

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruno Matheus Emsters

A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

**FLORIANÓPOLIS
2021**

Bruno Matheus Emsters

A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Renata Raupp Gomes

**FLORIANÓPOLIS
2021**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Emsters, Bruno Matheus
A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 /
Bruno Matheus Emsters ; orientadora, Renata Raupp Gomes,
2021.
71 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Sociedades empresárias. 3. Regimes de
bens vedados. 4. Teoria da desconsideração da personalidade
jurídica. I. Gomes, Renata Raupp. II. Universidade Federal
de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Bruno Matheus Emsters

A INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 26 de abril de 2021.

Banca Examinadora:

Profa. Renata Raupp Gomes
Orientadora – UFSC

Prof. André Lipp Pinto Basto Lupi
Avaliador(a) – UFSC

Profa. Dóris Ghilardi
Avaliador(a) – UFSC

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus acima de tudo, que me deu a vida, a salvação, um corpo e mente saudáveis e que me proporcionou a oportunidade de estudar na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, sem Ele essa graduação não aconteceria.

Agradeço a minha amada e linda esposa Lóren por toda a ajuda, suporte, incentivo e paciência em entender que nos momentos em que não estávamos juntos era em prol da realização deste trabalho e de minha graduação.

Estendo aos meus pais, Miguel e Sandra, o agradecimento por todo o amor, esforço e dedicação em criar seus três filhos, eles simplesmente são insubstituíveis.

Aos meus irmãos Thiago e Letícia pelo incentivo em minha graduação e por sempre acreditar em mim e me apoiar em minhas escolhas.

Meus agradecimentos aos meus amigos Fernando e Vitória por toda a parceria nesses anos de graduação e por juntos termos construído uma amizade verdadeira.

Agradeço à Professora Doutora Renata Raupp Gomes por aceitar orientar a presente monografia e por todos os conselhos e incentivos propostos ao tema.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo o estudo sobre a vedação da constituição de sociedade empresária para sócios casados nos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens prevista no artigo 977 do Código Civil de 2002. Inicialmente levantou-se dados históricos na legislação brasileira, bem como do contexto social, sobre os regimes de bens e a relação na constituição das sociedades empresárias. Posteriormente foi caracterizado cada regime de bens expresso pelo Código Civil de 2002, para então tratar sobre a constituição de sociedade empresarial e distinguir o patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio de seus sócios. Também fez-se um estudo sobre os princípios que abrangem o tema aos quais foram violados pelo artigo em análise. Em seguida, foi abordado se haveria ficção ou fraude na constituição de sociedade empresária por sócios casados pelos regimes vedados pelo código civil. Por fim, fez-se uma abordagem sobre as características da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e seu contraponto com o artigo em análise e arrematou-se com alguns julgados recentes dos tribunais para entender como o tema tem sido apreciado no caso concreto.

Palavras-chave: Regime de bens; Personalidade jurídica; Sociedade empresária; Vedação; Casamento.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to study the prohibition of the constitution of a business partnership for partners who are married under the universal community of property regimes and mandatory separation of assets provided for in article 977 of the Civil Code of 2002. Initially, historical data were collected in Brazilian legislation, as well as the social context, on property regimes and the relationship in the constitution of business companies. Subsequently, each property regime expressed by the Civil Code of 2002 was characterized, to then deal with the constitution of a business company and distinguish the assets of the legal entity from the assets of its partners. A study was also carried out on the principles that cover the topic to which they were violated by the article under analysis. Then, it was discussed whether there would be fiction or fraud in the formation of a business partnership by partners married by the regimes prohibited by the civil code. Finally, an approach was taken on the characteristics of the theory of disregard for legal personality and its counterpoint with the article under analysis and concluded with some recent court judgments to understand how the topic has been assessed in the specific case.

Keywords: Property regime; Legal personality; Business company; Seal; Wedding.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. HISTÓRICO LEGISLATIVO ACERCA DA SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES NO BRASIL	11
2.1. A sociedade entre cônjuges no século XIX.....	11
2.1.1. <i>A visão na sociedade entre cônjuges no século XIX</i>	15
2.1.2. <i>O avanço com o estatuto da mulher casada de 1962</i>	17
2.2. O advento do Código Civil de 2002 e suas implicações nas sociedades empresárias.....	20
2.2.1. <i>O artigo 977, suas interpretações e o entendimento consolidado atual</i> ..	22
3. OS REGIMES DE BENS ADMITIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002	25
3.1. Os regimes de bens e suas características gerais.....	25
3.1.1. <i>Regime da comunhão parcial de bens</i>	30
3.1.2. <i>Regime da comunhão universal de bens</i>	33
3.1.3. <i>Regime da separação de bens</i>	34
3.1.4. <i>Regime da participação final nos Aquestos</i>	38
4. A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL ENTRE CÔNJUGES	42
4.1 A sociedade empresária e sua personalidade jurídica.....	42
4.2 A incongruência do artigo 977 e a violação dos princípios.....	44
4.2.1. <i>Princípio da liberdade de associação</i>	44
4.2.2. <i>Princípio da livre iniciativa</i>	45
4.2.3. <i>Princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão</i>	47
4.2.4. <i>Princípio da isonomia</i>	48
4.2.5. <i>Princípio da intangibilidade do capital social</i>	48
4.3 Haveria fraude ou ficção?.....	50
5. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	53
5.1. O contraponto com o artigo 977 do Código Civil.....	56
5.2. O atual entendimento dos tribunais.....	57
6. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	66

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico deve acompanhar as transformações que ocorrem na sociedade trazendo direcionamento e regramento às novas formas de se experienciar a vida civil. E, em alguns casos, a legislação acaba por falhar e retrocede em suas normas, o que as torna incompatíveis com o contexto atual da sociedade.

No século XIX a vida civil era dominada pelo poder marital, numa sociedade completamente patriarcal e machista onde a mulher não tinha plena capacidade civil e, caso tivesse o interesse em exercer a profissão de empresária, deveria ter uma autorização pública do marido. Com o advento dos movimentos sociais de liberdade e autonomia da mulher, a legislação brasileira na década de 60, inclusive com a criação do estatuto da mulher casada em 1962, abriu espaço para a plena capacidade civil da mulher e conseqüentemente sua autonomia para ser empresária.

Nesta época, a Lei não vedava a constituição de sociedade entre sócios casados por qualquer regime e ainda havia o entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência concordando com a constituição de sociedade empresária entre cônjuges casados entre si. Contudo, sob o pretexto de uma fraude presumida e de uma ficção, o legislador introduziu no Código Civil de 2002 o artigo 977, que vedou expressamente a constituição de sociedade empresária entre sócios casados entre si, ou entre si com terceiros, pelo regime de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens, parecendo, de alguma forma, retroceder à sociedade patriarcal.

É nesse contexto que o presente estudo busca analisar a incongruência do artigo 977 do código civil de 2002 na sociedade brasileira tendo como objetivo responder a seguinte pergunta: haveria fraude ou ficção na constituição de sociedade empresária entre sócios casados entre si, ou entre si com terceiros, pelo regime de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens?

Com a finalidade de atingir seu propósito, o presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas, ante a necessidade de levantamento dos diplomas legais aplicáveis, bem como o estudo do contexto histórico e social no ordenamento pátrio relativos as sociedades empresárias e aos regimes de bens, objetivando a compreensão do contexto legislativo sobre o tema, para então, averiguar o posicionamento doutrinário e ilustrar, através da análise de quatro julgados recentes (anos de 2019 e 2020), como o judiciário tem apreciado o tema nos casos concretos.

Assim, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro

focado em demonstrar a evolução histórica legislativa na sociedade entre cônjuges e o advento do Código Civil de 2002 e suas implicações nas sociedades empresárias.

Por sua vez, o segundo capítulo abordará de forma sistemática os regimes de bens admitidos pelo Código Civil de 2002, com a finalidade de entender como eles são apreciados pela doutrina e como são expressamente disciplinados pela legislação em vigor.

Buscar-se-á entender, no terceiro capítulo, a distinção do patrimônio da pessoa jurídica (que possui personalidade jurídica autônoma) em relação ao patrimônio individual de seus sócios, revelando não haver confusão patrimonial. Bem como serão abordadas as violações aos princípios jurídicos relacionados ao artigo em análise e se realmente haveria fraude ou ficção na constituição dessa sociedade empresária por sócios casados nos regimes de bens vedados pelo legislador.

Por fim, o quarto capítulo analisará a teoria da desconsideração da personalidade jurídica demonstrando que, havendo fraude ou alguma ilicitude na constituição de sociedade empresária com a intenção de lesar terceiros, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica e atingir diretamente o patrimônio individual dos sócios. Revelando assim, a incongruência do artigo 977 do Código Civil de 2002 e sugerindo sua remoção ou edição do ordenamento jurídico brasileiro.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO ACERCA DA SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES NO BRASIL

O novo Código Civil de 2002 instituído pela Lei de nº 10.406, entrou em vigor a partir de janeiro de 2003 e trouxe mudanças significativas no direito civil e empresarial brasileiro, algumas muito apreciadas pelos juristas e outras nem tanto. O destaque desse trabalho encontra-se na vedação da constituição de sociedade empresarial entre sócios casados pelo regime de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens, esculpida no artigo 977 do citado diploma legal, tal vedação representa uma “involução” no direito brasileiro como se verá adiante.

Na tentativa de compreender o artigo e as motivações que o levaram a ser construído, se faz necessária uma retrospectiva histórica na legislação e doutrina brasileira sobre o tema, iniciando no século XIX, atravessando o tempo com o surgimento do estatuto da mulher casada em 1962, até chegar ao entendimento atual.

2.1. A sociedade entre cônjuges no século XIX

Ao debruçar-se sobre o Brasil do século XIX, vê-se uma sociedade patriarcal e repleta de preconceitos, principalmente em relação à mulher e à família. Nessa sociedade era imperioso dentro do seio familiar o conceito de que o homem (sendo o absoluto chefe de família) ditava as regras e os comportamentos de toda a família, enquanto a mulher apenas exercia as funções concernentes ao lar e à criação dos filhos. Cumpre destacar que o ordenamento jurídico coadunava, amparava e regia a sociedade desta maneira.

Em relação a mulher casada, sua função e seu intelecto se resumiam em cuidar da prole e dos afazeres domésticos, ao mesmo tempo que, sequer tinham plena capacidade civil, conforme descrevia o artigo 6º, inciso II, do Código Civil de 1916. Além disso, se tivessem o interesse de trabalhar fora em alguma função precisavam da concordância escrita do marido, tal ditame também era aplicado na profissão de comerciante ou empresária (OLIVEIRA, 2009).

A autorização do marido para a mulher exercer a profissão de comerciante era feita mediante escritura pública arquivada no Tribunal de Comércio (que em 1875 foi substituída pelas Juntas Comerciais), e era aceita desde que cumprisse o pressuposto legal da mulher ser maior de dezoito anos. Essa autorização, segundo Oliveira (2009), lhe dava plena capacidade civil, podendo praticar todos os atos necessários para sua profissão empresarial (abrir contas bancárias, assinar cheques, assinar contratos

comerciais etc.).

A Previsão legal para essa autorização marital estava amparada no Código Comercial de 25 de junho de 1850, em seu artigo 1º, nº 4 onde traz:

Art. 1 - Podem comerciar no Brasil:

(...)

4 - As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização.

Sobre o dispositivo mencionado destaca (FIUZA, 2012, p. 986), “Na redação primitiva do Código Comercial de 1850 (art. 1º, n. 4), a mulher casada somente poderia exercer atividade comercial, separadamente de seu marido, se por este fosse autorizada”.

Segundo Oliveira (2009) havia também a possibilidade desta autorização ser revogada através de uma escritura pública ou ainda por sentença judicial, preservando os direitos de terceiros, desde que o marido não exercesse esta prerrogativa de modo vil e intuitos mesquinhos, devendo haver motivos concretos capazes de tornar impossível o prosseguimento do comércio gerenciado pela mulher.

Por ser presumidamente autorizada, a mulher que já exercia a função de comerciante antes do casamento estava dispensada da autorização, porém se o marido não estivesse de acordo com tal situação deveria fazê-la de forma expressa (OLIVEIRA, 2009). A importância está nesta autorização, presumida ou não, ela dava plena capacidade civil para a mulher e a possibilitava exercer a profissão de comerciante em toda a sua plenitude.

Quanto aos regimes que poderiam ser adotados na constituição da sociedade conjugal da época, estavam os regimes de comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens e o regime dotal de bens, sendo que cada qual continha sua especificação em relação ao patrimônio.

No regime da comunhão universal de bens, assim como nos tempos atuais, as dívidas passivas e os bens patrimoniais dos cônjuges se comunicavam, tanto aqueles que foram adquiridos antes do casamento quanto aqueles adquiridos na constância do matrimônio.

Conforme Oliveira (2009), para fins comerciais, a mulher que exercia plena capacidade civil tinha direito, tanto quanto o marido, de dispor livremente dos bens móveis comuns, tanto aqueles trazidos para o matrimônio quanto aqueles adquiridos na constância deste. Entretanto, quando se tratava de bens imóveis do casal ou os

bens da própria mulher casada, só poderia aliená-los e hipotecá-los com o consentimento expresso do marido que também poderia ser feita na própria escritura pública de autorização para o comércio. Qualquer divergência poderia ser sanada por via judicial.

Assim, o destaque encontra-se nos bens mercantis, tanto do homem quanto da mulher (aqueles utilizados na atividade comercial), onde não eram considerados distintos do patrimônio civil, ou seja, o patrimônio comercial de qualquer um dos cônjuges fazia parte do patrimônio do casal. Além disso, havendo a falência da empresa os bens do casal (tanto os adquiridos pelo comerciante quanto os demais) seriam arrecadados para a quitação de devedores (OLIVEIRA, 2009).

Agora, no regime de separação de bens havia a distinção completa dos patrimônios dos cônjuges, e a mulher, por sua vez, tinha sua independência econômica na administração de seus bens. Nesse regime de casamento cada cônjuge poderia dispor de seu patrimônio móvel como bem entendesse, entretanto, caso uma das partes fosse alienar ou gravar ônus real sobre imóveis tinha de ter a autorização da outra parte e em caso de divergência ou recusa haveria a possibilidade de supri-la mediante a autorização judicial (OLIVEIRA, 2009).

Nesse sentido, cumpre ainda destacar que:

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. (OLIVEIRA, 2009, p. 7).

Por conseguinte, a autorização dada pelo marido à mulher para exercer a atividade comercial não o obrigava ao comprometimento de seu patrimônio, visto que o efeito desta autorização era somente validar os atos mercantis de sua esposa. Por outro lado, e em decorrência deste regime, o patrimônio comercial da mulher era formado exclusivamente por seus bens e, portanto, estes garantiam as obrigações advindas do seu comércio (OLIVEIRA, 2009).

Em relação ao regime da comunhão parcial de bens, a lógica que seguia era a mesma dos dias atuais onde os bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio pertenciam ao casal e os bens individuais trazidos para o casamento não eram considerados patrimônio do casal. E ainda:

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 subrogação 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. (OLIVEIRA, 2009, p. 6).

Porém, diferentemente dos dias atuais, nesse regime da comunhão parcial competia a administração dos bens do casal somente ao marido, por conseguinte se este contraísse dívidas individuais, obrigavam os bens comuns do casal e, na falta destes, os seus bens particulares (OLIVEIRA, 2009).

A mulher comerciante que tinha os requisitos cumpridos para exercer a atividade, respondia pelas obrigações por ela assumidas no exercício de sua profissão, com os bens do casal e com os seus bens particulares, e na falta destes, ou se fossem insuficientes, respondia também com os bens particulares do marido, já que este era quem administrava e também lhe tirava proveito, pois os frutos do trabalho de cada cônjuge entravam para a comunhão, então, ambos respondiam pelos prejuízos sofridos ou pelas obrigações contraídas (OLIVEIRA, 2009).

Com a finalidade de concluir o entendimento sobre os regimes de bens anteriores ao código civil de 2002, cumpre mencionar o então extinto regime dotal de bens, regime este caracterizado por um dote, ou seja, um conjunto de bens que era transferido para o marido com a finalidade de que este utilizasse dos frutos e rendimentos produzidos por tal patrimônio (OLIVEIRA, 2009).

Segundo Oliveira (2009) existiam três patrimônios distintos, sendo o primeiro formado pelo patrimônio do marido, um segundo que pertencia a mulher, porém composto exclusivamente pelos bens dotais e um terceiro, também da mulher, formado somente pelo seu patrimônio. Portanto, bens particulares trazidos para o matrimônio eram excluídos da comunhão de bens, bem como aqueles sobrevividos por doação ou herança na constância do casamento, e aqueles adquiridos com valores próprios em substituição aos bens particulares.

As dívidas contraídas pela mulher comerciante resultante de sua atividade eram quitadas pelos bens não dotais, caso este não fosse o suficiente respondia através dos frutos dos bens dotais, ou os bens móveis dotais, e por último, se ainda não suprisse a dívida, utilizava-se os bens imóveis dotais. Nesse caso, o marido não era responsável pelas dívidas contraídas pela atividade comercial de sua esposa e, portanto, seu patrimônio particular era excluído (OLIVEIRA, 2009). O marido só respondia com seus bens particulares se estivesse obrigado juntamente com sua

esposa (sendo sócio dela na atividade comercial), nesse caso, estaria coobrigado as dívidas contraídas por ser sócio, e não por ser marido, assim como qualquer outra pessoa estaria caso constituísse sociedade empresária.

Tendo em vista a forma como era regido os regimes de constituição da sociedade matrimonial, surgiram dúvidas em relação às sociedades comerciais constituídas por pessoas casadas entre si, tema este que será tratado no tópico seguinte.

2.1.1. A visão na sociedade entre cônjuges no século XIX

A discussão que se instaurou entre os juristas, há tempos, foi justamente se pessoas casadas poderiam constituir sociedade comercial juntas e se tal sociedade entre esposos seria válida, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro não havia lei expressa que vedasse ou permitisse essa sociedade comercial. Nesse sentido, (FIUZA, 2012, p. 986) afirma que “Não tem precedente no Código Civil de 1916.”

A divergência iniciou-se em 1914, por intermédio da recusa do arquivamento de um contrato social na Junta Comercial do Rio de Janeiro, quando marido e mulher e únicos sócios da empresa quiseram registrar o contrato social de V.S.C. & Cia. (CARNEIRO, 2008). O ato foi indeferido com a justificativa de que feria o artigo 1º, n. 4, do Código Comercial de 1.850, vigente na data (CARNEIRO, 2008).

Conforme menciona CARNEIRO (2008), no ano de 1927, outro ato na Junta Comercial do Distrito Federal foi negado em decorrência da mesma justificativa, o que levou o litígio à apreciação do Instituto dos Advogados do Brasil, onde foi formada uma comissão para debater se haveria a impossibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges, e, embasados em três argumentos principais abaixo descritos, foi dado o parecer favorável ao tema:

- (i) a existência de sociedade conjugal é, por si só, impeditiva da constituição de sociedade entre marido e mulher;
- (ii) a iminente instabilidade de referida sociedade, na medida em que estaria constantemente sujeita à dissolução, quando quer que o marido pretendesse revogar a autorização à sua esposa para comerciar; e
- (iii) pelo fato de depender do consentimento do marido para comerciar, não poderia a mulher demandar contra seu marido, sob a eventualidade de qualquer divergência decorrente das atividades sociais concretizadas pela empresa que pretendiam constituir. (CARNEIRO, 2008, p. 79).

Relevante destacar que prevaleceu o entendimento de alguns doutrinadores, que defendiam a nulidade da sociedade constituída por sócios casados no regime de comunhão universal de bens e separação total de bens (OLIVEIRA, 2009). Alfredo de

Assis Gonçalves Neto assim descreve:

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 (apud. MANGRICH, 2008, pag. 38).

Nesta corrente, o jurista José Xavier Carvalho de Mendonça destaca:

A única sociedade permitida entre esposos é a universal resultante do regime do casamento. Não lhes é lícito contrair sociedade comercial, por ofender antes de tudo o instituto do poder marital, produzindo necessariamente a igualdade de direitos incompatíveis com os direitos do marido 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, houvesse ou não a sociedade. Quando aos segundos porque as suas não melhorariam. Se o casamento obedece a outro regime, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedade, bens que o ato antenupcial separa. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos. (apud. CARNEIRO, 2008, pag. 82)

Carneiro (2008) destaca que Amador Paes de Almeida também compartilhava do entendimento de que não era permitida a sociedade entre esposos, por haver incompatibilidade com as instituições de família vigentes.

Em relação ao tema Oliveira (2009, p. 8) evidencia:

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.

Prima facie, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao tema foi pela ilegitimidade das sociedades constituídas entre esposos, manifestando o entendimento através do Mandado de Segurança nº 258, de 10 de maio de 1937 sob os argumentos que tal constituição feriria o poder marital sob qualquer regime de bens adotado. No regime de comunhão de bens prejudicava os credores, pois os bens sociais se confundiam com os bens do casal e, no regime da separação de bens a sociedade seria nula, pois alteraria o regime matrimonial eleito pelos cônjuges no momento da celebração do casamento, tendo em vista a unificação e a gestão dos bens que não deveriam se comunicar (CARNEIRO, 2008).

Entretanto, em 25 de novembro de 1947, o STF lavrou decisão diferente da anterior através do Recurso Extraordinário nº 9.903, proferido pelo Ministro Hahnemann Guimarães, em que passou a admitir, ainda com determinadas restrições, a sociedade entre esposos, sob o argumento de que seria a natureza do regime matrimonial que permitiria verificar se seria lícita essa sociedade, e ainda, consideraria

como objeto ilícito apenas se importasse a mudança do regime matrimonial, ou se houvesse a retirada do marido da direção da sociedade conjugal (CARNEIRO, 2008).

Embora houvesse tal entendimento predominante, alguns doutrinadores não concordavam com esta nulidade e defendiam que não haveria vedação legal entre sócios em sociedades mercantis serem casados nestes regimes de comunhão universal de bens e de separação total de bens e contraírem sociedade entre si. Tinham por tese que a sociedade conjugal (despida de personalidade) era completamente distinta da sociedade comercial (revestida de personalidade jurídica) e não violava o poder marital expresso no código civil de 1916, em seu artigo 233, ou seja, o marido não perdia a representação legal da sociedade conjugal (OLIVEIRA, 2009).

A crítica destes também era em relação à presunção de fraude que pairava em torno desta vedação em detrimento da boa-fé na sociedade mercantil, pois apenas proibiam a sociedade comercial entre o casal sem examinar as situações de fato (OLIVEIRA, 2009).

Embora houvesse corrente contrária à vedação da sociedade entre esposos, o entendimento predominante era por sua vedação. Este posicionamento majoritário existiu até a chegada da Lei nº 4.121 de 1962, que instituiu o estatuto da mulher casada e trouxe um novo entendimento sobre a situação jurídica da mulher dentro do matrimônio, tal avanço mudou completamente o entendimento em relação ao tema conforme será visto no tópico seguinte.

2.1.2. O avanço com o estatuto da mulher casada de 1962

Conforme descreve Carneiro (2008) desde o início do século XX se deflagrou um crescente processo de reconhecimento da autonomia da mulher e sua participação de forma mais efetiva e equânime, em comparação ao homem, e isto em todas as áreas do convívio social. Assim a ciência do Direito percebeu a necessidade de se adaptar a esta nova realidade, tanto no que concerne ao papel desempenhado por homem e mulher na composição do regime de bens do casal, quanto no papel de cada um dentro do casamento.

Tendo por impulso este avanço social, foi criada no Brasil a Lei nº 4.121, publicada em 27 de agosto de 1962 que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, conhecido também como o Estatuto da Mulher Casada.

Relevante para o presente estudo destacar o artigo 3º do citado diploma legal

que descreve:

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

Assim, Fran Martins destaca: “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” (apud. MANGRICH, 2008, pag. 39).

O artigo modificou completamente o entendimento doutrinário e pacificou a compreensão jurisprudencial em relação a constituição de sociedade mercantil entre sócios casados entre si sob qualquer regime, isto porque, com a entrada em vigor do estatuto da mulher casada, a mulher teve reconhecido seu patrimônio distinto ao do marido. (OLIVEIRA, 2009).

Nas palavras de Fiuza (2012, p. 986):

Com o novo regime jurídico regulado a partir do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), com a instituição da garantia da meação da mulher sobre o patrimônio do casal, a jurisprudência passou a inclinar-se na direção da possibilidade jurídica da constituição de sociedade comercial entre cônjuges.

Outro ponto relevante do estatuto da mulher casada foi a caminhada em prol da igualdade entre homem e mulher, posteriormente consagrada no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgado em 1988.

A partir de então, ainda que casados pelo regime de comunhão universal de bens, marido e mulher tinham patrimônios diversos, não tendo mais por justificativa invocar o princípio da imutabilidade do regime de bens. Também não havia mais como considerar nula a sociedade comercial formada exclusivamente por cônjuges casados por qualquer regime de bens por eles adotados, ou ainda em sociedade deles com terceiros. Porém, havia a possibilidade de anulação caso a constituição da sociedade tivesse como objetivo fraudar o regime de bens (OLIVEIRA, 2009).

Por conseguinte, a Lei 4.121/1962 consagrou à mulher casada a plena capacidade civil sem estar submetida ao poder marital. Por sua vez, o poder marital, rigoroso e absoluto, perdeu sua força e o marido se tornou apenas o chefe da sociedade conjugal, tendo sua esposa como auxiliar na administração da família (OLIVEIRA, 2009). Carneiro (2008, p. 86) salienta:

Assim, a Lei n. 4.121/1962 é considerada um divisor de águas na evolução dos direitos da mulher casada, reduzindo significativamente, a partir de então, a resistência à contratação de sociedade entre marido e mulher. O homem deixou de ser, doravante, o chefe inquestionável do lar e da

sociedade conjugal, na exata medida em que a mulher casada deixou de ser considerada submissa e relativamente incapaz, sobrevivendo equilíbrio entre os direitos e deveres dos consortes na constância do casamento.

A mulher passou a ser, por conseguinte, participe em igualdade de condições da sociedade conjugal, a partir do advento da Lei n. 4.121/1962, em razão do que este diploma legislativo é considerado como uma das maiores conquistas da mulher na sociedade brasileira do século XX.

Cumpram ainda destacar a modificação do artigo 246 do código civil de 1916 em 27 de agosto de 1962, também fruto da Lei 4.121/1962, onde definitivamente sanou qualquer dúvida em relação a livre disposição do produto do trabalho da mulher por si mesma, e da incomunicabilidade deste rendimento com as dívidas contraídas pelo marido (CARNEIRO, 2008). Assim cumpre destacar, *in verbis*, o artigo 246 e seu parágrafo único:

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

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família. (Incluído pela Lei nº 4.123, de 1962)

Importante destaque também repercutiu sobre o entendimento do STF, reconhecido pelo Sr. Ministro Victor Nunes Leal, presidente e relator do Recurso Extraordinário (RE) nº 61.582, julgado em 1968, em que o Supremo Tribunal Federal (RE 9.903/47), no mesmo caminho de outros tribunais, manifestou-se pela validade da sociedade entre cônjuges¹. Assim, o Sr. Ministro reconheceu como não sendo nula a sociedade entre sócios casados pelo regime da comunhão e negou provimento relativo ao tema:

No Brasil, o problema adquiriu novo aspecto com a L. 4.121, de 27.8.62, diante da qual a existência do patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja de comunhão, depende do exame de cada caso. (...)

Pelo exposto, conhecendo do recurso, mas tendo em vista os limites da

¹ Assim descrito nas páginas 608 e 609 do RE 61.582: “Pela nulidade já se manifestou o Supremo Tribunal no RE 4.687 (6.5.41), R.F. 88/128, da antiga segunda Turma, relator o Sr. Ministro José Linhares. Pela impossibilidade, quando o regime matrimonial seja o da comunhão, também se manifestou o Plenário, no HS 258 (10.5.37), relator o Sr. Ministro Ataulpho de Paiva. No mesmo sentido, salvo quando houver outro sócio, decidiu a Segunda Turma, no RE 53.762 (2.4.65), H.T.J. 33/639, pela palavra do Sr. Ministro Vilas Boas. Entretanto, a mesma Turma, em outro caso, RE 9.903 (25.11.47), R.F. 122/393, do que foi relator o Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, afirmou que “não é nula a sociedade entre cônjuges, salvo quando tenha por fim alterar o regime matrimonial ou retirar ao marido a direção da sociedade conjugal. Decisões de outros tribunais também já têm admitido a sociedade entre marido e mulher: Guanabara (então D.F.), acórdãos de 6.10.16, Rov. de Dir. 42/191, de 29.4.37, R.F. 71/77; São Paulo, ac. de 21.10.48, R.F.126/492; Pará, ac. de 18.8.44, R.T. 157/799; Piauí, ac. de 18.4.36, A.J. 39/127 (o segundo e o terceiro relativo à sociedade de capital e indústria).”

decisão impugnada e o já citado acórdão do Mestre Hahneemann Guimarães, nego-lhe provimento.

Logo, ficou evidente não haver mais motivos que sustentasse o impedimento para que cônjuges casados nos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória contraísse sociedade entre si ou com terceiros, haja vista a exclusão da mulher casada do rol das pessoas incapazes e o direito desta em ser titular de seus próprios bens, não confundindo seu patrimônio com o do seu marido e podendo integralizá-los na sociedade comercial. Também se limitou a responsabilidade do patrimônio conjugal pelas dívidas firmadas por um só dos cônjuges, ou seja, a mulher responderia apenas com seus bens individuais por dívidas contraídas apenas por ela perante terceiros, resguardando assim os bens do casal e os bens individuais do marido.

Tais argumentos foram suficientes para extinguir o entendimento dos doutrinadores e tribunais que consideravam nula a sociedade entre esposos. Além disso, o estatuto da mulher casada concedeu à mulher a função de colaboradora do marido, incumbida conjuntamente com este em guardar e zelar pela direção moral e material da família, o que fez ruir o poder absoluto marital, derrubando assim a tese construída pelo entendimento consolidado até então.

2.2. O advento do Código Civil de 2002 e suas implicações nas sociedades empresárias

O direito está em constante modificação acompanhando as mudanças frequentes na sociedade e na forma em que ela pensa e é conduzida. Nesse sentido, cumpre destacar que no ano de 2000, o relator-geral Deputado Ricardo Fiuza apresentou relatório geral e parecer final às emendas do Senado Federal feitas ao projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, que institui o novo código civil. Notório destaque ao tempo em que tramitou o projeto de Lei no parlamento, desde 1975 até 2001, em que foi sancionado 26 anos depois após várias emendas (SCHNEIDER, 2004).

Foi então promulgado em 10 de janeiro de 2002 através da Lei 10.406 o Código Civil de 2002, ao qual vigora até a presente data. Dentre os seus muitos artigos, o destaque para o presente trabalho está no artigo nº 977, em *verbis*:

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.

O referido artigo se mostrou retrógrado, representando uma involução. A professora Silmara Juny Chinelato leciona:

Tanto uma como outra providência judicial são bastante onerosas para os interessados, razão por que o art. 977, além de representar uma involução lamentável da Doutrina e da Jurisprudência, nas quais há muito se admitia sociedade comercial ou empresarial entre cônjuges, caracteriza inadmissível intromissão do legislador na esfera de liberdade dos cônjuges (...). (apud. CARNEIRO, 2008, pag. 94)

A proibição da constituição de sociedade entre cônjuges casados sob os regimes de comunhão universal de bens ou na separação obrigatória é notória no texto da Lei, e analisando as exposições de motivos do Senado Federal sobre o novo Código Civil sancionado, em nada destaca a motivação do legislador em proibir de forma taxativa a sociedade entre esposos casados pelos regimes já mencionados. Nesse sentido, destaque para o entendimento de OLIVEIRA (2009, p. 11):

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,

Este entendimento não é vão, embora não exista nada na exposição de motivos do Senado federal sobre o tema, o relator-geral do projeto Deputado Ricardo Fiúza dispõe:

Este dispositivo foi alvo de críticas por parte de vários especialistas em direito societário. Embora o seu enunciado pareça instituir uma faculdade aos cônjuges, na verdade entre cônjuges quando o regime for o da comunhão universal (art. 1.667) ou o da separação obrigatória (art. 1.641). No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria um 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, 2012, p. 986).

Assim, fica claro os motivos pelo qual o artigo foi inserido no Código Civil de 2002, o primeiro referente a comunhão universal de bens que seria considerada uma espécie de ficção, pois as quotas individuais de cada cônjuge na sociedade não estariam separadas patrimonialmente dos bens do matrimônio, nem tampouco os bens nela aportados, surgindo o risco de prejuízos aos credores.

Já no regime de separação obrigatória de bens, a justificativa da nulidade seria que a sociedade empresarial seria uma forma de burlar a proteção legal concedida às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, assim prevista no art. 1.641, inciso II, do

Código Civil de 2002 (CARNEIRO, 2008), tais justificativas serão analisadas de forma mais aprofundada nos capítulos posteriores.

2.2.1. O artigo 977, suas interpretações e o entendimento consolidado atual

Logo que promulgado o novo Código Civil de 2002 houveram dúvidas em relação a validade das sociedades empresárias já constituídas entre sócios casados pelos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens e, pelo fato do artigo 977 ter sido mal redigido, se pessoas casadas por estes dois regimes poderiam contratar sociedade com terceiros ou o impedimento seria somente se constituíssem uma empresa entre si?

Fiuzza (2012) destaca que o artigo 977 combinado com o artigo nº 2.031 do atual Código Civil, estabeleceu um prazo até 11 de janeiro de 2007 para que associações, sociedades, fundações e empresários se adequassem às novas disposição do Código Civil, este entendimento fez aflorar intensa controvérsia quanto à necessidade ou não de, nas sociedade formadas antes da entrada em vigor do atual Código Civil por cônjuges casados sob os regimes agora restritos, procedessem com a alteração do quadro social da sociedade empresária ou do regime de casamento por eles adotados.

Seria uma questão de direito intertemporal, em que para alguns doutrinadores parecia ser obrigatória a alteração na sociedade empresarial, uma vez que o direito adquirido não poderia ser alegado (FIUZA, 2012). Assim, davam três alternativas aos sócios casados: 1) conforme o artigo 1.639, parágrafo segundo² do novo Código Civil os cônjuges deveriam alterar o regime de bens; 2) retirar da sociedade um dos cônjuges, dissolvendo a sociedade parcialmente; 3) dissolver o matrimônio através do divórcio. (OLIVEIRA, 2009).

A outra corrente predominante entendia que as sociedades já constituídas não deveriam sofrer qualquer alteração, tendo em vista o resguardo constitucional de que a nova lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI³, da Constituição da República Federativa do Brasil), também, pelo princípio da irretroatividade da lei civil, esculpido no artigo 6º e parágrafo 1º⁴ da Lei de

²in verbis: "(...) § 2 o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros."

³in verbis: "XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

⁴in verbis: "Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou."

Introdução às normas do Direito Brasileiro, ou seja, o ato é regido pelo tempo em que foi feito, *tempus regit actum*. Bem como o artigo 2.035⁵ do próprio Código Civil vigente, onde protege os negócios e demais atos jurídicos constituídos sob a égide da lei anterior. (OLIVEIRA, 2009).

Importante destaque deve ser dado ao posicionamento do Professor Mário Luiz Delgado, no qual disserta:

O contrato social de determinada sociedade formada ou integrada por sócios casados no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, e constituída antes de 11-1-2003, deve ser visto como um ato jurídico perfeito no que tange à constituição. Em outras palavras é ato consumado, já aperfeiçoado e que também já produziu todos os seus elementos constitutivos. Quando constituída a sociedade presentes estavam todos os elementos exigidos para perfectibilização do ato, aí incluída a plena capacidade dos contratantes. Ora, estabelecendo o Código Civil um novo tipo de impedimento, restritivo da capacidade de ser sócio, outrora desconhecido na legislação pertinente, parece-nos bastante óbvio que essa nova vedação legal não poderia retroagir para alcançar sociedades já constituídas quando inexistente a proibição, obrigando ao seu desfazimento. Normas restritivas não se expandem, têm de receber interpretação estrita e não podem, muito menos, projetarem-se para o passado. Em suma, a restrição prevista no art. 977 só se aplica às sociedades que venham a ser constituídas após 11 de janeiro de 2003. (apud. FIUZA, 2012, p. 987 e 988).

Tartuce (2015, p. 183 e 184), por sua vez afirma:

Assim, o dispositivo somente se aplica às sociedades constituídas após a entrada em vigor do atual Código Civil. No código anterior não havia essa restrição em relação à capacidade, havendo direito adquirido quanto a não aplicação do comando legal. Portanto, as sociedades anteriores não serão atingidas, pois quanto ao plano da validade deve ser aplicada a norma do momento da constituição do negócio.

Portanto, o entendimento sobre a dúvida foi sendo esculpido e consolidado, sendo motivo de assunto no ano de 2004 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que culminou com o enunciado nº 204 e elucidou definitivamente o tema, assim descrito:

204. Art. 977: 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.

Superada esta interpretação relativa ao artigo 977, a outra dúvida que ainda pairava, seria se cônjuges casados pelos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens poderiam contratar sociedade com terceiros ou o impedimento seria somente se constituíssem sociedade empresarial entre si?

⁵in verbis: “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Assim, Flávio Tartuce (2015) descreve que a aplicação do artigo está no plano da validade e proíbe que cônjuges casados sob os regimes da separação total de bens e comunhão universal de bens constituam sociedade somente entre si.

Nesse contexto, a coordenadora jurídica do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC⁶), proferiu o parecer de nº 50/03 que elucidou o entendimento, destacando que pessoas casadas pelos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens não estavam impedidas de individualmente contratarem sociedade com terceiros, o texto descreve:

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

Esse dispositivo do NCC não se encontra dentre aqueles suscitadores de polêmica, tanto que quase nada foi escrito sobre o assunto por parte da doutrina jurídica. Inobstante, entendemos, por ser no mínimo razoável em face do princípio da autonomia da vontade vigente no direito brasileiro, que a restrição da norma ali inserta, limita tão-somente a constituição de sociedade entre os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória ou desses conjuntamente com terceiros, não indo tão longe ao ponto de proibir que pessoas, bastando serem casadas nesses regimes de bens, estariam impedidas de individualmente contratarem sociedade, ainda que sem qualquer vínculo entre si.

O atual entendimento consolidado sobre o tema, foi aprovado também no ano de 2004 na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com o enunciado nº 205 que diz:

205. Art. 977: 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.

Portanto, os enunciados nº 204 e 205 do Conselho da Justiça Federal na III Jornada de Direito Civil trouxeram definitivamente uma consolidação ao entendimento atual nas dúvidas que pairavam sobre a interpretação do artigo 977 do novo Código Civil, o que trouxe maior segurança jurídica para as sociedades empresárias já constituídas e as novas que iriam surgir.

Por se tratar de tema que envolve direito de família e direito empresarial, busque a partir do capítulo seguinte analisar os regimes de bens admitidos pelo novo código civil, destacando as características gerais e individuais de cada um, tendo por finalidade conceituar e entender o que o legislador buscava ao criar o artigo 977.

⁶ Em 2019 substituído pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI).

3. OS REGIMES DE BENS ADMITIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes de iniciar a explanação sobre as características específicas de cada um dos regimes de bens admitidos pelo Código Civil atual, faz-se necessária uma breve compreensão sobre suas características gerais.

3.1. Os regimes de bens e suas características gerais

No Título II - Do Direito Patrimonial, Subtítulo I - Do Regime de Bens entre Cônjuges, Capítulo I - Disposições Gerais, artigos 1.639 a 1.652 do Código Civil de 2002, estão arroladas as regras gerais relativas aos regimes de bens.

O propósito do matrimônio está na mútua cooperação, assistência moral, material e espiritual, onde sobreleva os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes para seus filhos, sem possuir o conteúdo econômico direto. Porém, é inevitável que desta união de corpo e alma do casal haja reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial, há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Nesse sentido, cumpre que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens (VENOSA, 2019).

Salienta-se que “o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento” (VENOSA, 2019, p. 2.988). Nas palavras de Azevedo (2019, p. 421) “(...) o regime de bens é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância de seu matrimônio.” Nisto, o artigo 1.639 caput prevê que podem os cônjuges programar os efeitos de seus bens, a par dos efeitos pessoais. Então, os nubentes podem estipular o que lhes aprouver quanto ao seu patrimônio, antes de celebrado o casamento (AZEVEDO, 2019).

O regime de bens entre cônjuges, tal como no código civil anterior, começa a vigorar a partir da data do casamento, conforme o §1º do art. 1.639, sendo admitida a alteração do regime na constância do matrimônio conforme prevê o §2º do mesmo artigo. Esta última inserção no Código Civil colocou-o entre os mais modernos Códigos, além de facilitar a vida dos cônjuges que, não rara oportunidade, no decorrer da sua convivência necessitam modificar seu regime patrimonial (AZEVEDO, 2019).

A escolha dos nubentes por um regime de bens tipificado em Lei ou de um regime com regras especiais (será nula caso a convenção prejudique os direitos conjugais ou paternos, ou outra disposição absoluta de lei), ou ainda adotem um regime misto, mostra que o ordenamento civil brasileiro adotou o princípio da

autonomia da vontade, ou liberdade. Entretanto, existem exceções a esse princípio expressamente dispostas em lei, como é o caso da separação obrigatória de bens prevista no artigo 1.641, incisos I a III do novo Código Civil (FIUZA, 2012).

A existência de um regime de bens é necessária e fundamental no matrimônio, não podendo o casamento subsistir sem ele. Mesmo que os cônjuges não convençionem, a Lei supre sua vontade disciplinando o regime patrimonial do casamento e regulando os interesses patrimoniais dos mesmos (VENOSA, 2019).

Os nubentes têm a total liberdade de escolher um dos quatro tipos de regimes de bens eleitos e regulados pelo legislador para o seu casamento, ou, sobre figura atípica, regulamentar um pacto antenupcial. Este pacto consiste em um contrato solene registrado através de escritura pública e, caso assim não o fizer, será nulo conforme dispõe o artigo 1.653 do Código Civil (AZEVEDO, 2019).

Em relação ao artigo 1.640 assim leciona Fiuza (2012, p. 1785):

A forma do estatuto patrimonial é solene — escritura pública, conforme este artigo e o art. 1.653. Na falta de pacto antenupcial, o regime legal é o da comunhão parcial de bens. A nulidade ou ineficácia do pacto antenupcial não invalida o casamento, que, neste caso, vigorará sob o regime legal, da comunhão parcial de bens. Como referido anteriormente, devem ser havidas como inválidas as cláusulas que violem norma legal imperativa ou cogente, em prejuízo de direitos conjugais ou paternos, como p. ex., a renúncia ao direito-dever de fidelidade, a privação de um dos cônjuges quanto ao exercício do poder parental, a venda de imóvel, em regime de comunhão universal ou parcial de bens, sem a outorga conjugal.

Também, leciona Venosa (2019) acerca da desnecessidade de pacto antenupcial na opção pelo regime da comunhão parcial de bens. Caso queiram adotar outro regime de bens, mesmo que a lei faculte a escolha, deverão estipulá-la através do pacto antenupcial por meio de escritura pública.

A inovação no novo Código Civil abrange a inserção do artigo 1.642, também quanto a esfera patrimonial, que regula os direitos e deveres dos cônjuges, isto em qualquer regime de bens, nos atos que cada um poderá praticar de forma individual (AZEVEDO, 2019). O artigo trata mulher e marido de forma igualitária, cumprindo assim o princípio constitucional da absoluta paridade entre os cônjuges (CF, art. 226 §5^o) (FIUZA, 2012).

Assim, o artigo em destaque corrige desigualdades que constavam no Código Civil de 1916, onde a mulher somente poderia contrair obrigações concernentes à

⁷ in verbis: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

indústria ou profissão que exercesse com a autorização do marido ou suprimento do juiz (art. 247, III) e ainda, aquela que constava no art. 242, inciso IV, onde a mulher não podia contrair obrigações que pudessem importar em alheação dos bens do casal (FIUZA, 2012).

Em um primeiro momento, o inciso I do artigo 1.642 regulamenta que podem livremente os cônjuges praticar os atos de disposição e de administração necessários para o desempenho de sua profissão, com as limitações de alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, assim fixadas no inciso I do art. 1.647. A atividade profissional, comercial ou autônoma é dispensada da outorga do outro cônjuge. Destaque ainda para o inciso II do artigo 1.642 onde, também de forma livre, qualquer cônjuge poderá administrar seus próprios bens (AZEVEDO, 2019).

A legitimidade para o cônjuge reivindicar de terceiros imóvel comum – alienado ou gravado pelo outro cônjuge sem o seu consentimento - está disposto no inciso III do artigo 1.642. Importante salientar que os casados sob o regime de separação de bens não necessitam de autorização para oneração ou alienação de seus bens. Neste aspecto, o inciso IV do mesmo artigo trata da mesma situação, referindo-se a atos ou negócios relacionados à aval, doação e fiança, praticados de forma isolada pelo outro cônjuge (VENOSA, 2019).

Azevedo (2019) também narra a situação encontrada no inciso V do artigo 1.642, onde um cônjuge sozinho poderá reivindicar os bens comuns tanto imóveis quanto móveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, ou seja, em situação de adultério. Tal prerrogativa será apreciada caso não seja provado que esses bens foram adquiridos pelo esforço comum dos concubinos. Neste contexto esclarece Venosa (2019, p. 3002):

(...) No entanto, o próprio texto legal excepciona a impossibilidade de reivindicação, se o casal estiver separado há mais de cinco anos e se provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum do casal. Isso porque os bens podem ter sido adquiridos pelo esforço comum dos concubinos ou companheiros. Estando o casal separado de fato, não haverá concubinato no caso, mas união estável. As situações de fato intermediárias são patentes na vida social e merecem um exame cuidadoso. Por essa razão nem sempre deverá ser trazido à argumentação o prazo de cinco anos mencionado na lei, texto que deveria ter sido suprimido na redação final deste Código.

O inciso VI do artigo 1.642 dispõe sobre o princípio geral pelo qual não se ampliam restrições legais, ou seja, se não está expressa a proibição o cônjuge, de forma isolada, possui legitimidade para a prática do ato, arremata Venosa (2019).

O artigo 1.643 do Código Civil, autoriza um dos cônjuges a comprar os bens

necessários à economia doméstica, ainda que seja a crédito, e obter, por empréstimo, as somas que tais aquisições possam exigir, sem a necessidade de autorização do seu companheiro(a). Tais dívidas contraídas obrigam ambos os cônjuges solidariamente (art. 1.644, do Código Civil), por ser interesse comum do casal e de sua família (AZEVEDO, 2019).

O artigo 1.643 busca uma igualdade entre os cônjuges e também acata ao princípio constitucional da plena igualdade entre os cônjuges (CF, art. 226, § 5º), ou seja, o artigo é aplicado tanto aos homens quanto às mulheres (FIUZA, 2012).

O Código Civil no artigo 1.645 destaca que as ações fundadas nos incisos III, IV e V do artigo 1.642 competem ao cônjuge prejudicado e também a seus herdeiros. Conforme destaca Venosa (2019) as situações que concernem ao inciso V, quer seja doação ou transferência de bens comuns ao concubino, devem ser ingentemente provadas no curso do processo. Claramente a Lei está se referindo à união impura, adulterina, que denomina como concubinato, e pelo princípio pelo qual ninguém pode invocar a própria torpeza, o concubino ou concubina que se beneficiou com a alienação não terá direito à indenização.

Em relação ao terceiro prejudicado com a sentença favorável ao autor nos casos dos incisos III e IV do artigo 1.642 do atual Código Civil, assim explica Venosa (2019, p. 3007):

Nos casos dos incisos III e IV desse art. 1.642, o terceiro prejudicado com a sentença favorável ao autor terá direito de regresso contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros. Como se percebe, é essencial que o agente que negocia com pessoa casada se acautele, nos atos descritos, exigindo a outorga conjugal. Se esta está ausente, caberá na ação de regresso examinar se o terceiro agiu de boa-fé.

Entretanto, o artigo 1.647 limita os atos isolados dos cônjuges nas hipóteses de seus incisos I a IV, são eles: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis (inciso I); demandar como demandante ou demandado acerca desses bens ou direitos (inciso II); prestar fiança ou aval (inciso III); ou fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação (inciso IV). Tais atos, exceto no regime de separação absoluta de bens, só podem ser praticados com a autorização do outro cônjuge (AZEVEDO, 2019).

Assim, o artigo 1.647 tem por escopo a segurança econômica da família, pois entende-se que esses atos, ainda que digam respeito a bens de um só dos cônjuges, podem colocar em risco o patrimônio necessário para a subsistência e manutenção do lar, pressupondo-se que os bens imóveis são os que permitem maior estabilidade

econômica para a família (VENOSA, 2019).

Cumpra salientar o artigo 1.648 do atual Código Civil onde, nos casos previstos nos incisos do artigo 1.647, um dos cônjuges não tiver motivo justo e se recuse a conceder a outorga, ou ainda não puder concedê-la por estar em lugar incerto e não sabido, poderá o juiz suprir a outorga analisando as circunstâncias de cada caso. No entanto, se a outorga não for suprida por meio judicial, o ato torna-se anulável, podendo o outro cônjuge pedir sua anulação no prazo de dois anos depois de finda a sociedade matrimonial (art. 1.649 do Código Civil). Na possibilidade de tornar o ato válido, a aprovação deverá ser feita por instrumento público ou particular autenticado, conforme o parágrafo único do artigo 1.649 (AZEVEDO, 2019).

Assim como já estipulado no art. 239 do Código Civil anterior, o artigo 1.650 do atual Código Civil, traz expressamente que a decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem caiba concedê-la, ou por seus herdeiros (FIUZA, 2012). Portanto esta é uma legitimidade restrita. Iniciada a ação pelo cônjuge e este falecendo, podem seus herdeiros darem andamento na ação (VENOSA, 2019).

Ainda em relação aos bens, o artigo 1.651 do Código Civil de 2002 traz a possibilidade de o cônjuge administrar os bens do outro quando este não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, podendo gerir os bens comuns e os do consorte (inciso I), alienar os bens móveis comuns (inciso II) e ainda alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial (inciso III) (RIZZARDO, 2019).

Já o artigo 1.652 do atual Código Civil complementa o artigo precedente regramdo e impondo de forma rigorosa a melhor conduta do cônjuge em relação aos bens do outro que estiver em sua posse, inclusive equiparando-o ao depositário, quando não for administrador ou usufrutuário (VENOSA, 2019). Assim, o cônjuge que estiver na administração dos bens do outro será obrigado a prestar contas se o exigir o outro consorte (RIZZARDO, 2019).

Ainda nas palavras de Azevedo (2019, p. 429):

Destaque-se, ainda, que o cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do outro, será responsável para com este e seus herdeiros, seja como usufrutuário, se o rendimento for comum; seja como procurador, se for mandatário, por mandato expresso ou tácito, para administrar esses bens; seja, ainda, como depositário, não sendo usufrutuário ou administrador (art. 1.652 (sic), I a III).

Concluída assim as características gerais em relação aos regimes de bens, é

imprescindível analisar e compreender cada regime de forma individual.

3.1.1. Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens encontra seu fundamento nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002.

Segundo o artigo 1.658, este regime tem como regra básica a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento, exceto os incomunicáveis (TARTUCE, 2015). Segundo Rizzardo (2019) a distribuição do patrimônio através deste regime está em conformidade com a finalidade e o espírito do próprio casamento, ou seja, os bens adquiridos na constância do matrimônio são considerados comuns por serem resultado ou fruto de mútua colaboração entre os cônjuges.

Também denominado como regime de comunhão dos aquestos, ou adquiridos, é através dele que se conservam aos cônjuges a propriedade exclusiva dos bens que possuíam antes do casamento, bem como os que venham a receber por doação e herança durante a vigência da sociedade conjugal, ou ainda aqueles adquiridos com valores particulares (RIZZARDO, 2019). “Comungam-se os aquestos, ou seja, os bens adquiridos após o matrimônio, a título oneroso.” (AZEVEDO, 2019, p. 429).

É o regime de bens oficial adotado pelo Código Civil de 2002, e assim vigora caso haja ausência de convenção ou pacto antenupcial, conforme disposto no artigo 1.640, *in verbis*: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (RIZZARDO, 2019). Assim, o atual código manteve a disposição do art. 50 da Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, que modificou o art. 258 do Código Civil de 1916, indicando a comunhão parcial como regime legal em substituição ao regime da comunhão universal de bens (FIUZA, 2012).

Desta forma existem três tipos de patrimônio neste regime, o primeiro são os bens comuns do casal, também chamados de aquestos onerosamente adquiridos, o segundo o patrimônio da mulher e o terceiro o patrimônio do homem (AZEVEDO, 2019).

Os bens patrimoniais excluídos deste regime estão enumerados nos artigos 1.659 e 1.661 e são muito mais numerosos se comparados com o regime da comunhão universal de bens (RIZZARDO, 2019). Portanto, assim leciona Azevedo (2019, p. 430):

Excluem-se da comunhão (art. 1.659), portanto: os bens que cada cônjuge

possuir ao casar-se, e os que lhe sobreviessem na constância do casamento, por doação ou sucessão (gratuitamente) e os sub-rogados em seu lugar (um bem que substitui ao outro, quando da alienação (inciso I); os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares (inciso II); as obrigações anteriores ao casamento (inciso III); as obrigações provenientes de atos ilícitos salvo se aproveitarem ao casal (inciso IV); os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão (inciso V); os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inciso VI); e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (inciso VII).

A previsão da exclusão também é estendida no artigo 1.661, ou seja, são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (RIZZARDO, 2019). Seria a hipótese de uma jovem solteira que vende a crédito um imóvel seu, cujo valor é recebido após a celebração do matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens. Nesse exemplo, o valor recebido é incomunicável, pois sua causa é anterior ao casamento (TARTUCE, 2015).

O Código Civil de 2002 ainda destaca os bens que são comunicáveis neste regime através do seu artigo 1.660, nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo:

(...) os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, mesmo que em nome de um só cônjuge (inciso I); os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (inciso II), como é o caso do recebimento em jogo, aposta, prêmios, loteria ou sorteio etc.; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (inciso III); as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias em bens particulares de cada cônjuge (inciso IV), porque essas benfeitorias, inclusive as acessões, presumem-se realizadas com recursos de ambos os cônjuges; e os frutos civis (rendimentos) ou naturais decorrentes de bens comuns ou particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (inciso V). (AZEVEDO, 2019, p. 431 e 432).

Em relação aos bens móveis, o artigo 1.662 consagra a presunção de que foram contraídos na constância da união e, portanto, são bens comunicáveis. Entretanto, em juízo, cabe prova em contrário de quem alega ser o bem exclusivo e incomunicável, portanto esta presunção é relativa (*juris tantum*) (TARTUCE, 2015). A presunção dá segurança às relações com os cônjuges, além de beneficiar terceiros (RIZZARDO, 2019).

Segundo o entendimento de Rizzardo (2019), a melhor prova que pode ser levada para dirimir a dúvida da presunção é a escritura de pacto antenupcial, identificando de forma minuciosa a procedência dos bens antes da constituição do matrimônio.

Compete a qualquer um dos cônjuges a administração do patrimônio comum, respeitando assim a isonomia constitucional garantida e o sistema de colaboração

presente nesse regime de bens (art. 1.663 caput). Na sequência o §1º do mesmo artigo destaca que as dívidas contraídas durante a administração obrigam tanto os bens comuns quanto os bens particulares do cônjuge que administra, e os bens do outro cônjuge na razão do proveito que houver auferido (TARTUCE, 2015).

Ainda referindo-se ao art. 1.663 só que agora o seu §2º, para que possa ter a cessão do uso ou gozo dos bens comuns, a título gratuito, é necessária a anuência de ambos os cônjuges (AZEVEDO, 2019). E ainda:

(...) em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges (§ 3º), para evitar perdas no patrimônio do casal, seja por atuação ilícita do administrador ou por atos de má administração. (AZEVEDO, 2019, p. 433).

Trouxe o novo Código uma novidade em seu artigo 1.664, responsabilizando os bens comuns dos cônjuges para atendimento dos encargos da família, despesas de administração e das decorrentes de imposição legal (AZEVEDO, 2019). Assim, exemplifica (TARTUCE, 2015, p. 918): “(...) os bens da comunhão respondem pelas dívidas domésticas; pelas despesas de alimentação da família; pelas despesas de aluguel e condomínio do apartamento do casal e pelas (sic) contas de consumo mensal.”

Referindo-se ao art. 1.665, Tartuce (2015) leciona que os atos de administração e de disposição dos bens particulares é competência do cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial. Existe uma certa polêmica em relação aos bens imóveis adquiridos antes do matrimônio, se haveria a necessidade ou não da outorga do outro cônjuge. Arremata o assunto destacando que a correta interpretação é que a outorga em tais casos é necessária, devendo ser observada a regra do art. 1.647, I, do Código Civil, sob pena de anulação do ato. Este cuidado deve ser apreciado a fim de proteger eventuais benfeitorias (comunicáveis neste regime) realizadas nos bens particulares.

O art. 1.666 destaca que “As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares em benefício destes, não obrigam o patrimônio comum.”

Por fim, acarreta a extinção do regime de comunhão parcial de bens, a morte de um dos cônjuges e pelo divórcio, pela sentença que anula ou declara a nulidade do casamento e pela separação judicial (RIZZARDO, 2019).

Ocorrendo a morte de um dos cônjuges, entregam-se os bens respectivos aos herdeiros. Pode o cônjuge sobrevivente ser nomeado inventariante, neste caso, tem

direito à inventariança quando deter a administração do espólio em razão do direito à meação nos bens adquiridos na vigência do matrimônio (RIZZARDO, 2019).

Nos casos de separação ou divórcio, partilham-se os bens comuns e os bens particulares continuam sob a propriedade do cônjuge que as detêm. Se declarado nulo o ato da celebração matrimonial, a partilha se restringe aos bens adquiridos durante a vigência do matrimônio (RIZZARDO, 2019).

Analisadas as características deste regime e, levando em consideração que o artigo 977 do novo Código Civil não proibiu a constituição de sociedade empresarial por sócios casados entre si pelo regime da comunhão parcial de bens, passa-se a analisar as características do regime da comunhão universal de bens.

3.1.2. Regime da comunhão universal de bens

Regulado pelos artigos 1.667 a 1.671 do atual Código Civil, este era o regime que predominava no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Lei nº 6.515, de 1977 (Lei do Divórcio) (RIZZARDO, 2019), onde foi instituído como regime oficial a comunhão parcial de bens (AZEVEDO, 2019).

Neste regime existe a comunicação de todas as dívidas e os bens dos cônjuges, tanto presentes quanto futuros, conforme determina o Art. 1.667 (AZEVEDO, 2019). Seria como se fosse uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo assim um patrimônio indivisível e comum, sem especificar, definir, ou ainda localizar a propriedade nos bens (RIZZARDO, 2019).

Entretanto, alguns bens são excluídos da comunhão. 1.668:

O Código atual exclui da comunhão (art. 1.668): os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar (inciso I); os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva (inciso II); as dívidas anteriores ao casamento, a não ser que provenham de despesas com seus aprestos, ou revertam em proveito comum (inciso III); as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (inciso IV); e os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 (inciso V). (AZEVEDO, 2019, p. 436 e 437).

Quando mencionado o inciso IV do art. 1.668, Rizzardo (2019) destaca que se a doação não constituir uma forma de fraude à execução ou fraude contra credores e ainda, tornar-se insolvente o doador, poderá ser considerada ineficaz a doação, caso esta estivesse pendente de processo objetivando o reconhecimento da dívida, ou ainda, poderia ser desconstituída a liberalidade pela ação pauliana.

Em relação ao inciso V do art. 1.668 também são incomunicáveis na comunhão

universal os bens que são excluídos no regime da comunhão parcial, ou seja, os proventos do trabalho pessoal; bens de uso pessoal, profissionais; e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (AZEVEDO, 2019).

Conforme determina o art. 1.669, os frutos são comunicáveis dentro deste regime, mesmo que sejam retirados de bens incomunicáveis, entretanto os mesmos devem vencer ou serem percebidos na constância do casamento (TARTUCE, 2015).

Referente à administração dos bens no regime de comunhão universal de bens, o art. 1.670 determina que sejam aplicadas as mesmas regras já anteriormente vistas para o regime da comunhão parcial de bens, ou seja, os arts. 1.663, 1.665 e 1.666 subsomem-se à comunhão universal de bens (TARTUCE, 2015).

Ainda, “extinta a comunhão, com a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges, relativamente aos credores do outro (art. 1.671 do CC).” (AZEVEDO, 2019, p. 438).

A título conclusivo em relação ao regime da comunhão universal de bens, o art. 977 veda a faculdade dos cônjuges em contratar sociedade entre si ou com terceiros, tal vedação, assim como no regime da separação obrigatória de bens, será analisada de forma mais ampla em momento oportuno.

3.1.3. Regime da separação de bens

É por meio do regime da separação de bens que os cônjuges conservam exclusivamente para si os bens que possuíam antes da consagração do matrimônio, bem como aqueles adquiridos na constância deste (RIZZARDO, 2019), ou seja, cada cônjuge continua titular dos bens adquiridos na vigência do casamento bem como daqueles que possuía antes do enlace, desta forma existem dois patrimônios separados: o do marido e o da mulher (AZEVEDO, 2019).

De forma resumida, assim são as características deste regime:

- a) Propriedade plena e exclusiva pelos cônjuges dos bens existentes antes do casamento, e dos adquiridos na sua constância.
- b) Administração exclusiva dos mesmos pelo respectivo cônjuge proprietário.
- c) Livre disposição pelo cônjuge proprietário quanto aos bens móveis e imóveis, sem a outorga ou o consentimento do outro na alienação ou oneração.
- d) Em princípio, responsabilidade única na satisfação das obrigações pelo cônjuge que as contraiu, a menos se destinadas ao proveito comum.
- e) Os eventuais créditos entre os cônjuges, especialmente os decorrentes de participação nas despesas com obras em bens imóveis particulares, regulados pelo direito obrigacional aplicável a estranhos.
- f) Contribuição mútua entre o marido e a mulher nas despesas da família, na proporção dos respectivos rendimentos. (RIZZARDO, 2019, p. 1148 e

1149).

O regime da separação de bens pode ser dividido em duas espécies: a) a obrigatória e; b) convencional (TARTUCE, 2015).

Segundo Azevedo (2019), haveria uma terceira espécie chamada por ele de relativa, ou parcial, caracterizada pelas partes separadas do patrimônio dos cônjuges no regime da comunhão parcial de bens (conforme já explicado anteriormente), porém por se tratar de uma divisão isolada do autor, será abordada no presente trabalho a divisão feita por Flávio Tartuce.

Destaque para o presente trabalho é a primeira espécie, classificada como separação obrigatória de bens. Nela existem hipóteses expressamente previstas na legislação com a intenção de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou ainda como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância (RIZZARDO, 2019).

No regime legal da separação obrigatória de bens, o art. 1.641 do Código Civil estabelece as hipóteses em que os nubentes não poderão facultar o regime de bens que adotarão para o seu matrimônio, devendo adotar obrigatoriamente o da separação de bens (AZEVEDO, 2019). O regime deverá ser adotado nas seguintes situações:

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 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
 III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Pelo texto da Lei, não se aplica em tais hipóteses a regra do art. 1.640 e não vigorará o regime de comunhão parcial, nem tampouco se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento (RIZZARDO, 2019).

Em relação ao inciso I do art. 1.641, das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, o atual Código Civil descreve no art. 1.523 tais causas:

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.

O inciso II, do art. 1.641 refere-se às pessoas maiores de setenta anos. Ao construir tal inciso o legislador compreendeu de forma presumida que o patrimônio de um ou de ambos os nubentes, nesta fase da vida, já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deveria ser peremptoriamente afastado. A intenção seria de afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que casaria com alguém mais idoso (VENOSA, 2019).

Entretanto, a redação original mencionava a pessoa com idade acima de sessenta anos. A lei nº 12.344, de 2010 elevou essa idade para maior de setenta anos, certamente levando em consideração os novos padrões sociais e de saúde da população (VENOSA, 2019).

Neste sentido, Silvio Rodrigues posiciona-se veementemente contra a disposição, sustentando que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual. Assim ele descreveu, se referindo ao Código Civil de 1916 quando lidava com a idade superior a 60 anos para o homem e de 50 anos para a mulher:

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver. (apud. VENOSA, 2019, pag. 2997)

Assim também, o enunciado de nº 125⁸ da I Jornada de Direito Civil propõe que o dispositivo seja revogado, entendendo também sua inconstitucionalidade. Venosa (2019) lembra ainda que há quem sustente que tal inciso é inconstitucional, por ir na contramão do princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.

CARNEIRO (2008, p. 66) cita de forma indireta Maria Alice Zaratin Lotufo que também se posiciona contra o dispositivo:

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

Nesse sentido, Maria Helena Diniz leciona que pessoas com idade superior aos

⁸ Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: *Redação atual*: “da pessoa maior de sessenta anos”. *Proposta*: Revogar o dispositivo.

setenta anos gozam de plena vivência e maturidade para tomar decisões relacionadas ao seu patrimônio, motivo este que mostra ser totalmente descabida a restrição imposta pelo legislador de casarem-se sob o regime obrigatório da separação de bens (CARNEIRO, 2008).

Tendo como base estes motivos, mesmo assim se mantém até os dias hodiernos o inciso II do art. 1.641 no atual Código Civil.

Já no que pesa o inciso III do art. 1.641, de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, assim explica Rizzardo (2019, p. 1158 e 1159):

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 – art. 1.520. Não se incluem aqueles menores entre dezesseis e dezoito anos, cujos pais ou representantes negam a autorização, e deve intervir o juiz – arts. 1.517, parágrafo único, e 1.631, parágrafo único. Nesta eventualidade, o juiz solucionará o desacordo, fazendo prevalecer o consentimento daquele que autoriza, ou decidindo pela inconsistência da recusa se proveniente de ambos os pais. Autorizando o juiz o casamento, conclui-se que a recusa era injusta. E se aos que se encontram na idade núbil não se impõe o regime de separação obrigatória, naturalmente idêntica solução se estende àqueles que se encontram na mesma idade e que, entretantes, ilegal e injustamente, não obtêm o consentimento dos pais ou responsáveis.”

Há uma questão controversa entre os juristas brasileiros, pois a súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal determina que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, ou seja, busca-se uma certa flexibilização ao sistema de separação obrigatória ordenada por lei, mas não para a separação convencional (RIZZARDO, 2019).

Para Rizzardo (2019) o mencionado enunciado do Supremo Tribunal Federal deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum devem comunicar-se, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, tal entendimento também é o do Supremo Tribunal de Justiça ementado no Recurso Especial nº 9.938 julgado em 09.06.1992.

Assim, também é importante destacar que o EREsp 1.623.858-MG, de 23/05/2018 do STJ deu uma nova interpretação à Súmula 377, ao mencionar: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição”, mencionando assim que deverá haver prova do esforço comum na aquisição do bem.

Vale ressaltar que o regime da separação obrigatória de bens também está arrolado no art. 977 do novo Código Civil, que veda a faculdade dos cônjuges em

contratar sociedade entre si ou com terceiros. Entretanto, no caso da aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, o regime da separação obrigatória de bens transforma-se em regime de participação final dos aquestos, ao qual não há vedação de contratação pelo art. 977. Então, por que haveria tal proibição? Assim, fica mais uma vez evidente o erro do legislador em impor tal vedação no ordenamento jurídico.

No que tange a segunda espécie, o regime da separação poderá ser convencionado entre as partes com origem em pacto antenupcial “(...) não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à união, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges (art. 1.687 do CC)” (TARTUCE, 2015, p. 922). Cada cônjuge poderá alienar ou gravar com ônus real os seus próprios bens, e administrá-los como convém, mesmo sendo imóveis, observando as hipóteses que foram convencionadas entre as partes (TARTUCE, 2015).

Cumprido destacar que:

Mesmo sendo clara a norma, no sentido de que cabe regra em contrário no pacto, conclui-se que a convenção não pode trazer situação de enorme desproporção, no sentido de que o cônjuge em pior condição financeira terá que arcar com todas as despesas da união. Essa patente onerosidade excessiva gera a nulidade absoluta da cláusula constante da convenção antenupcial, pelo que consagra o art. 1.655 do CC. (TARTUCE, 2015, p. 923)

Entretanto, na separação convencional de bens, nada impede que os nubentes, se assim desejarem, estabeleçam a comunhão de certos bens, bem como a forma de administração. Caso o pacto antenupcial não trate nada a respeito, cada cônjuge conserva a administração e fruição de seus próprios bens (VENOSA, 2019).

Concluída as características principais do regime da separação de bens, passa-se a analisar o regime da participação final nos Aquestos.

3.1.4. Regime da participação final nos Aquestos

O novo regime instituído pelo Código Civil vigente não encontrava correspondência no Código Civil de 1916, entretanto, o código anterior regulava o regime dotal de bens, ao qual foi eliminado do ordenamento jurídico devido sua inaplicabilidade (AZEVEDO, 2019).

O regime da participação final nos aquestos trata da participação final de ambos os cônjuges no patrimônio formado durante a constância do matrimônio a título oneroso (Art. 1.672 do Código Civil) (RIZZARDO, 2019). Tem como regra fundamental a separação convencional de bens durante o casamento e, havendo a dissolução da

sociedade conjugal, o patrimônio será dividido quase que como na comunhão parcial de bens, ou seja, cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, com a diferença de que deverá provar o esforço patrimonial para tanto (TARTUCE, 2015).

Assim, cada cônjuge tem exclusiva administração de seus bens individuais, conforme determina o parágrafo único do art. 1.673, entretanto poderá vender os bens móveis, desde que provada sua aquisição antes do casamento, caso contrário presumem-se adquiridos durante o matrimônio (parágrafo único do art. 1.674), os bens imóveis dependerão da autorização do outro cônjuge. O art. 1.656, contudo, traz a livre disposição dos bens imóveis particulares, desde que convencionada no pacto antenupcial (AZEVEDO, 2019).

A divisão dos bens acontece somente após a dissolução da sociedade conjugal, que se dá por separação judicial ou morte, e restritamente àquele patrimônio formado pelos aquestos (adquirido pelo casal a título oneroso durante a vigência do matrimônio), e sem envolver os bens próprios, conforme determina o art. 1.674 (RIZZARDO, 2019), *in verbis*:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:
I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
III - as dívidas relativas a esses bens.

Inclui-se nesses aquestos as doações em valores feitas por um dos cônjuges sem a autorização do outro, podendo até ser reivindicado o bem pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros (art. 1.675), bem como eventuais outras alienações em prejuízo da meação (AZEVEDO, 2019).

Importante distinguir que os bens de participação não se confundem com a meação, pois esta última independe da prova de esforço comum para comunicação, portanto, existe um equívoco do legislador em colocar a expressão meação nos arts. 1.676, 1.678 e 1.682, devendo ser lido como participação (TARTUCE, 2015).

O valor dos bens alienados, em detrimento da participação, deve ser incorporado ao monte partível caso não haja preferência em reivindicá-los o cônjuge lesado ou seus herdeiros (art. 1.676). É notório que o regime é justo, porém de difícil aplicação prática devido a sua complexidade (TARTUCE, 2015).

Em relação às dívidas contraídas por um dos cônjuges posteriormente ao matrimônio, somente este por elas responderá, a não ser que exista prova de que

reverteram em benefício ao outro, quer parcialmente ou totalmente (Art. 1.677) (AZEVEDO, 2019). Assim, Rizzardo (2019, p. 1142) leciona:

Completa o art. 1.678: “Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.” Ou seja, o valor satisfeito será compensado na meação do outro cônjuge, quando da dissolução da sociedade conjugal. A medida pode ser procurada pelos herdeiros do cônjuge falecido que saldou a obrigação.

“Porém, se as dívidas de um dos cônjuges forem superiores à sua meação, elas não obrigam ao outro ou a seus herdeiros (art. 1.686 do CC)” (AZEVEDO, 2019, p. 440).

Em regra, vale a divisão igualitária, o que comporta prova em contrário caso houver uma colaboração superior à metade do valor do bem, assim disciplina o artigo 1.679, *in verbis*: “No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.” (TARTUCE, 2015).

Em relação aos bens imóveis, são de propriedade da pessoa em cujo nome se encontrar a escritura (Art. 1.681). O parágrafo único do mesmo artigo, disciplina que impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens. Nisto vê-se a inversão do ônus da prova, pois normalmente cabe a quem alega o fato constitutivo de seu direito, conforme o art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015. Neste caso, a presunção é da aquisição conjunta, se efetuada na constância do casamento (RIZZARDO, 2019).

Ao citar os bens móveis no art. 1.680, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro (AZEVEDO, 2019).

A meação (ou melhor, a participação) é irrenunciável, não podendo ser cedido ou penhorado na vigência do regime matrimonial (art. 1.682) (AZEVEDO, 2019).

Por fim, nas palavras de Flávio Tartuce:

Em havendo dissolução do casamento, será verificado o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência, o que objetiva evitar fraudes por aquele que detêm a titularidade ou a posse do bem partível (art. 1.683 do CC). Não sendo possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Por fim, não sendo possível realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem para o pagamento das respectivas quotas (art. 1.684 do CC). As mesmas premissas servem se o casamento for dissolvido por morte, com a ressalva de que a herança deve ser deferida na forma estabelecida no capítulo que regulamenta o Direito Sucessório (art. 1.685 do CC) (TARTUCE, 2015, p. 922).

Nota-se que pela complexidade do regime, ele é pouco utilizado pelos brasileiros, sendo mais utilizado os regimes tradicionais (comunhão universal de bens e comunhão parcial de bens), entretanto, caso os nubentes queiram adotar o regime da participação final nos aquestos, não será vedada a constituição de sociedade empresarial entre si ou com terceiros.

4. A CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL ENTRE CÔNJUGES

É notório, através das explanações até aqui realizadas, a incongruência do artigo 977 da Lei 10.406 de 2002 para o ordenamento jurídico brasileiro. Historicamente pôde ser percebido que a maioria dos operadores do direito almejavam proteger o cumprimento do direito da mulher casada em fazer contrato de sociedade empresarial com seu marido. Entretanto, havia uma minoria retrógrada que pensava não ser válida a constituição desta sociedade, tal minoria teve seu entendimento consolidado na Lei de 2002.

Antes de iniciar de forma mais aprofundada os argumentos quanto à incongruência do referido texto do novo Código Civil, necessário se faz o entendimento em relação a sociedade empresária e sua personalidade jurídica.

4.1. A sociedade empresária e sua personalidade jurídica

“A pessoa jurídica não se confunde com as pessoas que a compõem” (COELHO, 2016, p. 68). De suma importância para o regime das pessoas jurídicas, o conceito ora reproduzido é aplicado também à sociedade empresária. Ela possui personalidade jurídica distinta da de seus sócios, desse modo é impossível confundir os sócios (pessoas naturais ou jurídicas) com a sociedade empresária (pessoa jurídica) (COELHO, 2016).

Muitas são as teorias que procuram justificar a pessoa jurídica. A primeira delas é a teoria ficcionista, delineando a pessoa jurídica como fruto artificial da criação humana e instrumentalizada por meio de lei, ela não é considerada elemento do mundo real em razão da sua intangibilidade (CARNEIRO, 2008).

A segunda teoria é denominada de teoria da realidade técnica, que consiste na junção da teoria da ficção, já mencionada, com a teoria da realidade orgânica ou objetiva, onde aponta que, apesar da pessoa jurídica ser uma criação legal deve ser levado em consideração possuir uma identidade organizacional própria que deve ser preservada. A teoria da realidade técnica foi a adotada pelo Código Civil de 2002 (TARTUCE, 2015).

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecerem. Logo, essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica. (apud. TARTUCE, 2015, p. 123)

Dessa forma, assim como a pessoa jurídica, a sociedade empresária é sujeito

de direito personalizado e poderá praticar negócios jurídicos ou atos jurídicos em relação ao qual não exista proibição expressa (COELHO, 2016). Nesse sentido, o art. 52⁹ do Código Civil protege os direitos das pessoas jurídicas equiparando com a proteção dos direitos da personalidade tais como o direito das coisas, direitos obrigacionais gerais, direitos industriais quanto às marcas e aos nomes e até mesmo direitos sucessórios (TARTUCE, 2015).

Esta personalização das sociedades empresárias gera três consequências:

a) Titularidade negocial - que permite à sociedade empresária realizar negócios jurídicos, por exemplo, comprar matéria prima. Embora a sociedade pratique estes negócios por intermédio de seu representante legal, é ela, pessoa jurídica de direito e sujeito autônomo, que assume um dos polos da relação negocial, o sócio que a representou no negócio não tem relação com o mesmo, mas sim a sociedade (COELHO, 2016).

b) Titularidade processual - tem plena capacidade de ser parte processual, podendo demandar e ser demandada em juízo. Uma ação referente a negócio da sociedade não deve ser endereçada aos sócios ou seu representante legal, mas sim contra a pessoa jurídica, pois é ela sujeito de direito autônomo que responde processualmente (COELHO, 2016).

c) Responsabilidade patrimonial - a sociedade empresária possui patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Ela responderá pelas suas obrigações ora assumidas e somente em situações muito excepcionais os sócios serão responsabilizados pelas obrigações da sociedade (COELHO, 2016).

Tais direitos reconhecidos por equiparação da personalidade da pessoa jurídica são vistos na Súmula 227 do STJ, que possibilita a pessoa jurídica em sofrer dano moral por atingir a sua honra objetiva (reputação social), entretanto, não é atingida sua honra subjetiva, pelo fato de não ter autoestima (TARTUCE, 2015).

Embora a identidade da pessoa jurídica esteja no fato dela existir distinta dos seus membros, a regra poderá ser afastada nos casos de desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica, conforme estipula o art. 50 do Código Civil, que trata da desconsideração da personalidade jurídica (TARTUCE, 2015), assunto este que será abordado mais adiante.

⁹ *In verbis*: Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Por fim, o que fica latente em relação a sociedade empresária e sua personalidade jurídica é que os bens dos sócios não se confundem com os bens da pessoa jurídica, e este simples fato mostra o equívoco do legislador em proibir a constituição de sociedade empresarial entre cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens sob o argumento de haver fraude presumida ou ficção.

4.2. A incongruência do artigo 977 e a violação dos princípios

Destarte tudo o que até aqui foi exposto, necessária é a análise dos princípios violados aos quais demonstram a incongruência do artigo 977 no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.1. Princípio da liberdade de associação

Antes de adentrar ao tema dos princípios de liberdades de conteúdo econômico e social (livre iniciativa, liberdade de associação e liberdade de trabalho) (SILVA, 2005), necessária se faz uma breve explanação sobre a liberdade garantida pela Constituição Federal de 1988.

Silva (2005) denomina de *liberdade-matriz* ou *liberdade-base* e a caracteriza como a liberdade de ação em geral e a liberdade geral de atuar, ela decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição, *in verbis*: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. Para ele, o princípio da liberdade é entendido como todos tendo a liberdade de não fazer ou fazer aquilo que bem entender, salvo quando a lei determinar o contrário.

Assim, as liberdades de conteúdo econômico e social são espécies desta *liberdade-matriz* garantida pela Constituição. E o primeiro princípio a ser analisado será o da liberdade de associação assim insculpido no artigo 5º incisos XVII a XX da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

(...)

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;

(...)

Em sua essência, a liberdade de associação consiste que ninguém poderá ser obrigado a associar-se, ou a abandonar alguma associação, ou ainda permanecer associado, contra a sua vontade, ela também garante a autonomia de organização e funcionamento das associações (TAVARES, 2012).

Nesse sentido, o princípio garante a livre e voluntária instituição de associações que tenham uma finalidade lícita, incluindo as sociedades empresárias. É uma liberdade atribuída individualmente a cada cidadão que somente poderá ser exercida coletivamente, pois é essência da associação a existência de duas ou mais pessoas para a constituir (TAVARES, 2012). Assim leciona José Afonso da Silva:

Seus elementos são: base contratual, permanência (ao contrário da reunião), fim lícito (fim não contrário ao direito). (...) Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (...) e as sociedades (coligação de fim lucrativo) (SILVA, 2005, p. 267).

Cumprido destacar que existem duas garantias coletivas em favor da liberdade de associar-se: a) as associações só poderão ter suas atividades suspensas ou compulsoriamente dissolvidas por decisão judicial, exigindo-se o trânsito em julgado para o segundo caso; e b) é vedada a interferência estatal no funcionamento das associações (SILVA, 2005). “A interferência, seja do Executivo, seja do Legislativo, direta ou indiretamente, por meio de ato normativo, no funcionamento das associações, será inconstitucional.” (TAVARES, 2012, p. 647).

Entretanto, a liberdade de associação não é absoluta, pois o próprio texto constitucional excepciona as associações que se destinam a treinar membros para atividades bélicas, ou seja, que tenham caráter paramilitar (TAVARES, 2012). Ela também é afastada nos casos das associações serem criadas com fins ilícitos.

Embora as sociedades empresárias possuam as características de associação no que tange a base contratual e o seu fim lícito, o imperativo do artigo 977 do código civil acaba por coibir esta liberdade de associação entre cônjuges casados pelos regimes de comunhão universal e separação obrigatória de bens. Ou seja, mesmo que suas intenções não forem ilícitas e nem tenham o caráter paramilitar, o simples fato de quererem constituir sociedade entre si ou com terceiros para fins econômicos são coibidas pelo Estado através de lei infraconstitucional, o que torna incongruente ter este artigo no ordenamento jurídico.

4.2.2. Princípio da livre iniciativa

Outro princípio que faz parte da liberdade de conteúdo econômico e social é o

princípio da livre iniciativa. Ele é um dos fundamentos para a constituição do estado democrático de direito e está localizado no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e seu texto assim diz: “IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”, também é mencionado no artigo 170 e o seu parágrafo único da carta magna (TAVARES, 2012):

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:

(...)

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.

É o princípio básico do liberalismo econômico e envolve a liberdade de comércio e indústria (também conhecido como liberdade de empresa), bem como garante a liberdade de contrato (SILVA, 2005).

Seu surgimento foi resultado da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que recaiam por herança, seja dos princípios mercantilistas ou do período feudal. Até a primeira Guerra Mundial, a liberdade de iniciativa econômica tinha como significado a garantia dos proprietários em possibilitar a troca ou o uso de seus bens, ou seja, a garantia de caráter absoluto da propriedade e a garantia de autonomia jurídica. Por este motivo era garantido aos sujeitos de direito a possibilidade de regular suas relações da forma como mais achassem convenientes, assim garantindo a liberdade de desenvolver livremente a atividade escolhida (SILVA, 2005).

Haja vista que houve uma evolução das relações de produção, assim também surgiu a necessidade de proporcionar melhores condições de trabalho e de vida para os trabalhadores. Somando isto ao mau uso dessa liberdade econômica e a falácia do Estado liberal quando citava a “harmonia natural dos interesses”, tais condições fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada em busca de justiça social (SILVA, 2005). Assim, o princípio da livre iniciativa deve ser condicionado à busca da realização da justiça social.

Portanto, ao debruçar-se sobre o artigo 1º da Constituição Federal, Eros Grau assim elucida que “este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa” (apud. MANGRICH, 2008, pag. 32).

Assim, o princípio em destaque é importante para a ordem econômica brasileira, pois estabelece que qualquer cidadão tem a liberdade de participar do

mercado de forma livre e independente da intervenção do Estado, tendo total liberdade para estabelecer contratos e ainda, a liberdade para exercer uma atividade econômica, quer ela seja uma indústria, comércio ou prestação de serviço.

Uma vez que a livre iniciativa está fundamentada na realização da justiça social e remete a valorização do trabalho humano, o fato dos cônjuges constituírem sociedade, isto em qualquer regime, não impede a realização da justiça social e nem tampouco ofende o valor social da livre iniciativa que envolve a valorização do trabalho humano (MANGRICH, 2008).

Nesse sentido, o artigo 977 do código civil novamente revela-se incongruente com a carta magna, pois a vedação de sócios casados pelos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens em contratar sociedade entre si ou com terceiros fere o princípio da livre iniciativa, uma vez que restringe a liberdade de contrato entre os cônjuges impedindo-os de, conjuntamente, exercer uma atividade econômica.

4.2.3. Princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão

Importante também destacar a violação do artigo 977 em relação ao princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão, princípio este insculpido no artigo 5º inciso XIII da Constituição Federal ao qual diz: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”, neste sentido José Afonso da Silva (2005, p. 257) leciona:

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. Confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido, no sentido apenas de que o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro.

Nesse sentido, o princípio em destaque confere também plena liberdade para os cônjuges escolherem o trabalho, ofício e profissão que desejarem, e isto inclui a possibilidade de contratarem sociedade empresarial entre si ou entre si com terceiros. Ao impedir que sócios casados nos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens não possam exercer juntos a sociedade empresarial, o art. 977 limita a liberdade dos cônjuges em exercer a profissão de empresário, violando assim o princípio constitucional de trabalho, ofício e profissão.

4.2.4. Princípio da isonomia

Em relação ao princípio da isonomia, conceitua CHIESA (2019):

A isonomia como regra é alçada a categoria de princípio que tem como força impositiva afastar a possibilidade de se criar leis instituindo privilégios em favor de alguns em detrimento de outros. É condição essencial numa República a igualdade de tratamento (...)

Ele está claramente expresso na Constituição Federal de 1988 no caput do art. 5º onde *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*.

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

Nesse contexto, a criação do artigo 977 fere o princípio da isonomia quando estabelece que a partir de janeiro de 2003, estariam vedadas as relações societárias entre sócios casados pelos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens, enquanto que, as sociedades que foram constituídas até dezembro de 2002 não estariam sob a égide do artigo, sendo consideradas válidas e podendo continuar a exercer suas atividades (OLIVEIRA, 2009). Tal entendimento tornou-se ainda mais tangível quando o enunciado nº 204 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi publicado.

Oliveira (2009) ainda esclarece que quando o legislador faz menção ao art. 977 em *“contratar”* mostra claramente sua vontade em não mais existir sociedade entre cônjuges casados naqueles regimes. Portanto, deixar as sociedades já constituídas intocáveis é tratar de forma desigual situações iguais, ferindo o princípio da isonomia, princípio este posto como pilar de sustentação do sistema jurídico constitucional.

Outro motivo para demonstrar que o artigo 977 fere o princípio da isonomia, é a clara distinção que faz em relação aos regimes de casamentos que são vedados na sociedade empresarial, enquanto cônjuges casados por outros regimes não sofreram tal vedação os que são casados pelos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens não podem contratar sociedade entre si ou entre si com terceiros, tal incongruência faz com que a democracia seja abalada, visto que a isonomia faz parte de seu fundamento.

4.2.5. Princípio da intangibilidade do capital social

Por fim, o princípio da intangibilidade do capital social assim é conceituado pelo Professor Pupo Correia:

o capital social, diz-se, que é intangível, querendo com isso significar-se que os sócios «não podem tocar» no capital social, ou seja, aos sócios não poderão ser atribuídos nem bens, nem valores que sejam necessários à cobertura do capital social. (apud. Tavares, 2010, p. 9)

Significa dizer que o patrimônio líquido da sociedade não pode descer abaixo da cifra do capital social, garantindo assim que só poderão ser distribuídos aos seus sócios valores que representam lucros (TAVARES, 2010). Isto “não significa que a sociedade esteja obrigada a garantir uma posição patrimonial que assegure um fundo que cubra a cifra do capital social, na medida em que o princípio não protege contra a existência de perdas” (TAVARES, 2010, p. 9).

Também, o patrimônio da sociedade cujo o capital social também o integra, não se confunde com o patrimônio individual dos sócios, e isto independe do regime de bens adotado no matrimônio. Este princípio confere idoneidade à sociedade que existe entre os cônjuges, pois lhes garante a legitimidade para usufruir da limitação de responsabilidade (CARNEIRO, 2008).

Importante salientar que, uma vez que o aporte de capital é feito pelo sócio, seus credores pessoais não o podem mais o requerer, pois agora este patrimônio faz parte da esfera patrimonial da sociedade empresária e somente os credores desta poderão requerer, em casos específicos e se assim for necessário (CARNEIRO, 2008).

Em suma, o patrimônio utilizado por qualquer um dos sócios (homem ou mulher) para adquirir participação em sociedade é tão somente revertido em quotas, as quais representam verdadeira dívida da sociedade para com seus sócios, no exato montante dos bens aportados. Salientando ainda que, permanece completamente isolada da esfera patrimonial da sociedade em relação à massa de bens de cada um de seus sócios (CARNEIRO, 2008).

Este princípio auxilia no entendimento que, caso a lei não tivesse vedado a sociedade constituída por sócios casados pelo regime da separação obrigatória de bens ou da comunhão universal de bens, eles poderiam levantar o aporte financeiro necessário para a constituição da sociedade através do capital social como em qualquer outro regime de casamento (CARNEIRO, 2008).

Dessa forma, o aporte feito através de bens ou pecúnia estaria sendo utilizado de forma exclusiva para a sociedade empresarial e se converteriam em quotas de capital que se resumiriam na verdadeira dívida que a empresa possui com seus sócios no momento em que o capital é aportado, e cuja propriedade destas quotas é exclusiva

do sócio que a detém (CARNEIRO, 2008). Portanto, não haveria a confusão patrimonial decorrente dos bens aportados na sociedade empresarial como uma ficção ou fraude.

Assim, o princípio da intangibilidade do capital social protege o capital social da empresa e o distingue totalmente do patrimônio dos sócios e do casal, havendo assim mais um motivo para considerar o art. 977 dispensável para o ordenamento jurídico brasileiro.

4.3. Haveria fraude ou ficção?

Tendo como objetivo entender e analisar a vedação dada pelo legislador ao inserir o art. 977 no atual Código Civil, o próprio relator da lei, Deputado Ricardo Fiúza, assim esclarece os motivos que levaram a sua inserção no ordenamento:

No primeiro caso, o da comunhão total, a sociedade seria um 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, 2012, p. 986).

Ou seja, segundo o legislador, na comunhão universal de bens haveria uma ficção, visto que as quotas de cada cônjuge não estariam separadas do patrimônio da sociedade conjugal, nem tão pouco os bens nela aportados, sobrevivendo assim um risco de prejuízo aos credores (CARNEIRO, 2008). Entretanto, conforme visto anteriormente no princípio da intangibilidade do capital social e na personalidade própria que possui a pessoa jurídica, tal ficção não poderia existir visto que não haveria esta confusão patrimonial entre sociedade empresária e seus sócios, afastando assim a ficção atribuída pelo legislador.

Em relação a separação obrigatória de bens, a alegação seria que a sociedade empresária seria uma forma de burlar a proteção legislativa prevista no art. 1.641, inciso II, do Código Civil, conferida às pessoas com mais de setenta anos de idade, inclusive para fins de sucessão (CARNEIRO, 2008), ou seja, haveria uma fraude.

A fraude é assim conceituada como “processo astucioso e ardiloso tendente a burlar a lei ou convenção preexistente ou futura.” (VENOSA, 2019, p. 441)

Portanto, o legislador atribuiu uma fraude presumida ao vedar a constituição de sociedade entre cônjuges casados pela separação obrigatória de bens, tendo a

intenção de impedir a união de bens que deveriam permanecer separados. De forma presumida, ele supôs que os cônjuges não agiriam com probidade e constituiriam a sociedade com o fim de ludibriar a lei (OLIVEIRA, 2009). Em relação a presunção de fraude, assim leciona Pablo Stolze Gagliano:

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). (apud. MANGRICH, 2008, pag. 68)

Nesse sentido, importante são as palavras de VENOSA (2019, p. 1916):

No direito não se pode raciocinar sob fraudes, porque não se chega a local algum. A limitação imposta pelo legislador no tocante à sociedade formada exclusivamente entre marido e mulher casados no regime de comunhão universal de bens representa um retrocesso ao incentivo à exploração da atividade econômica como fonte de renda familiar. (...) A limitação imposta à constituição de sociedade exclusivamente entre marido e mulher casados sob o regime de comunhão universal de bens é uma prova de que o legislador entende que esse tipo de constituição societária enseja confusão patrimonial e, portanto, uma forma de fraudar os credores. Esse entendimento é deslocado e equivocado, uma vez que a confusão patrimonial não pode ser presumida.

Vê-se, portanto, como insustentável juridicamente a tese da fraude presumida, podendo existir em qualquer sociedade empresária, de modo que sua análise deve ser feita em cada caso concreto. Caso a fraude reste comprovada concretamente pode ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para afastar o escudo de proteção que reveste a pessoa jurídica e alcançar o patrimônio particular dos cônjuges sócios (OLIVEIRA, 2009).

Ainda em relação a justificativa do Deputado Ricardo Fiúza sobre as limitações impostas para os consortes casados sob o regime da separação obrigatória de bens, conforme ficou explanado no subtópico 2.1.3. da presente monografia, onde, o comando proibitivo seria inconstitucional na medida em que restringe indivíduos com idade superior a setenta anos quanto a escolha do regime de bens sob a égide do qual pretendem se casar, violando assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º¹⁰, inciso III, da Constituição Federal de 1988

¹⁰ *in verbis*: 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:

(CARNEIRO, 2008).

Portanto, levando em consideração a colocação do Deputado Ricardo Fiúza e, por ser considerado inconstitucional o inciso II, do art. 1.641 do código civil de 2002, este deveria ser revogado da lei, deixando assim de existir o motivo que impede os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens de contratar sociedade empresária entre si.

Por fim, em resposta à pergunta realizada no presente subtópico se haveria fraude ou ficção? A resposta seria: a fraude não poderia ser colocada de forma presumida pelo legislador, haja vista que poderá ocorrer em qualquer sociedade empresária e deverá ser provada em cada caso concreto, sendo constatada a mesma, poder-se-ia aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e assim atingir o patrimônio particular de cada sócio individualmente. Em relação a ficção, é afastada pelo princípio da intangibilidade do capital social e na própria personalidade autônoma que possui a pessoa jurídica, onde, de forma resumida, os bens da pessoa jurídica não se confundem com os bens individuais dos sócios, não prejudicando assim os credores envolvidos.

Assim, reiterando, o art. 977 deveria ser extirpado do ordenamento jurídico, pois estaria prejudicando os cônjuges que desejarem contrair sociedade empresária entre si, ou entre si com terceiros por uma mera formalidade retrógrada e incongruente do legislador.

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

5. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conforme já explanado anteriormente, a pessoa jurídica possui personalidade própria e independente de seus sócios, possuindo autonomia de direitos e obrigações. Entretanto, com frequência a entidade criada desvia sua finalidade para atingir fins escusos e fraudulentos com a intenção de prejudicar terceiros (VENOSA, 2019), surge então a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Rubens Requião foi um dos que introduziram o tema entre os brasileiros e assim descreve:

todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo da fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais". Surge, então, o que o direito anglo-saxão denomina *disregard of legal entity*, conhecida entre nós como desconsideração da pessoa jurídica, teoria da desestimação da pessoa jurídica, ou então despersonalização da pessoa jurídica. (apud. VENOSA, 2019, p. 258 e 259).

Assim, levando em consideração que o patrimônio das pessoas naturais que compõem a sociedade empresária não se confunde com o patrimônio da personalidade jurídica, torna-se facilitada a constituição de pessoa jurídica para lesar terceiros, mediante abuso de direito e caracterizada por desvio de finalidade, pois, no caso de dívida da sociedade empresária, os bens particulares dos sócios não poderão ser executados antes dos bens patrimoniais da sociedade (FIUZA, 2012).

O direito civil brasileiro não dispunha nada específico em relação ao tema, entretanto, dispunha no §2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (antes da redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) o seguinte:

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Assim, trata-se da aplicação do princípio da desconsideração em prol de maior proteção ao trabalhador, onde é desconsiderada uma empresa para considerar outra responsável pelas obrigações trabalhistas (VENOSA, 2019).

Em relação ao entendimento dos tribunais, destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme lavrou o Desembargador Cercato Padilha, proferida em 23 de maio de 2002, em face de Apelação Civil nº 1999.021299-8, cuja ementa traz excelente fundamentação em seguida transcrita, separando o patrimônio da sociedade e dos sócios que a compõem para admitir a contratação de sociedade

entre marido e mulher e, caso comprovada a fraude, aplicaria a desconsideração da personalidade jurídica (CARNEIRO, 2008):

Direito comercial - embargos de terceiro - sociedade por cotas de responsabilidade limitada - constituição por marido e mulher - possibilidade - teoria da desconsideração da personalidade jurídica - inadmissibilidade - ausência de fraude ou abuso de direito - penhora de bem da sociedade por dívida de sócio - declaração de nulidade da constrição - sentença confirmada - recurso desprovido. É possível a constituição de sociedade comercial exclusivamente por marido e mulher, não se podendo falar, a priori, em desconsideração da personalidade jurídica, salvo quando comprovado que esta tenha sido utilizada pelos sócios como instrumento para atingir o injusto, por meio de fraude ou abuso de direito. Por isso, é nula a penhora de bem integrante do patrimônio de sociedade comercial quando realizada nos autos de ação de execução ajuizada em face de um dos seus sócios, tendente à cobrança de dívida contraída somente por este, dada a regra insculpida no art. 20 do Código Civil, que reconhece a existência distinta das pessoas jurídicas e dos seus membros. (apud. CARNEIRO, 2008, p. 92).

Não obstante, o Código de Processo Civil de 2015 nos seus artigos 133 a 137 disciplina o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sendo cabível ao Ministério Público (fiscal da lei e parte no interesse e tutela de seus direitos) a instauração do pedido em todas as fases do processo, inclusive na execução (VENOSA, 2019).

Posteriormente, o art. 50 do atual Código Civil, com redação dada pela Lei nº 13.874 de 2019 melhorou consideravelmente o tema e trouxe de forma expressa a desconsideração da personalidade jurídica. Nas palavras do legislador:

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

Assim, se a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidades para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, não levando em consideração sua existência e, se o julgador examinar as provas do caso concreto e entender que houve fraude, deve decidir como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural. Desconsiderar a personalidade jurídica não quer dizer considerá-la nula ou destruir a pessoa jurídica, é apenas não levar ela em consideração (VENOSA, 2019).

Venosa (2019) explica que nessas hipóteses a pessoa natural procura na realidade técnica da pessoa jurídica um escudo legítimo para burlar a legislação ou prejudicar terceiros, entretanto o ato é fraudulento e ilegítimo.

No mesmo sentido, Ricardo Fiúza (2012, p. 125 e 126) esclarece:

Por isso o Código Civil pretende que, quando a pessoa jurídica se desviar dos fins determinantes de sua constituição, ou quando houver confusão

patrimonial, em razão de abuso da personalidade jurídica, o órgão julgante, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valerem como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Ainda, o enunciado nº 7, da I Jornada de Direito Civil elucida o tema, quando descreve: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.”

Nesse contexto, também menciona (COELHO, 2016, p. 93): “se o sócio fraudar credores manipulando a separação patrimonial, poderá ser responsabilizado ilimitadamente por obrigação da sociedade, em decorrência da teoria da desconsideração da pessoa jurídica (CC, art. 50).”

Isto significa que a desconsideração da personalidade jurídica deverá ser aplicada apenas para atos irregulares de seus sócios ou administradores, não incluindo práticas adotadas por terceiros.

Entretanto, embora a simples desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto seja o suficiente para restabelecer o equilíbrio jurídico, haja vista que sua utilização é gradativa (quanto mais ampla for a utilização abusiva da pessoa jurídica, tanto mais extensa será a desconsideração), em outras hipóteses, é necessária uma abordagem mais abrangente, como a própria decretação de extinção da pessoa jurídica (VENOSA, 2019).

Também cumpre elucidar o enunciado nº 283 da IV Jornada de Direito Civil, onde descreve: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.” (FIUZA, 2012).

Esta desconsideração inversa da pessoa jurídica geralmente ocorre quando o devedor esvazia seu patrimônio, transferindo-o a pessoas jurídicas. Esta transferência fraudulenta (fraude social) de bens permite que o juiz alcance os bens transferidos de forma irregular para a pessoa jurídica, buscando o patrimônio da pessoa jurídica por má conduta negocial do sócio. A aplicação do instituto deve ocorrer quando houver abuso de direito, fraude, simulação ou abuso da qualidade de sócio e, somente o caso concreto definirá o vício (VENOSA, 2019).

Por fim, tendo sido explanado as principais características intrínsecas a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, passa-se agora para uma análise mais detalhada em relação ao art. 977 do atual Código Civil.

5.1. O contraponto com o artigo 977 do Código Civil

Surge, então, como contraponto ao artigo 977 do Código Civil a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também expressa pelo artigo 50 do mesmo Diploma legal.

No que se refere a justificativa usada pelo Deputado Ricardo Fiúza alegando haver fraude presumida nas sociedades empresárias constituídas por cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, foi verificada que a fraude não poderá ser presumida, tendo em vista depender de avaliação por parte do julgador em cada caso concreto e, sendo demonstrada, poderá ensejar aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica à espécie.

Em relação à ficção, atribuídas às sociedades constituídas por cônjuges casados nos regimes de comunhão universal de bens, o legislador se equivocou ao afirmar que haveria uma confusão patrimonial, pois, segundo o princípio da intangibilidade do capital social e a personalidade autônoma que possui a pessoa jurídica, tal ficção não poderá existir visto que os bens dos sócios não se confundem com o da pessoa jurídica por serem distintos um do outro. Assim, mesmo que houvesse uma conduta de má fé por parte dos cônjuges casados sob este regime, nada impediria o julgador em aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para afastar a sociedade e cobrar o que é devido de seus sócios.

Assim, torna-se descabida a proibição legal de constituição de sociedade entre cônjuges pelo art. 977, haja vista que a fraude poderá ser encontrada em qualquer sociedade empresária e não somente naquelas constituída por cônjuges casados nos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens.

Reitera-se, em tempo, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada de forma excepcional quando provada concretamente a fraude na sociedade empresária, afastando, então, o escudo protetor da pessoa jurídica para atingir o patrimônio individual dos sócios.

Assim, é importante destacar o enunciado de nº 146 da III Jornada de Direito Civil: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade

social ou confusão patrimonial).”

Portanto, mesmo que sócios casados em qualquer regime, inclusive naqueles vedados pelo artigo 977, estivessem utilizando da pessoa jurídica com intuito de fraude ou para algum fim ilícito, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica poderia trazer solução ao caso concreto e desfazer a ilicitude.

Por fim, pelos motivos expostos até aqui, não faz sentido o artigo 977 ainda permanecer no atual Código Civil, por ser retrógrado e incongruente com o ordenamento jurídico brasileiro, e ainda, por ferir diversos princípios fundamentais para a democracia. O mesmo deveria ser editado ou extirpado do código civil e, caso isso ocorra, auxiliaria na busca em deixar o Código Civil mais contemporâneo e condizente com a sociedade atual.

5.2. O atual entendimento dos tribunais

Analisada a parte teórica sobre a incongruência do art. 977 do Novo Código Civil, necessária a verificação de como os tribunais têm julgado situações relativas ao assunto. Na intenção de ilustrar o tema, serão abordados quatro julgados limitados aos anos de 2019 e 2020.

Nesse sentido os tribunais têm sido respeitosos em relação ao artigo em análise no que tange às interpretações dos enunciados nº 204 e 205 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Um exemplo, é o caso da decisão proferida em 30 de setembro de 2019 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao agravo interno no recurso especial de nº 0040156-42.2010.8.06.0000 CE 2018/0009984-8 cuja a ementa assim é descrita:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. CASAMENTO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE COM TERCEIROS POR UM DOS CÔNJUGES. ART. 977 DO CC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A interpretação do art. 977 do Código Civil permite concluir pela inexistência de impedimento legal para que alguém casado sob o regime de comunhão universal ou de separação obrigatória participe, sozinho, de sociedade com terceiro, sendo a restrição apenas de participação dos cônjuges casados sob tais regimes numa mesma sociedade. Precedentes.

2. Agravo interno desprovido.

(STJ - REsp: 1721600 CE 2018/0009984-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 14/02/2019)

Nota-se que o referido agravo tinha a intenção de anular sociedade empresária constituída com terceiros sendo um dos sócios casado pelo regime de comunhão

universal de bens. O STJ negou provimento ao recurso estando coeso com o enunciado nº 205, pois a interpretação do art. 977 é de que a sociedade empresária não pode ser constituída por cônjuges casados entre si nos regimes de separação obrigatória de bens e comunhão universal de bens e não impede a constituição de sociedade de um cônjuge com terceiros.

Outra decisão que cabe destaque é a do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no agravo de Instrumento julgado em 30 de maio de 2019 pelo relator Des. Alexandre Bastos, onde descreve, de forma muito convincente que, mesmo a sociedade sendo constituída por cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens, deverá ser feita a separação patrimonial, pois não existe, de fato, a confusão entre os patrimônios:

E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO - BLOQUEIO DE VALORES OBTIDOS COM A VENDA DE IMÓVEL PERTENCENTE A EMPRESA – SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES – COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS – INSTITUTOS DIVERSOS – IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO PATRIMONIAL - BENS DA SOCIEDADE NÃO PODEM INTEGRAR O MONTANTE PARTILHÁVEL – DIREITO DE LIQUIDAR AS QUOTAS PERTENCENTES A INVENTARIADA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A sociedade possui personalidade jurídica própria. Com isso, no caso de morte de sócio, deve ser liquidada sua quota (artigo 1.028 do Código Civil). Assim, os imóveis pertencentes a empresa não integram o monte partilhável, são apenas consideradas as quotas sociais pertencentes ao de cujus. II. Na situação apresentada nos autos, existindo uma sociedade entre cônjuges, mesmo que sejam casados sob o regime de comunhão universal de bens, deve ser feita a separação patrimonial. Assim, os bens da sociedade não podem ser confundido com os bens particulares dos sócios pois tratam-se de institutos diversos. III. Recurso conhecido e provido.

(TJ-MS - AI: 14146347920188120000 MS 1414634-79.2018.8.12.0000, Relator: Des. Alexandre Bastos, Data de Julgamento: 30/05/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/06/2019)

Portanto, de forma implícita, existe a aplicação do princípio da intangibilidade do capital social no caso concreto, visto que o entendimento do tribunal foi claro quando limitou o bem do sócio em relação a sociedade empresária como somente sendo suas quotas de capital social que deveriam ser liquidadas. Também, afirmou que os bens da sociedade não poderão ser confundidos com os bens particulares de seus sócios, por se tratarem de institutos diversos.

Assim também traz outra ementa do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.744 - SE (2020/0086768-0) RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL RECORRIDO: EDNA MARIA GOMES DA PAIXAO RECORRIDO: ANTÔNIO BELARMINO DA PAIXÃO ADVOGADOS: GODOFREDO DE SOUZA DANTAS NETO - BA017874 IZADORA OLIVEIRA PINTO FERREIRA - BA040863 ANTONIO BERG MENDES DE SA - PE040941 DECISÃO O

Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferiu o acórdão assim ementado: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EMBARGANTES NÃO-CITADOS NA EXECUÇÃO FISCAL. PROPRIEDADE DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA EXECUTADA E DE SEU CÔNJUGE, MAS QUE NÃO FIGURAM NAQUELA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 303/STJ. RESISTÊNCIA COMPROVADA. PRECEDENTES DO COLENDO STJ. (...) 5. O art. 50, do Código Civil, estatui a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando constatado desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, esta caracterizada pela ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. 6. A empresa executada é financeiramente independente do patrimônio dos sócios, apenas funcionando no imóvel do (s) Embargante (s), o qual foi adquirido bem antes da constituição da sociedade empresarial. Requisito da confusão patrimonial entre a Empresa Embargante e o Executado não demonstrado. 7. Foi registrado no voto que: "(...) 24. Demais disso, inofensivo que a pessoa jurídica possui personalidade jurídica distinta da pessoa física de seus sócios, o que repercute também na esfera patrimonial, de ordinário, não se havendo falar em confusão patrimonial." 8. Ficou anotado, ainda, que: "Assim sendo, apesar de a embargada suscitar certas irregularidades acerca da sociedade empresária executada, envolvendo o domínio do bem penhorado, tal matéria não pode ser objeto de defesa na estreita via dos embargos de terceiro, devendo a embargada alegar estas questões por meio das vias processuais adequadas." 9. "A regra inserta no art. 977, do novo Código Civil, que impede aos cônjuges, casados no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória, contratar sociedade entre si ou com terceiros, tem aplicação a partir da sua vigência, ocorrida em 11/01/2003, não atingindo os atos contratuais anteriores a esta data." (REOAC 0022824-32.2010.4.02.5101, Desembargadora Fed. Carmen Silvia Lima de Arruda, TRF2, julg. 30/07/2012, DJe 09/08/2012); REOMS 0015912-52.2003.4.01.3400, Desembargadora Fed. Souza Prudente, TRF1 - Sexta Turma, Julg. 21/03/2005, DJ18/04/2005 PAG 103). (...) A esse respeito, são os arestos: (...) Por fim, examino à incidência do art. 50, do Código Civil, em decorrência da alegada confusão patrimonial. O art. 50, do Código Civil, estatui a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando constatado desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, "in verbis": (...) Portanto, a confusão patrimonial é caracterizada pela ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. No caso em comento, verifica-se que não está presente o requisito da confusão patrimonial, uma vez que a empresa executada é financeiramente independente do patrimônio dos sócios, apenas funcionando no imóvel do (s) Embargante (s), o qual foi adquirido bem antes da constituição da sociedade empresarial. Demais a mais, foi registrado no acórdão que: "(...) 24. Demais disso, inofensivo que a pessoa jurídica possui personalidade jurídica distinta da pessoa física de seus sócios, o que repercute também na esfera patrimonial, de ordinário, não se havendo falar em confusão patrimonial. 25. Em suma: enquanto não houver o redirecionamento da execução fiscal contra responsáveis legais da empresa originalmente executada, estes são terceiros em relação ao processo de execução fiscal, motivo pelo qual seu patrimônio não pode ser atingido para a satisfação da dívida que resta impaga." Diante do exposto, dou provimento aos Embargos de Declaração, apenas para suprir as omissões apontadas, sem a atribuição de efeito modificativo. (...) Por tudo isso, não conheço do Recurso Especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 22 de abril de 2020. MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

(STJ - REsp: 1870744 SE 2020/0086768-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 26/05/2020)

No REsp em comento, o Ministro Herman Benjamin trouxe alguns pontos que

cabem destaque: a) adotou o entendimento que o art. 977 somente incide sobre as sociedades constituídas a partir de 11/01/2003, aplicando assim o enunciado nº 204 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal; b) reforçou a distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica em relação ao patrimônio de seus sócios, inclusive considerando os sócios como terceiros no processo de execução fiscal não podendo ter o seu patrimônio atingido para a satisfação da dívida da pessoa jurídica; c) não acatou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica por avaliar o caso concreto e entender que não foi constatado desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, esta caracterizada pela ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Tais considerações do relator reforçam como o legislador do código civil se equivocou em vedar a constituição de sociedade entre cônjuges casados pelos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens sob o argumento da confusão patrimonial.

Tratando-se do regime da separação obrigatória de bens por cônjuge casado sob a égide do art. 1.641, inciso II, o Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, recentemente, em 02 de Setembro de 2020, através do Desembargador Ricardo Couto de Castro, proferiu sentença favorável em relação ao sexagenário que doou bens em vida para seu cônjuge, reconhecendo a sanidade mental deste, bem como, afastando a presunção de fraude que possa existir dentro deste relacionamento e, conseqüentemente, deste regime de casamento, assim diz a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DOAÇÃO FEITA POR CÔNJUGE SEXAGENÁRIO, CASADO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. VALIDADE. I - A doação por cônjuge, casado pelo regime da separação obrigatória de bens, ao outro cônjuge, em regra, vem sendo considerada válida. Necessidade de exame do caso concreto. II - Encontrando-se o cônjuge doador em perfeito estado mental, e revelando vontade real de doar seus bens ao outro cônjuge, que revela conduta séria quanto à vida em comum, como entidade familiar, não há que se falar em nulidade do ato de disposição. III - Necessidade de se interpretar as regras jurídicas de forma lógica. IV - Não se pode presumir, "juris et de jure", a má-fé e a vontade de burlar a lei, através de influências nefastas pelo cônjuge beneficiário. V - Pensar dessa forma seria dizer que os cônjuges, com vínculo regido pela separação legal, estão sempre em relação hipócrita e vazia de amor e carinho, abalando e se contrapondo ao conceito de família. VI - Apenas pode-se falar em burla ou fraude à lei, em casos onde se evidencie que o cônjuge beneficiário da doação induziu maliciosamente o cônjuge doador. VII - Caso concreto onde tal situação não ficou demonstrada. Existência de decisão validando a doação, já transitada. Impossibilidade de desfazer a coisa julgada. Doação válida. VIII - Inaplicabilidade da Súmula 377, do STF, que determina haver comunicabilidade dos aquestos, no caso em comento. IX - Desprovimento do recurso.

(TJ - RJ - AI: 00656583920188190000, Relator: Des(a). RICARDO COUTO DE CASTRO, Data de Julgamento: 02/09/2020, SÉTIMA CÂMARA CÍVIL,

Data de Publicação: 10/12/2019)

Dessa forma, é visto que o regime de separação obrigatória de bens imposta pelo Código Civil aos idosos é ineficaz por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana bem como antecipar uma fraude (presumida) para quem queira contrair matrimônio nesta idade.

Embora o objeto do agravo do TJ-RJ não seja a sociedade empresária de sócios casados sob o regime da separação obrigatória de bens, ela é importante por demonstrar que este tipo de matrimônio não tem sido mais aceito por unanimidade pelos tribunais, inclusive não considerando como fraude a doação entre os cônjuges por entender haver sanidade por parte do idoso, amor e carinho na relação e que, presumir sempre uma má-fé na relação por parte do cônjuge beneficiário é hipocrisia. Significa dizer que, devido a ineficácia da norma que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários (art. 1.641, inciso II do CC) o art. 977 se torna ineficiente também, pois a intenção do legislador era coibir a fraude presumida realizada através da sociedade empresária por pessoas casadas por este regime, se a fraude não pode ser presumida e a separação obrigatória de bens para septuagenários não tem sentido de existir, o art. 977 perde sua essência.

Assim, mostra-se igualmente evidente pela leitura dos julgados citados que não haveria necessidade de proibir-se expressamente em dispositivo legal (art. 977) a sociedade entre cônjuges por não haver a confusão patrimonial entre sócios e sociedade empresária, reforça-se o argumento da incongruência do dispositivo em análise com o atual ordenamento jurídico brasileiro.

6. CONCLUSÃO

Ao analisar o artigo 977 do Novo Código Civil de 2002 que veda de forma expressa a constituição de sociedade empresária entre cônjuges casados entre si ou entre si com terceiros, nos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens, pode se perceber sua incongruência com o ordenamento jurídico brasileiro pelas razões assim apontadas.

Haja vista a retrospectiva histórica do tema, iniciada no século XIX onde tinha-se uma sociedade patriarcal, repleta de preconceitos em relação à mulher e à família, cujo poder marital dominava e a mulher não tinha autonomia de sua vontade, sendo considerada relativamente incapaz. Viu-se que, para a mulher exercer qualquer profissão, principalmente a de comerciante, necessário se fazia a autorização expressa de seu marido.

Por certo, o ordenamento jurídico não dispunha sobre a constituição de sociedades empresárias por cônjuges casados entre si, de sorte que marido e mulher poderiam abrir uma pessoa jurídica sem nenhum contratempo. Entretanto, em 1914, quando a Junta Comercial do Rio de Janeiro indeferiu o registro de um contrato social sob o argumento de ferir o artigo 1º, n. 4, do Código Comercial de 1850, iniciou-se uma verdadeira discussão pela doutrina e jurisprudência sobre a vedação ou não de sociedades empresárias constituídas por cônjuges casados entre si.

Cumpram-se destacar ainda que, nessa época, os bens da pessoa jurídica facilmente se confundiam com os bens individuais dos sócios.

Por um breve período, prevaleceu o entendimento pela nulidade da sociedade empresária até que surgiu o estatuto da mulher casada, instituído pela Lei nº 4.121 de 1962, cujo o artigo 3º fez desaparecer a incapacidade relativa da mulher e mudou significativamente o entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação a estas sociedades empresárias, sendo consideradas válidas sua constituição.

Dessa forma, o entendimento estava fluindo de acordo com a evolução da sociedade. Contudo, tramitava no congresso nacional desde 1975 o projeto de lei para a elaboração de um novo Código Civil, que, sendo sancionado somente 26 anos depois, fez surgir a Lei 10.406 de 2002, sendo instituído o novo Código Civil e, com sua promulgação, aflorou o artigo 977 vedando a constituição de sociedade empresária para sócios casados entre si ou entre si com terceiros, nos regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens.

Acontece que tal “involução” social trazida pelo texto da lei, foi sancionada sob

o pretexto de uma fraude presumida para os casos da separação obrigatória de bens, bem como de uma ficção ao se referir ao regime da comunhão universal de bens. Além de gerar interpretações dúbias pelo fato de não estar redigido de forma clara. Desse modo, como ficariam as sociedades já constituídas antes do advento do novo código? A sociedade poderia ser constituída por sócio casado por um destes regimes com terceiros?

Com a finalidade de sanar as dúvidas trazidas pela redação do artigo, em 2004 surgiram os enunciados nº 204 e nº 205 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que elucidaram o tema tratando-os da seguinte maneira: a) em relação 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; e b) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade, e, 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.

Por se tratar de tema que envolve direito de família e direito empresarial, buscou-se analisar os regimes de bens admitidos pelo novo código civil, destacando as características gerais e individuais de cada, a fim de conceituar e entender o que o legislador buscava com a criação do dispositivo legal. Também foi constatada a personalidade jurídica autônoma que as sociedades empresárias possuem, o que as permitem realizar negócios, ter plena capacidade processual e possuir responsabilidade patrimonial, o que distingue o patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio individual dos sócios, não podendo haver confusão patrimonial entre eles.

A partir de então, partiu-se para o estudo dos princípios que orbitam em torno do tema. Mencionado o princípio da liberdade de associação viu-se que embora as sociedades empresárias possuam as características de associação, no que tange a base contratual e o seu fim lícito, o imperativo do artigo 977 acaba por coibir esta liberdade de associação entre cônjuges casados pelos regimes vedados. Ou seja, mesmo que suas intenções não forem ilícitas e nem tenham o caráter paramilitar, o simples fato de quererem constituir sociedade entre si ou com terceiros para fins econômicos são coibidas pelo Estado através de lei infraconstitucional, o que torna incongruente ter este artigo no ordenamento jurídico.

Depreendeu-se que o art. 977 viola o princípio da livre iniciativa, uma vez que

restringe a liberdade de contrato entre os cônjuges impedindo-os de juntos, exercerem uma atividade econômica.

Ao estudar o princípio da liberdade de trabalho, ofício e profissão, pôde ser constatado que o princípio em destaque confere também plena liberdade para os cônjuges escolherem o trabalho, ofício e profissão que desejarem, e isto inclui a possibilidade de contratarem sociedade empresarial entre si ou entre si com terceiros. Ao impedir que sócios casados nos regimes vedados possam exercer juntos a sociedade empresarial, o art. 977 limita a liberdade dos cônjuges em exercer a profissão de empresário, violando assim o princípio constitucional.

Em relação ao princípio constitucional da isonomia, ficou evidente sua violação de duas maneiras: a) ao fazer distinção em relação aos regimes de casamentos que são vedados na sociedade empresarial, pois enquanto cônjuges casados por outros regimes não sofreram tal vedação os que são casados pelos regimes apontados no art. 977 não podem contratar sociedade entre si ou entre si com terceiros, e ainda; b) ao estabelecer que a partir de janeiro de 2003, estariam vedadas as relações societárias entre os sócios apontados pelo artigo, enquanto que, as sociedades que foram constituídas até dezembro de 2002 não estariam sob a égide do artigo, sendo consideradas válidas e podendo continuar a exercer suas atividades. É grave a violação deste princípio, uma vez que ele faz parte do fundamento da democracia.

Correspondente ao princípio da intangibilidade do capital social, viu-se que por proteger o capital social convertendo e limitando o aporte dos sócios em quotas, existe uma clara distinção entre o patrimônio da empresa do patrimônio dos sócios e do casal, afastando a confusão patrimonial.

Revelada a incongruência do art. 977 através dos princípios, partiu-se para a verificação se haveria fraude ou ficção, conforme dispôs o Deputado Ricardo Fiúza, sendo constatado que, a fraude não poderia ter sido colocada de forma presumida pelo legislador, haja vista que poderá ocorrer em qualquer sociedade empresária e deverá ser provada em cada caso concreto e, sendo constatada a mesma, poder-se-ia aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e assim atingir o patrimônio particular de cada sócio individualmente.

Em relação a ficção, é afastada pelo princípio da intangibilidade do capital social e na própria personalidade autônoma que possui a pessoa jurídica, onde, de forma resumida, os bens da pessoa jurídica não se confundem com os bens individuais dos sócios, não prejudicando assim os credores terceiros envolvidos.

Assim, viu-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicada nos casos de constatação de fraude ou ilicitude pelos sócios que possuem a intenção de prejudicar terceiros na criação da sociedade empresária, sendo o instituto consagrado pelo art. 50 do Código Civil, e poderá ser aplicada em qualquer sociedade empresária.

Tal teoria se mostra extremamente relevante, pois ela desconsidera a personalidade jurídica para assim alcançar os bens individuais dos sócios que tiveram por motivação a fraude ou a intenção de prejudicar terceiros na constituição da sociedade. Ela também afasta a colocação do legislador em coibir a sociedade entre cônjuges pelo art. 977, haja vista que a fraude poderá ser encontrada em qualquer sociedade empresária, e não somente naquelas constituída por cônjuges casados nos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens.

Também fez-se uma análise de alguns casos dos tribunais, nos quais deram certeza das alegações do presente estudo, revelando nos casos concretos a aplicação de alguns institutos, principalmente no que tange a separação patrimonial que existe entre a sociedade empresária e seus sócios.

Também em relação à ineficácia da norma que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários (art. 1.641, inciso II do CC), consideradas por muitos inconstitucional. Pois, sendo a intenção do legislador em coibir a fraude presumida realizada através da sociedade empresária por pessoas casadas por este regime, e, considerando que a fraude não pode ser presumida e a separação obrigatória de bens para idosos não tem sentido de existir, o art. 977 perde sua essência, não havendo motivos para resistir no Código Civil.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, pôde ser constatada a incongruência do art. 977 com a Constituição Federal de 1988 bem como com o ordenamento pátrio, sendo proposta como solução a edição do dispositivo permitindo a constituição de sociedade entre si por cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal de bens e separação obrigatória de bens ou a exclusão definitiva do artigo 977 do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. Edição Especial. São Paulo: Rideel, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de Junho de 1850. **Código Comercial**. Rio de Janeiro, RJ, 1º jul. de 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm#:~:text=Art.,1%20%2D%20Podem%20comerciar%20no%20Brasil%3A&text=4%20%2D%20As%20mulheres%20ocasadas%20maiores,nome%2C%20provada%20por%20escritura%20p%C3%ABlica](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm#:~:text=Art.,1%20%2D%20Podem%20comerciar%20no%20Brasil%3A&text=4%20%2D%20As%20mulheres%20ocasadas%20maiores,nome%2C%20provada%20por%20escritura%20p%C3%ABlica.)>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Brasília, DF, 27 de ago. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, RJ, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.** Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art1>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.** Brasília: Secretaria Especial De Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso 06 fev. 2021.

CARNEIRO, Rafael Jabur. **SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES NO CÓDIGO CIVIL (ARTIGO 977).** 2008. 139 f. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01032012->

090523/publico/Sociedade_entre_Conjuges_Versao_Final_Depositada_PDF.pdf>.

Acesso em: 21 fev. 2021.

CHIESA, Clélio. **Isonomia**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/310/edicao-1/isonomia>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 28ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA. 2016.

FIUZA, Ricardo. SILVA, Beatriz Tavares da [Coord.]. **Novo Código Civil Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GB - GUANABARA, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 61582, partes: Recte.: União Federal e Recda.: Zuzanne Luporini, relator Min. VICTOR NUNES. Data do julgamento: Guanabara, 28 de nov. de 1968. Data de Publicação: 21 de mar. de 1969. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur126887/false>> Acesso em 27 fev. 2021.

GOULART, Leandro Henrique Simões e QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. D20 22 - SOCIEDADE CONJUGAL: interpretação do artigo 977 do código civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 20, jun. 2013. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d20-22-sociedade-conjugal-interpretacao-do-artigo-977-do-codigo-civil/>>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MAGRICH, Ana Paula Souza. **A inconstitucionalidade do artigo 977 do Código Civil Brasileiro**. 2008. 98 f. 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, Florianópolis, 2008.

Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/175401>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

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

OLIVEIRA, Maria Clara Galacho Quaresma de. **Sociedade Empresária entre Esposos**. 2009. 28 f. Artigo Científico à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Pós-Graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/mariaclaraoliveira.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SÃO JOSÉ (SC). 1º Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas, Pessoas Jurídicas e Títulos e Documentos da Comarca de São José - SC. 2003. Disponível em: <<http://www.cartoriosaojose.com.br/infopjconjuge.htm>>. Acesso em 28 fev. 2021.

SCHNEIDER, Leonardo. Miguel Reale e o Código Civil, “a Constituição do homem comum”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.13, jul. 2004. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/Leonardo_Schneider.htm> Acesso em: 27 fev. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STJ - EREsp: 1623858 MG 2016/0231884-4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 416. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860112098/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1623858-mg-2016-0231884-4/inteiro-teor->

860112108?ref=amp>. Acesso em 06 abr. 2021.

STJ - REsp: 1721600 CE 2018/0009984-8, partes: recorrente: Maria Ivoneide Alexandria Costa e recorrido: Matilde Alves da Silva, relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Data de julgamento: Brasília, 01 de fev. de 2019. Data de publicação: DJ 14/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870656071/recurso-especial-resp-1721600-ce-2018-0009984-8>>. Acesso em 25 mar. 2021.

STJ - REsp: 1870744 SE 2020/0086768-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de julgamento: Brasília, 22 de abr. de 2020, Data de Publicação: DJ, 26 de mai. de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860565350/recurso-especial-resp-1870744-se-2020-0086768-0>>. Acesso em 27 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, Hugo Alexandre da Silva. **Princípio da intangibilidade do capital social**. 2010. 50f. Trabalho apresentado no Curso de Pós-Graduação/Especialização em Direito Empresarial, da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Mai. 2010. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/comercial/hugotavares_intangibilidadecapitalsocial.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TJ-MS - AI: 14146347920188120000 MS 1414634-79.2018.8.12.0000, Relator: Des. ALEXANDRE BASTOS. Data de julgamento: 30 de mai. de 2019, 4ª Câmara Cível, Data de publicação: 03 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716675514/agravo-de-instrumento-ai-14146347920188120000-ms-1414634-7920188120000>>. Acesso em 25 mar. 2021.

TJ - RJ - AI: 00656583920188190000, Relator: Des(a). RICARDO COUTO DE CASTRO. Data de julgamento: 02 de set. de 2020, sétima Câmara Cível, Data de publicação: 10 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933635815/agravo-de-instrumento-ai-656583920188190000>>. Acesso em 25 mar. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2019.