica, entendiam pela possibilidade de os cônjuges constituírem sociedade entre si, ou com terceiros, independentemente do regime matrimonial de bens adotado; com isso, inúmeras foram as sociedades entre marido e mulher que surgiram nas últimas décadas.

Até porque, tratando agora especificamente da sociedade limitada, não é incomum que o cônjuge varão contrate com sua esposa, pessoa em quem confia, uma sociedade para ter sua responsabilidade limitada e se livrar das angústias de ser um empresário individual, arcando com responsabilidade ilimitada (melhor inclusive seria a lei regulamentar a responsabilidade limitada do empresário individual, evitando-se a criação de sociedades fictas, em que um dos sócios possui 99% das quotas e outro 1%, com intuito único de consagrar sociedade para fazer jus a responsabilidade limitada) . Assim, o varão está protegendo o patrimônio particular da sociedade conjugal em uma futura insolvência, e não tem a intenção de burlar o regime de bens, tampouco fraudar credores.

Por certo que o Código Civil, no artigo 2.031, determinou que as sociedades constituídas na vigência da lei anterior deverão adaptar seus contratos às novas regras impostas pela nova lei, ou seja, as sociedades entre cônjuges existentes nos dias atuais. Em tese, numa interpretação literal do texto da lei, há obrigatoriedade de adequação, usa mecanismos jurídicos possíveis para satisfazer o legislador, tais como: o divórcio (artigo 1.571, inciso IV), alteração do regime de bens, ou dissolução parcial da sociedade, com a retirada de um dos cônjuges; medidas rudes, e desnecessárias frente as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e direito adquirido.

Imperioso tecer explicação sobre retroatividade das leis no tempo, a fim de convencer o leitor de que as sociedades constituídas na égide do Código Civil de 1916 estão resguardadas pelo direito adquirido, diante do perfeição do ato, e por isso não necessitam promover qualquer alteração.

Sabe-se que a sociedade vive em constante mutação, daí a necessidade de o legislador elaborar leis novas, capazes de solucionar os mais diversos conflitos de interesses, à busca de alcançar a estabilidade e segurança, conseqüentemente a paz social. A lei nada mais é do que um retrato da vontade social.

A ingerência de uma lei nova, no ordenamento jurídico, a substituir de forma parcial, derrogação ou total, ab-rogação, outra lei existente, envolve árduos problemas de retroatividade das leis.

Entende-se, pois, por retroatividade a incidência dos efeitos jurídicos da lei nova sobre os fatos ou atos ocorridos anteriormente a ela. Quando a lei revogada e a lei revogadora parecem disciplinar um mesmo fato da realidade, ocorre o conflito de leis no tempo, que deverá ser resolvido pelo direito intertemporal. É o direito intertemporal o responsável por solucionar o conflito entre as normas e os limites de incidência da lei nova sobre a lei velha.

A doutrina com o fim de solucionar o conflito de leis no tempo distinguiu a retroatividade em graus: máximo, médio e mínimo. Ocorre retroatividade máxima quando a lei nova ataca a coisa julgada, sentença irrecorrível, e fatos consumados sob império da lei anterior. Assim, a lei posterior atingiria transações, *lato sensu*, definidos sob a égide da lei anterior. Tal retroação afronta o princípio constitucional da segurança jurídica e não pode ser admitida, no ordenamento pátrio.

Na retroatividade média a lei nova atinge os direitos exigíveis, os efeitos pendentes de atos consumados antes do início de sua vigência. Nessa hipótese, uma lei que viesse a limitar a taxa de juros valeria também para juros vencidos e não pagos. Nesse caso, a segurança jurídica também estaria comprometida, pois novamente a lei nova mira fatos pretéritos, o que também não é possível. Por fim, na retroatividade mínima, a lei ao entrar em vigor alcançaria apenas efeitos novos dos atos praticados sob a égide da lei anterior. Assim, a lei nova se aplicaria sobre fatos ocorridos sob a sua vigência, mas ligada a um fato anterior, a lei nova seria aplicada apenas a situações ocorridas sob a sua vigência.

A doutrina diverge no que tange à retroatividade mínima e divide, basicamente, em duas correntes. Uma admite a aplicabilidade da retroatividade mínima, apoiando-se na idéia de efeito imediato da lei. Outra parte da doutrina sustenta que mesmo nesses casos a lei estaria retrocederia, o que não pode ser admitido. Ráo (1999) diferencia retroatividade e efeitos imediatos da nova norma obrigatória esclarecendo que são conceitos que não se confundem: enquanto aquela age sobre o passado, estes tendem a disciplinar para o presente e para o futuro.

O conturbado problema de direito intertemporal se sustenta basicamente em duas teorias: objetiva e subjetiva. A primeira, tem como máxima uma única fórmula: *tempus regit factum*. Assim, na retroatividade mínima, não ocorreria retroatividade, mas exclusivamente aplicação imediata da lei. Baseia-se fundamentalmente na doutrina de Roubier (1997), que se apóia na distinção entre efeito imediato e o efeito retroativo da lei. Na concepção desse autor,

uma lei apenas poderia ser reputada retroativa quando pretendesse ser aplicada a fatos já consumados, *facta praeterita*. Quando se aplicasse aos fatos presentes haveria apenas efeito imediato da lei e não retroatividade.

Na teoria subjetiva, a irretroatividade da lei é calçada na idéia de proteção aos direitos adquiridos, assentada substancialmente na doutrina de Gabba (1999), que defende que a lei ao entrar em vigor não pode atingir direitos precedentemente adquiridos, mas a lei nova deve ser aplicada amplamente no que não violar direitos dessa natureza, independentemente de tratar de fatos ou relações jurídicas inéditas ou mesmo da consequência de fatos ou relações anteriores.

Para Gabba (1999), direito adquirido é todo direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou; embora a ocasião de fazê-lo valer se não haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; direito, este, que, de conformidade com a lei sob a qual aquele fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer ao patrimônio de quem o adquiriu.

Impende salientar que o direito adquirido não se confunde com expectativa de direito. Enquanto o direito adquirido se incorpora no patrimônio do sujeito, é um fato acabado, realizado por completo, a expectativa de direito se revela na esperança de haver futuramente o direito incorporado ao seu patrimônio, resulta de um fato incompleto e inacabado, porquanto a lei nova incidirá sem retroatividade no momento em que entrar em vigor. Por exemplo, no regime de participação final nos aquestos os cônjuges durante a união têm expectativa de direito sobre a meação na dissolução da sociedade conjugal.

O direito brasileiro adota, constitucionalmente, como regra o princípio da irretroatividade das leis, ou seja, quando uma lei entra em vigor, não deve alcançar as situações jurídicas anteriores à sua vigência. A lei nova deve disciplinar para o presente e para o futuro; não é possível aceitar a idéia de que o legislador, ao ditar uma nova norma de comportamento, o faça com os olhos voltados para o pretérito, com o intuito de ordenar o comportamento para o decorrido, em um tempo em que outra norma já se pronunciava. Os atos anteriores à vigência da lei nova regulam-se pela lei do tempo em que foram criados; *tempus regit actum*.

As Constituições brasileiras adotaram, em matéria de irretroatividade das normas jurídicas, a teoria subjetiva do direito adquirido. As normas impostas pela lei nova não devem alcançar fatos ou efeitos realizados sob o império da lei anterior.

Dessa natureza constitucional do princípio da irretroatividade se extrai o preceito de garantia e segurança jurídica; desta forma, abrange tanto o direito público quanto o direito

privado. Cumpre salientar que a idéia de direito adquirido aplica-se onde existir um direito subjetivo, quer de ordem pública, quer de ordem privada, originando-se de fato lícito, idôneo, realizados conforme preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual.

O Superior Tribunal de Justiça, na ADI 493-0, decidiu que as normas, mesmo as de ordem pública, conquanto possuam incidência imediata, não podem retroagir para alcançar os negócios jurídicos realizados anteriormente a seu advento. Nem mesmo os efeitos de tais negócios, retroatividade mínima, podem ser afetados.

O entendimento dominante é no sentido de que as sociedades entre esposos, já existentes, quando da vigência do atual Código Civil, estariam resguardadas pelo preceito constitucional que tutela o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. A segurança jurídica nos negócios jurídicos não podem ficar ao capricho do legislador. Não é possível admitir a vulnerabilidade ao contratar, tanto é que a primeira parte do artigo 2.035 sustenta a validade dos negócios jurídicos realizados na vigência da lei anterior.

Em parecer nº125/03, emitido pelo DNRC-Departamento Nacional de Registro de Comércio, por meio da coordenadora jurídica, Rejanne Darc B. de Moraes Castro, concluiu que a norma proibitiva do artigo 977 do CC abrange tanto a constituição de sociedade unicamente entre marido e mulher, como desse com terceiros, os cônjuges permanecem como sócios entre si em respeito ao ato jurídico perfeito, essa proibição não atinge as sociedades entre cônjuges já constituídas quando da entrada em vigor do Código, alcança, tão somente as que vierem a ser constituídas posteriormente. Desse modo, não há necessidade de se promover alteração do quadro societário ou mesmo da modificação do regime de casamento dos sócios-cônjuges, em tal hipótese.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitiu a alteração de regime de bens dos casamentos realizados na vigência do Código Civil de 1916, com fundamento na nova legislação civilista, desde que comprovado justo motivo, e garanta eventual direito de terceiros. Contudo, recusou, como justo motivo, a alegação de os cônjuges possuírem sociedade empresária em comum, pois aquele Tribunal entendeu que a nova regra disposta no artigo 977, do Código Civil, não se aplica aos estabelecimentos constituídos anteriormente à sua vigência.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro firmou entendimento de que as sociedades, constituídas sob a égide do CC/16, formalizaram seus atos constitutivos em obediência à lei vigente naquele tempo, sob o manto do ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Assentes tais noções, forçoso assinalar que o ato constitutivo das sociedades entre cônjuges, constituídas na vigência do Código anterior, respeitou juridicamente o imposto pela legislação naquela época, concretizada naquele tempo. O ato foi juridicamente perfeito, de forma que se constituiu um direito adquirido para os sócios. A legislação atual, por ser posterior, não pode retroagir, atingindo as sociedades já existentes.

5 - ABERTURA DE FILIAIS DAS SOCIEDADES ENTRE CÔNJUGES PREEXISTENTES AO ATUAL CÓDIGO CIVIL/02

Outro ponto conflitante no tema é a abertura de filiais das sociedades entre cônjuges preexistentes à vedação do artigo 977. A abertura de uma filial necessariamente é vinculada à sua matriz. O substantivo filial é relativo a filho, portanto pode-se dizer, de uma forma bem simplista, que o estabelecimento filial deriva da sociedade mãe (matriz). Assim, ao estabelecer uma filial, não se constitui nova sociedade, mas tão-somente amplia a matriz, sociedade já existente.

Indispensável deixar registrado que o artigo 969 do CC diferencia “estabelecimento primário” – matriz, do “estabelecimento secundário” – filial, ao assinalar que o ato que institui a filial deverá ser averbado no Registro Público de Empresas Mercantis da jurisdição onde o empresário tem domicílio, quando diverso da sede. O empresário deve fazer prova da existência da inscrição originária e averbar, inclusive, em qualquer caso, no RPEM da respectiva matriz.

Cumprе salientar que o artigo 1.000 do CC distingue nos mesmos moldes a sociedade simples ao determinar que a filial deverá ser inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com prova da inscrição originária.

Injusto, então, entender que a proibição das sociedades entre cônjuges casados sob regime da comunhão universal, ou da separação obrigatória de bens, atinge a abertura de filiais, das sociedades existentes antes do advento do novo Código, posto que, estaria limitando a atuação natural da atividade negocial, que é precipuamente o seu desenvolvimento, constituir novos estabelecimentos.

CONCLUSÃO

Na história da humanidade, ao homem compreendia o poder marital, a ordem era sempre ditada por ele. Na família, como chefe, possuía total controle na administração da sua prole.

A mulher, enquanto casada, era considerada relativamente capaz para exercer os atos da vida civil; assim, para exercer profissão era preciso a outorga marital. A mulher para ser comerciante necessitava da autorização por escrito de seu marido. A autorização marital deveria ser feita por escritura pública e arquivada na Junta Comercial, podendo ser revogada mediante justo motivo. Caso a mulher fosse comerciante ao tempo do casamento, dispensava-se a autorização, por ficar subtendida. Certo é que a mulher casada com a permissão para exercer profissão tornava-se capaz, podendo administrar o seu comércio da forma mais proveitosa.

Dúvidas não havia de que a mulher casada poderia ser comerciante. Controvérsia surgiu quanto a poder exercer a mercancia aliada ao seu marido, pois, naquele tempo, não havia norma jurídica expressa sobre o tema, motivo pelo qual a doutrina tanto divergia.

A maior parte dos doutrinadores defendia a nulidade da sociedade entre cônjuges, com fundamento na ofensa ao poder marital, tão rijo naquela época, pois deixaria de existir hierarquia entre eles. Contudo, o poder marital direcionava a sociedade conjugal, que não se confundia com a sociedade mercantil. Ainda assim, certos autores consideravam ofender o princípio da imutabilidade do regime de casamento, pois, no regime da comunhão universal, preponderante à época, a sociedade seria redundante, já que os bens pertenciam a ambos os cônjuges quando da comunhão e no regime da separação, com a sociedade haveria a união de bens que deveriam permanecer separados, todavia o artigo 20, do Código Civil de 1916 já prelecionava que a sociedade e os seus membros não se confundiam.

A doutrina, aliada à impossibilidade de existir sociedade entre marido e mulher, sustentava também que a sociedade seria forma de burlar a legislação, causando confusão patrimonial e deixando de resguardar direitos de terceiros. A fraude era presumida, fazendo o intérprete um juízo baseado nas aparências e não mediante fatos sólidos e concretos. Não obstante, a fraude não deve ser presumida *júris et de jurei*, sem avaliar a situação fática, pois a sociedade poderia ser utilizada para fraudar credores, sendo ou não seus integrantes cônjuges.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º.4.121/62) pôs termo às divergências doutrinárias, por expressamente distinguir o patrimônio do cônjuge, ainda que comunheiro. Desde então, a doutrina e a jurisprudência foram unânimes em admitir sociedade entre esposos, independentemente do regime de bens adotados. Nesse liame, o absoluto poder marital ficou enfraquecido, tendo a mulher casada juntamente com o seu marido a responsabilidade na administração do lar conjugal. A mulher casada tornou-se plenamente capaz, deixou de existir diferença entre os sexos.

A sociedade entre esposos não merecia mais ser considerada nula *pleno jure*; poderia sim ser anulável conforme as circunstâncias na sua constituição. A fraude, no seu sentido mais amplo, sendo comprovada, caberia ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade e adentrar no patrimônio particular do sócio fraudador para a satisfação creditícia de terceiro de boa-fé.

Em janeiro de 2002, foi publicado o Código Civil e o legislador retrógrado, mirando o passado, proibiu, no artigo 977 do Código Civil, a sociedade entre cônjuges, quando casados pelo regime da comunhão universal ou da separação legal e total de bens. A contrário senso, permitiu aos esposos casados sob o regime da comunhão parcial e participação final nos aquestos a constituir sociedade entre si ou com terceiros.

O legislador vislumbrou haver confusão no patrimônio civil dos cônjuges casados pelo regime da comunhão universal e fraude contra terceiros, no regime da separação obrigatória, com a utópica união de bens que deveriam permanecer separados.

Entretanto, é preciso ficar claro que o patrimônio da sociedade é distinto do patrimônio civil, é como uma linha imaginária que separa os patrimônios do sócio e da sociedade, inexistente, assim, confusão entre os patrimônios.

No âmbito da separação obrigatória de bens, em especial, a vedação se torna esdrúxula, pois a única diferença entre o regime de separação total convencional e a legal é que essa é uma imposição da lei, mas os efeitos jurídicos-patrimoniais são idênticos. Se o legislador entende que no regime obrigatório há, em tese, união de bens que deveriam permanecer separados, a mesma observação assiste para o regime opcional de separação.

O homem deve ter sua índole voltada para o bem, agir de acordo com ética e a moral, empregar no seio social condutas ilibadas, consideradas como válidas. A boa-fé deve ser presumida, e não a atitude desonesta e fraudulenta. A boa-fé dos cônjuges foi expressamente atacada pelo legislador ao pressupor a má-fé na constituição dessas sociedades.

Data máxima vênia, não é crível conjecturar com a visão irreal do legislador de que ao constituir sociedade, civil ou empresarial, marido e mulher teriam única e exclusivamente a

intenção voltada a ferir vigorosamente o regime patrimonial, fraudando credores, até porque o ordenamento jurídico possui meios eficazes para combater a conduta malevolente, como a desconsideração da personalidade jurídica.

Imperioso afirmar que às sociedades a serem constituídas, a aplicação do artigo 977 é imediata, pois a lei restringiu expressamente a constituição de sociedade entre esposos casados naqueles regimes. Para que os cônjuges possam ser sócios, deverão alterar o regime de bens, mediante autorização judicial, conforme permitiu o parágrafo segundo do artigo 1.639 do CC, contemplando a mutabilidade do regime de bens no casamento.

A restrição trazida pelo diploma legal em vigor refere-se apenas a uma mesma sociedade. Veda-se, também, a entrada do sócio casado em sociedade que o outro já integre. A lei em nada obsta a constituição de sociedade com terceiro, destarte cada cônjuge poderá compor o quadro societário de sociedades distintas.

Por certo que a restrição não inibe a abertura de filiais, por não ser uma nova sociedade, mas mera ampliação dos atos inerentes à sociedade preexistente.

Como se não bastasse, o Código Civil determinou, no artigo 2.031, que as sociedades constituídas sob a égide da legislação anterior devem ser adequadas às novas disposições, o que ensejou nova controvérsia entre os operadores do direito. Uma ligeira interpretação literal leva o intérprete a concluir que o marido ou a mulher deverão dissolver a sociedade, com a retirada de um dos sócios, pela aplicação imediata da lei, mas o bom senso leva a afirmar que, em respeito ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido, resguardados pela Carta Magna, no artigo 5º, inciso XXXVI, não estão obrigados a efetuarem qualquer alteração no seu quadro societário, nem mesmo no regime de bens, visto que o ato constitutivo realizou-se antes do advento da nova lei, quando não existia qualquer vedação para a constituição de sociedade entre cônjuges, assim a nova norma regula somente os atos posteriores à sua vigência.

O ato é regido pelo tempo em que foi realizado; assim, o ato constitutivo dessas sociedades se consumou na vigência da legislação anterior, portanto reputa-se juridicamente perfeito, e está protegido pelo manto da garantia constitucional do direito adquirido, não devendo sofrer nenhuma restrição ou adaptação. É a posição exteriorizada pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio em parecer nº 125/03, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Conclui-se que as sociedades constituídas a partir da vigência do atual Código Civil estão sujeitas à restrição imposta no artigo 977; portanto, a partir de 11 de janeiro de 2003 ficou vedada a constituição de sociedade unicamente entre cônjuges ou deles com terceiro, quando casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens.

E as sociedades existentes anteriormente ao novo diploma não devem sofrer qualquer alteração no seu quadro societário, como garantia da irretroatividade da lei e da segurança jurídica, por ser ato perfeito e acabado e o direito já adquirido, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a disregard doctrine*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2003, p.139.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Projeto de Lei nº 6.960/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, para modificar o artigo 977 do Código Civil. Disponível em: <<http://www.intelligentia.com.br/old-fev2003/artigo1.html>>. Acesso em 15 jan. 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRAGA, Antonio Pereira. Sociedade Comercial entre marido e mulher casados pelo regime comum” in: *Revista Forense*. Belo Horizonte, 1927, v. 85.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPOS, Isidoro. Sociedade commercial entre marido e mulher casados pelo regimen commum. *Revista Forense*. Belo Horizonte, 1928, v. 50.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

COSTA, Antônio Gusmão da Costa. Sociedade empresária entre cônjuges à luz do novo Código Civil. Alteração imediata das sociedades existentes. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&view... Acesso em 15 fev. 2005.

FARIA, Anacleto de Oliveira. Sociedade entre cônjuges. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1958, v. 272.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GABBA, FRANCESCO. *Teoria della retroattività delle leggi*. 3 ed. Torino: UTET, 1898, v. 4.

GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1911, v. 2.

Menezes, Maurício Moreira Mendonça. *Direito de Empresa, professor participante da III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <[http:// aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/...jornada/.../DireitodeEmpresa.doc](http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/...jornada/.../DireitodeEmpresa.doc)>. Acesso em: 10 ago. 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6.

ROUBIER, Paul Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, p. 209.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Cláudio Calo. *As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 17 de jul. de 2004.

TAVARES, José. *Sociedades e Emprêsas Comerciais*. Coimbra, 2003.

TEMISTOCLES, Pinho; PEIXOTO, Álvaro. *As empresas e o novo Código Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito intertemporal: o Código Civil de 2002 e as sociedades já existentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 330, 2 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5257>>. Acesso em: 10 ago. 2006.

VAMPRE, Spencer. *Tratado Elementar de direito Commercial*. Rio de Janeiro: F.Briguiet&Cia, 1958, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 1.

BRASIL. Irretroatividade Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Direito comercial e processual civil. Embargos declaratórios. Cédula rural.Juros. Teto. Lei de Usura. Pactuação acima do teto.Demonstração. Necessidade. Resolução 1.188 E Circular 1.130 Do Banco Central. Indexação pelo preço do produto. Impossibilidade. Não cabimento das leis 8.880/94 e 9.138/95. Honorários Advocatícios.Compensação. Recurso Especial n.164368. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Distrito Federal, 11 de fevereiro de 1999. *Lex – Jurisprudência do STJ*, Rio Grande do Sul, p.181, mar.1999.

BRASIL. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADIN 493-0/DF, entendeu que a substituição do índice neutro pela Taxa Referencial no reajuste dos saldos devedores dos contratos firmados até 29 de fevereiro de 1991 é inconstitucional, por ferir ato jurídico perfeito e o direito adquirido derivado do pactuado anteriormente à Lei n°. 8.177, *Lex – Jurisprudência do STF*, de 1º de março de 1991.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ementa: Alteração de regime de bens - Casamento realizado na vigência do Código Civil de 1916 - Possibilidade desde que procedente as razões apresentadas - caso concreto - Ausência - Reforma da sentença. A alteração de regime de bens dos casamentos realizados na vigência do Código Civil de 1916 pode ser deferida sob a égide da nova legislação civilista, desde que comprovado justo motivo, e seja resguardado eventual direito de terceiros. A simples alegação de que as partes possuem sociedade empresária em comum não viabiliza a mudança do regime inicial do casamento, visto que a nova regra disposta no artigo 977, do Código Civil, não se aplica aos estabelecimentos constituídos anteriormente à sua vigência. Apelação Cível n. 1.0439.08.082217-4/001(1),Relator: Edílson Fernandes, Minas Gerais, 07 de abril de 2009. *Lex: jurisprudência do TJ*, Minas Gerais.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa: Processo de Jurisdição Voluntária. Pretensão de alteração de regime de bens no casamento celebrado sob a égide do CC/16. Diante da peculiaridade da hipótese dos autos, impõe-se interpretação *cum granu salis*. Celebração do casamento pelo regime da comunhão de bens. Constituição de sociedade empresária firmada entre os cônjuges desde 1980. O atual CC/02 em seu art. 977 veda aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal formar sociedade empresária entre eles. Princípio da segurança jurídica a impedir acolhimento à pretensão dos cônjuges, eis que o CC/16 previa a imutabilidade do regime. Inteligência do art. 2035 CC/02. Quando constituíram a sociedade, os cônjuges acabaram formalizando o ato constitutivo, ante o que se impõe o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Inexistente, ao tempo do Código Civil de 1916, qualquer vedação à constituição de sociedades entre cônjuges, independentemente do regime matrimonial de bens. Sentença mantida. Desprovimento do recurso.Apelação Cível n. [2005.001.10957](#) – Relator: DES. José Pimentel Marques, Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2005. *Lex: jurisprudência do TJ*, Rio de Janeiro.

BRASIL.Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito comercial - embargos de terceiro - sociedade por cotas de responsabilidade limitada - constituição por marido e mulher - possibilidade- teoria da desconsideração da personalidade jurídica - inadmissibilidade -

ausência de fraude ou abuso de direito - penhora de bem da sociedade por dívida de sócio - declaração de nulidade da constrição. Apelação Cível n. 1999.021299-8. Relator: Des. Cercato Padilha. Santa Catarina, 23 de maio de 2002. *Lex*: jurisprudência do TJ, Santa Catarina.