

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
JOSÉ JOAQUIM GUIMARÃES DA COSTA**

**SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE MARIDO E MULHER: PERSPECTIVAS
PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresenta ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania das Faculdades Integradas Curitiba, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marta Marília Tonin

**CURITIBA
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ JOAQUIM GUIMARÃES DA COSTA

**SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE MARIDO E MULHER: PERSPECTIVAS
PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba. Banca examinadora constituída pelos seguintes Professores:

Presidente:

Prof^a Dr^a Marta Marília Tonin

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Jr.

Prof. Dr. Clayton Reis

Curitiba, 15 de fevereiro de 2007

Dedico esta Dissertação,

*À Luciana, coordenadora do ritmo poético e,
ao mesmo tempo, prático de minha vida.
Aos meus filhos: Maria Beatriz, Maria Teresa,
Maria Vitória e Walter – esteios de meu existir.
E, sem dúvida, à minha querida mãe (Nina).*

Agradecimentos

À Professora Doutora Marta Marília Tonin –
que me forneceu luzes para divisar o meu norte.

Ao Professor Ezequias Losso –
meu constante incentivador.

À estudiosa Carla Vanessa Stroparo –
na busca do enriquecimento bélico
para consumação de uma vitória.

*“Ninguém é pelo que é.
É pelo que foi, pelo que é e pelo que será.
Só é pelo que é – Deus!”*
(Padre Antonio Vieira. “Sermões”)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA E O FENÔMENO ASSOCIATIVO HUMANO.....	14
1.1 A FAMÍLIA.....	16
1.1.1 Justificativa metodológica para estudo da origem e evolução histórica da família.....	16
1.1.2 A origem da família.....	18
1.1.3 Evolução histórica da família.....	22
1.1.4 Família e entidades familiares na Constituição de 1988.....	27
1.2 OUTROS NÚCLEOS ASSOCIATIVOS.....	31
1.2.1 Da Família aos modernos pactos societários e à empresa.....	31
1.2.2 Sociedades e empresas familiares.....	36
CAPÍTULO 2: A SOCIEDADE FAMILIAR.....	40
2.1 A SOCIEDADE LIMITADA COMO ESPÉCIE SOCIETÁRIA PREDOMINANTE.....	40
2.1.1 Caracterização da sociedade limitada.....	42
2.1.1.1 Capital <i>versus</i> patrimônio social na sociedade limitada	51
2.1.2 Predominância do caráter personalíssimo	57
2.1.2.1 A solidariedade entre os sócios.....	57
2.1.2.2 A natureza do ato constitutivo.....	58
2.1.2.3 O dever de lealdade entre os sócios.....	59
2.1.2.4 A <i>affectio societatis</i>	61
2.2 A INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO ÀS SOCIEDADE ANÔNIMAS.....	63
CAPÍTULO 3: SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE MARIDO E MULHER.....	66
3.1 CORRENTES E POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	66
3.2 BREVE ANÁLISE DOS REGIMES DE BENS VIGENTES.....	72
3.2.1 Regimes da comunhão.....	73
3.2.1.1 A comunhão parcial de bens.....	76

3.2.1.2 A comunhão universal de bens.....	78
3.2.2 Do regime de participação final nos aquestos.....	81
3.2.3 Dos regimes de separação de bens.....	83
3.2.3.1 Do regime da separação convencional (contratual ou voluntária) de bens.....	84
3.2.3.2 Do regime da separação obrigatória (legal) de bens.....	85
3.3 O ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	88
3.3.1 Origens e fundamentos.....	89
3.3.2 Conformação com o ordenamento jurídico brasileiro.....	90
3.3.2.1 O artigo 977 frente às demais disposições do Código Civil brasileiro.....	90
3.3.2.2 O artigo 977 em face da Constituição da República Federativa do Brasil.....	95
3.4 CONFLITO DE LEIS NO TEMPO.....	97
CONCLUSÃO.....	98
ANEXOS.....	101
REFÊNCIAS.....	119

RESUMO

Ao buscar na associação com seus semelhantes as melhores condições para a manutenção de sua vida, o homem primitivo encontrou na comunidade familiar o ambiente propício não somente para sua sobrevivência, mas também para a exploração das atividades modernamente ditas “econômicas”. Desta feita, no âmago da família, eclodiram os antiqüíssimos germens da empresa e dos pactos societários. Mas, para além de oportunizar o surgimento desses fenômenos tipicamente econômicos, a família permitiu o desenvolvimento e o incremento dos primeiros fósseis dos mencionados fenômenos econômicos. Em que pese o gradual distanciamento entre família, empresa e sociedade – afastamento este determinado pelo fato de que estes dois últimos institutos passaram a existir independentemente dos laços da consangüinidade –, a subsistência de sociedades e empresas demonstra que, a despeito das revoluções e crises que perpassou, a família continua sendo *locus* adequado ao exercício da atividade econômica. Em detrimento de tal constatação, o artigo 977 do Código Civil, ao vedar aos consortes casados sob os regimes da comunhão universal e da separação obrigatória de bens a constituição de sociedades, ensejou nocivo distanciamento dos fenômenos empresariais em comento à família. O trabalho assinala que a regra em relevo – e as conseqüências dela advindas – torna-se mais nefasta quando se percebe que seu fundamento de validade reside na mera preservação da essência dos regimes matrimoniais a que se refere. A esse respeito, não bastasse o legislador ordinário ter se abstraído das revoluções sociais que operaram verdadeiras mitigações da essência dos estatutos matrimoniais da separação legal e da comunhão universal, obrou ele em desrespeito à perspectiva extrapatrimonial da família. Estas circunstâncias, por si só, inquinam o artigo 977, e, por via de conseqüência, tornam imperiosa sua imediata e pronta reformulação.

PALAVRAS-CHAVE:

FAMÍLIA; EMPRESA; SOCIEDADE; REGIMES MATRIMONIAIS DE BENS; ATIVIDADE ECONÔMICA; SEPARAÇÃO LEGAL; COMUNHÃO UNIVERSAL.

ABSTRACT

Searching for in the association with its fellow men the best conditions to the maintenance of his life, the primitive man found out in the familiar community the favorable place not only to his survival but also to the development of activities called nowadays as “economics”. In this way, in the essence of family, appeared the very old germs of the enterprise and associations’ agreements. But the family, besides giving opportunity to arise these phenomenon typically economics, also allowed the development and growth of the first fossil related to said economics phenomenon. In spite of the gradual distance among family, enterprise and society – this distance was determined by the fact

INTRODUÇÃO

Com o advento do atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o legislador ordinário instituiu o chamado “Direito de Empresa”. Em seu bojo, além de positivizar a teoria da empresa como o “novo” fundamento teórico do Direito Comercial, inovou no regime das sociedades – agora ditas empresárias ou simples, e não mais mercantis ou civis –, instituindo modernas (?) regras ordenadoras dos antigos tipos societários.

Sem olvidar outras alterações não menos importantes que inegavelmente merecem a devida discussão e contextualização, na presente dissertação destacar-se-á a novidade sedimentada no artigo 977 do novo *Codex*, dispositivo legal que contém expressa vedação à constituição de sociedades entre cônjuges cujo regime de bens seja o da comunhão universal ou o da separação obrigatória.

Em um primeiro momento, a opção legislativa parece se fundamentar na impossibilidade de seccionar patrimônios inseparáveis – no caso da comunhão universal de bens – e de unir universalidades onde a comunhão é defesa (regime da separação obrigatória). Teria o legislador, ademais, eleito como matéria relevante a proteção de credores (no caso da vedação da contratação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal) e a preservação da efetiva separação de patrimônios dos cônjuges, quando tal divisão se impõe (o regime imposto legislativamente é o da separação obrigatória).

Todavia, a questão trazida à baila aparenta ser significativamente mais profunda, de modo que uma análise mais acurada mostra-se imprescindível. E o presente estudo tem exatamente esse escopo.

Consoante se verá no Primeiro Capítulo deste trabalho, a família oportunizou o surgimento dos primeiros pactos societários e da própria empresa, de tal sorte que o simples deslocamento do suporte fático do fenômeno associativo – da consangüinidade para a contratualidade – não foi suficiente para separar família, empresa e pactos societários.

Demais disso, a teor das ilações que restarão consignadas no capítulo ora mencionado, a atual concepção de família demonstra ser este um espaço social adequado à realização pessoal, à concretização da felicidade e da dignidade da pessoa humana. E como tal, representa, inegavelmente, *locus* ideal à exploração da

atividade econômica, labor que, em última análise, promove a felicidade, a realização pessoal e a dignidade da pessoa humana.

A verdade é que a opção legislativa parece ter se pautado em uma visão descontextualizada da família. Isso porque, ao que tudo indica, a regra em comento vislumbrou a família somente sob a perspectiva patrimonial, relegando a um inaceitável segundo plano o panorama extrapatrimonial.

A esse respeito, importante esclarecer que, como fenômeno antiqüíssimo, a família perpassou crises, revoluções e guerras, evoluindo na mesma medida em que se desenvolveu a civilização. Em que pesem os incontáveis colapsos sociais, econômicos e políticos, a família permanece.

Mas, se é certa sua manutenção ao longo da história, incontestável também é a evolução de sua tônica, de sua perspectiva.

Ainda na esteira do Capítulo Primeiro, na sociedade brasileira colonial, a família assentava-se numa dimensão matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. A comunidade familiar do Brasil colônia reproduziu a própria conformação social da época: imperava a desigualdade e a discriminação entre seus componentes – mulheres e filhos eram subjugados ao cônjuge varão.

Desta feita, a família era uma espécie de “ente” central ao redor do qual gravitavam “sujeitos”, meros colaboradores materiais aos quais incumbia a manutenção da comunidade familiar. Pouco importavam, desta feita, os anseios pessoais. A família prestava-se mais à sobrevivência do que ao desenvolvimento e à consolidação das relações afetivas e pessoais.

Ocorre que a evolução das relações sociais e a emancipação da mulher – anteriormente subjugada à autoridade tantas vezes arbitrária do marido – imprimiu uma nova tônica à família que, já na Constituição Federal de 1988, figurou com nova roupagem.

Com efeito, hodiernamente, a família assumiu função instrumental e eudemonista, na medida em que passou a existir em função do pleno desenvolvimento da pessoa, em razão da realização dos interesses afetivos e existenciais do ser humano e, desta forma, em prol da efetivação da máxima axiológica da dignidade da pessoa humana.

A família, na temática da Constituição Federal de 1988, é apontada como o *locus* consagrado à realização pessoal, e não apenas como mera instituição de cunho patrimonial. E, diante de tal conformação, essa comunidade humana pode ser

também vista como ambiente adequado, porquanto motivador, para a exploração da atividade econômica.

Mas, para que se possa ratificar ou afastar essa possível adequação do espaço familiar à exploração da atividade econômica, imprescindível que se proceda ao estudo da temática empresarial, aspecto que abrange a investigação da conexão da família com a empresa e os modernos pactos societários, culminando com o exame das sociedades constituídas entre cônjuges. E é disto que trata o Segundo Capítulo.

Relativamente aos aspectos metodológicos que permeiam esta dissertação, há que se ressaltar que, em vista da extensão do estudo dos pactos societários – assunto que, por si só, exige centenas de estudos científicos – correlacionar-se-á as análises delineadas exclusivamente à sociedade limitada. Isso tendo em vista que, além de ser esse o tipo societário mais largamente utilizado no Brasil para o desenvolvimento das atividades empresariais, trata-se da espécie societária que congrega características marcadamente personalíssimas, o que a aproxima das

qualquer ressalva expressa quanto às sociedades constituídas entre companheiros, por outro permite a antecipada conclusão de que não há qualquer vedação implícita a essa modalidade de estruturação societária, tendo em vista que o regime patrimonial aplicável às uniões estáveis é o da comunhão parcial, estatuto patrimonial sobre o qual não recaem as exceções do artigo 977.

Neste ínterim, ressalte-se que, nos termos do artigo 1.725 do atual Código Civil, o regime de bens aplicável à União Estável é o da comunhão parcial; portanto, a exceção à constituição de sociedade estabelecida pelo artigo 977 não atinge os companheiros, salvo quando, mediante contrato escrito, optarem os conviventes pelo regime da comunhão universal. Nesse caso, todas as análises e ilações referentes ao regime da comunhão universal aplicam-se à União Estável.

Em síntese, no presente trabalho, proceder-se-á à investigação da origem e evolução histórica da família (assunto de que se ocupa o Primeiro Capítulo) e de sua compatibilização com a temática empresarial (aspecto estudado no Segundo Capítulo), diante do que será possível aferir a adequação da regra insculpida no artigo 977 do Código Civil de 2002 com o ordenamento jurídico brasileiro (desfecho reservado ao Terceiro Capítulo), mormente com a Constituição Federal.

CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA E O FENÔMENO ASSOCIATIVO HUMANO

A despeito das controvérsias e infindáveis discussões acerca da natureza da associação humana, incontestavelmente, o homem fez do fenômeno associativo o artifício salutar à manutenção de sua vida e à expansão de sua espécie.

Não por outra razão o comercialista Waldemar Martins Ferreira enuncia que a história da humanidade identifica-se com a da consolidação do espírito associativo: “a história da humanidade não é mais do que a das manifestações do espírito associativo, no suceder dos dias, dos anos e dos séculos”.¹

Nesta esteira, em épocas longínquas, Cícero concebeu a sociabilidade como característica inata ao ser humano. Mais do que isso, expôs que o impulso associativo humano é de tal monta que sua manifestação independe de quaisquer fatores externos. Vale dizer, independentemente da necessidade de superação das hostilidades impostas pelo ambiente para a manutenção da vida humana, o homem é instintivamente impulsionado à associação:

A primeira causa de agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum.²

problema, com argumentos, preciosos e colhidos na observação da realidade. Diz ele que, onde quer que se observe o homem, seja qual for a época, mesmo nas mais remotas a que se possa volver, o homem sempre é encontrado em estado de convivência e combinação com os outros, por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem. O homem singular, completamente isolado e vivendo só, próximo aos seus semelhantes mas sem nenhuma relação com eles, não se encontra na realidade da vida.³

Waldemar Martins Ferreira, por sua vez, doutrina que:

Para o domínio das forças da natureza e seu aproveitamento, tanto em benefício da coletividade, quanto no seu próprio, nem sempre agiu o homem individual e isoladamente. Jamais se encontrou ele sozinho, a não ser na fantasia do romancista ou mercê de caprichosas, mas esporádicas arremetidas do destino. Gregário por excelência, reclamando ajuda e cuidados carinhosos desde o nascimento; criando-se e crescendo no convívio de parentes cercados de afeto e oriundos da relação de sangue – ele entrou, a princípio, consumindo apenas, e, depois, também produzindo, na engrenagem e meneio econômico da família. Nunca teve, destarte, suas necessidades atendidas apenas pelo esforço do seu braço. Precisou do indispensável concurso do seu semelhante.⁴

Com foco no fenômeno em análise, a comercialista Rachel Sztain expõe que:

As associações entre pessoas existiram desde a antiguidade mais remota, partindo da necessidade de defesa dos grupos sociais e a impossibilidade de uma pessoa, individualmente, operá-la, até motivos outros, a formação de grupos de pessoas, mais ou menos estruturados é comum. [...] O fenômeno associativo reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração; quando o esforço individual não basta para o escopo visado as pessoas se reúnem para atingi-lo [...].⁵

Seja com vistas à minimização das dificuldades impostas pelo ambiente à manutenção da vida humana, seja por mera atenção ao instinto gregário ínsito ao ser humano, a verdade é que o fenômeno associativo oportunizou o desenvolvimento da humanidade, o surgimento da civilização, do próprio Estado, da família e, por via de consequência, dos modernos pactos societários.

Tendo em vista o escopo do presente trabalho – que se circunscreve à análise das nuances patrimoniais e extrapatrimoniais da sociedade entre marido e mulher –, mister partir para o estudo das formas associativas humanas que efetivamente importam a este trabalho: a família e os modernos pactos societários.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 8-9.

⁴ FERREIRA, Waldemar Martins. Op. cit. p. 39.

⁵ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XLI, Outubro – Dezembro de 2001. p. 15-26.

1.1 A FAMÍLIA

Antes que se proceda definitivamente às reflexões intrínsecas a esta seção, impreterível tecer breves considerações acerca dos pressupostos metodológicos que orientam o estudo da origem e da evolução histórica da família e motivaram a escolha do método cognitivo calcado nas raízes históricas e na evolução da instituição em questão.

Desde logo, pretende-se, pois, eliminar quaisquer celeumas relativas à valia da análise histórica da família, no tocante ao cerne deste trabalho.

1.1.1 Justificativa metodológica para estudo da origem e evolução histórica da família

Reprisando os termos da introdução deste estudo, a doutrina é parca de obras que correlacionem a temática empresarial aos conceitos do Direito de família. Como conseqüência dessa verdadeira lacuna cognitiva, incompatibilidades entre dispositivos legais e a atual concepção de família começam a emergir.

Restringindo a perquirição destas incongruências à vedação da constituição de sociedade empresária entre cônjuges cujos regimes de bens sejam os da “comunhão universal” ou da “separação obrigatória” (artigo 977 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), percebe-se, de plano, a necessidade do estudo da origem e da evolução da família.

E isso porque, somente através de tal estudo, poder-se-á conceber a atual perspectiva da família⁶ e proceder à sua correta conexão com a temática empresarial, o que oportunizará a localização do ponto de intersecção da família com os modernos pactos societários (as sociedades e as associações).

⁶ A respeito da imprescindibilidade da análise histórica da família, salutar destacar a lição de João Baptista Villela, para quem “não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações porque passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. (VILELLA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte. Ed. da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 11).

Neste ínterim, salutar esclarecer que não se pretende operar uma verdadeira digressão histórica da família para justificar seus atuais modelos – como a síntese ideal de todo o seu processo evolutivo – ou fornecer pseudo-erudição a este trabalho.

Muito mais do que isso, na medida em que o estudo histórico da família permitirá a apreensão de sua atual dimensão e a sua correta conexão com a temática empresarial, a análise histórica fornecerá substratos críticos para o exame da vedação da constituição de sociedade entre determinados cônjuges, em consequência de seu regime de bens.

Neste diapasão, consoante as lições de Ricardo Marcelo Fonseca, doutrinador e professor de História do Direito da Universidade Federal do Paraná, longe de uma simples introdução ao estudo das perspectivas patrimoniais e extrapatrimoniais da associação entre marido e mulher, pretende-se que a análise histórica agora discutida e devidamente justificada perpassa o próprio tema desta dissertação, para constituir seu cerne metodológico.

Derradeiramente – e para que dúvidas acerca da instrumentalidade do estudo da família não remanesçam –, salutar esclarecer, na esteira dos ensinamentos de António Manoel Hespanha, historiador do direito português, que se está considerando o direito como fenômeno – ou mesmo “produto” –, histórico-social, cuja configuração deriva do contexto social e do momento histórico de sua produção:

O direito existe sempre em sociedade e [...] seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais.⁷

Consequentemente, está-se compreendendo a família e os modernos pactos societários (que atualmente dão origem às sociedades e às associações) como produtos histórico-sociais, cuja análise exige a perquirição de suas origens e de sua evolução no transcurso da história humana, a fim de que se localize, com

⁷ HESPANHA, António Manoel, Panorama histórico... *apud* STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil**. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte Jurídica**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2005. p. 299-316.

base no próprio exame histórico, o “instrumento de reflexão crítica”⁸ que permitirá a descoberta de inexatidões, incoerências e incorreções na ordem instituída.

1.1.2 A origem da família⁹

Consoante Lewis Henry Morgan e Friedrich Engels,¹⁰ a evolução da família apresenta três fases principais, a saber: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.¹¹

⁸ STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Op. cit. p. 304-307.

⁹ Nota do autor: na escala evolutiva apresentada por Morgan e difundida por Engels, a família monogâmica é a última espécie de que se tem notícia. Por essa razão, os estudos referentes à origem desse instituto partirão de um estado primitivo e findarão com a localização da gênese dessa espécie familiar que, conquanto possa não representar o único modelo contemporâneo, é certamente o mais propagado.

¹⁰ Inúmeros são os autores que contestam a teoria evolucionista da família formulada por Lewis Henry Morgan e amplamente propagada por Friedrich Engels. Com efeito, John Gilissen esclarece que o esquema evolucionista da família consignado na obra de Engels é “demasiadamente simples e demasiadamente lógico para ser verdadeiro”. Segundo Gilissen, os dados fornecidos pela etnologia jurídica não permitem confirmar a tese evolucionista; não se encontram sociedades primitivas nas quais os diversos estágios tivessem existido. Além disso, não é de modo algum certo que o patriarcado tenha sucedido ao matriarcado; a própria existência de um regime matriarcal foi posta em dúvida. A existência das tribos é contestada; já não se fala senão em clãs e etnias”. Por outro lado, Gilissen esclarece que a etnologia jurídica, renunciando ao estudo de formas familiares mais arcaicas, “dedica-se actualmente a analisar os diferentes tipos de estrutura familiar e social que se podem reconstituir, sobretudo os tipos matrilineares e patrilineares”. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995. p. 38-39).

¹¹ Em detrimento das severas críticas de John Gilissen, Eduardo de Oliveira Leite rechaça qualquer tentativa de contestação da teoria evolucionista da família. A esse respeito, esclarece que Morgan e, conseqüentemente, Engels encaram a família como “um constante devir. Jamais estacionária, ela passa de uma forma inferior a uma forma superior à medida que a sociedade se desenvolve de um nível inferior à um nível superior decorrente do desenvolvimento da técnica e da economia.” Ademais, enxertando em sua obra trecho dos estudos de Morgan, Leite ressalta que “o evolucionismo unilinear da noção de família não se deve prestar a má interpretações, já que não implica afirmar que uma forma de família aparece e atinge o seu pleno desenvolvimento em determinado estágio da sociedade, nem que impera universal e exclusivamente em todas as tribos da humanidade que se encontram no mesmo estágio de evolução, para em seguida desaparecer dando lugar a uma forma imediatamente superior. Assim, podem ter surgido e se desenvolvido casos excepcionais de família panaluana, e vice-versa, como também casos excepcionais de família sindiásmica no seio da família panaluana e casos excepcionais de família monogâmica no interior da família sindiásmica. Morgan deixa a clara idéia de que a unilinearidade não pode ser encarada dentro de uma rigidez que não admite exceções, mas que ela é, tão-somente, um reflexo da evolução constante das conquistas da humanidade”. Nesta esteira, Leite continua esclarecendo que a família evolui da mesma forma que as invenções e descobertas têm sucedido umas às outras: “do mesmo modo como as invenções e as descobertas têm que se suceder umas às outras, da mesma forma como o conhecimento da corda tem que preceder à invenção do arco e da flecha, assim como o conhecimento da pólvora precedeu à arma de fogo e o da máquina a vapor precedeu a locomotiva e os barcos a vapor [...], é igualmente evidente que foi a experiência que, da mesma maneira, permitiu que a família monogâmica (última fase conhecida da evolução da família) se desenvolvesse a partir da família [...] consanguínea.”

Sem descer às minúcias de cada período histórico, até mesmo porque isso já fora feito por sociólogos e antropologistas, impende esclarecer que no período selvagem – estágio localizado nos primórdios da humanidade –, teria predominado o “estado primitivo da promiscuidade”. Nessa época, sob o enfoque de Engels, o matrimônio grupal (entre todos os homens e todas as mulheres de determinada tribo) teria permitido que as relações sexuais se desenvolvessem independentemente de quaisquer entraves ou proibições: no seio de uma tribo, “cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”.¹²

Ainda no período selvagem,¹³ a partir do momento que o homem concebeu restrições ou limitações às relações sexuais, teriam emergido as primeiras manifestações da comunidade humana hodiernamente denominada “família”.¹⁴

Primeiramente, teria surgido a “família consangüínea”,¹⁵ aglomerado

(LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: a origem e evolução do casamento. v. 1. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1991. p. 11-12).

¹² Vários autores negam de forma veemente a existência de um período marcado pela plena liberdade sexual. Para estes estudiosos, mesmo nas épocas mais longínquas, em que ainda não se cogitava de civilização, existiam impedimentos e tabus relativamente às relações sexuais. Refutando o dito estado primitivo da promiscuidade, Rodrigo da Cunha Pereira assim se manifesta: “Até o início deste século, acreditava-se que existiu uma época primitiva em que imperava o comércio sexual promíscuo, de maneira que cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.

No início da colonização brasileira, registra Gilberto Freyre, em *Casa Grande e Senzala*, que Vespúcio escreve à Lourenzo Dei Médici dizendo que os indígenas tomavam tantas mulheres quantas quisessem, e o filho se relacionava com a mãe, com os irmãos, enfim, que era uma verdadeira luxúria. O Padre Manoel da Nóbrega se alarmava à vista do número de mulheres que cada um tinha e a facilidade com que eram abandonadas.

Com base nessas premissas é que foram construídas teorias das famílias primitivas e do parentesco, mas que não passavam de hipóteses; a promiscuidade como se observa nos animais, como se nenhuma lei tivessem, como se não houvesse a noção de parentalidade, não é um dado da realidade. [...] Sobre os índios brasileiros, aqui encontrados no início da colonização, segundo o próprio Gilberto Freyre, não viviam em promiscuidade e as suas relações sexuais não se processavam à solta e sem restrições. [...] Portanto, no início da civilização não havia a promiscuidade que se imaginava. Esta é uma idéia ultrapassada. Havia, sim, desde o início, impedimentos e tabus.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família – estruturação jurídica e psíquica*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comprado e interdisciplinariedade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 20-21).

¹³ Contestando o estado primitivo da promiscuidade, Rodrigo da Cunha Pereira salienta a perene existência de regras atinentes às relações sexuais. Para esse autor, nem mesmo nos tempos mais longínquos vigeu uma conformação social que determinasse a ampla liberdade sexual. Muito pelo contrário, segundo o autor, até mesmo os povos mais primitivos concebiam restrições às relações sexuais, mormente aquelas relacionadas ao tolhimento do incesto. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.* p. 13-32).

¹⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 31.

¹⁵ Nota do autor: a respeito do tema agora em estudo, Engels apresenta um discurso unilinear, descobrindo na família monogâmica uma espécie de síntese de todo o processo evolutivo por que passou a família. A esse respeito, deve-se salientar que, com exceção à teoria historicista da família, as instituições humanas nem sempre se desenvolvem de forma linear. Tampouco a realidade posta

humano em que os grupos conjugais classificavam-se por gerações e no bojo dos quais a coabitação entre pais e filhos era defesa:

A família consangüínea, a primeira etapa da família. Nela, os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo dos cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo.¹⁶

Mais à frente, do aperfeiçoamento da “família consangüínea” e do incremento das regras impeditivas e limitadoras das relações sexuais,¹⁷ teria emergido a “família panaluana”, modalidade familiar em que, sem prejuízo da vedação à coabitação entre pais e filhos, teria se tornado proibida a manutenção de relações sexuais entre os irmãos e irmãs.¹⁸

Por fim, no limiar entre o período selvagem e o da barbárie, teria advindo a família sindiásmica, modalidade familiar decorrente do incremento das regras atinentes ao “tráfego” sexual e caracterizada pela (i) união mais ou menos estável de um homem e de uma mulher e pelo (ii) abandono do matrimônio por grupos¹⁹ (modelo que teria vigorado desde o estágio selvagem).

Cite-se a lição de Engels a respeito da família sindiásmica:

Com esta crescente complicação das proibições de casamento, tornam-se cada vez mais impossíveis as uniões por grupos, que foram substituídas pela família sindiásmica. Neste estágio, um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas; ao mesmo tempo, exige-se a mais rigorosa fidelidade das mulheres, enquanto dura a vida em comum, sendo o

representa a síntese ideal do processo evolutivo, mas a simples conformação dos institutos através das condicionantes locais e temporais.

¹⁶ ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 37-38.

¹⁷ Nota do autor: evidentemente, os progressos obtidos na produção dos meios de existência representaram o pano de fundo de toda e evolução da família que, partindo do modelo consangüíneo, deságua na espécie monogâmica.

¹⁸ Neste ponto, é importante esclarecer que, para a família panaluana, consideravam-se irmãos – aqueles a quem a coabitação é vedada – os filhos de duas irmãs ou de dois irmãos. Primos são os filhos de uma irmã e um irmão. A esse respeito, assim se pronuncia Engels: “os filhos das irmãs de minha mãe são também filhos desta, assim como os filhos dos irmãos de meu pai o são também deste; e de todos eles são irmãs e irmãos meus. Mas os filhos dos irmãos de minha mãe, sobrinhos e sobrinhas desta, assim como os filhos das irmãs de meu pai são sobrinhos e sobrinhas deste; e todos são meus primos e primas.” (ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 41).

¹⁹ Nota do autor: rememore-se que os modelos familiares até então analisados pautavam-se no matrimônio entre grupos: primeiramente entre todos os homens e todas as mulheres de uma mesma tribo; posteriormente entre as classes etárias de certa tribo, excluídos, conforme o período, certos parentes.

adultério desta duramente castigado. O vínculo conjugal, todavia, dissolve-se com facilidade por uma ou outra parte, e depois, como antes, os filhos pertencem exclusivamente à mãe.²⁰

Uma das características mais basilares da “família sindiásmica” – a união mais ou menos estável de um homem com uma mulher – fez com que Engels nela localizasse o primeiro embrião da família contemporânea: a “família monogâmica”.

Entretanto, para que, a partir da “família sindiásmica”, surgisse a “família monogâmica”, fatores de ordem patrimonial – e não somente as concepções sociais que determinavam a instituição de restrições e impedimentos às relações sexuais – precisaram entrar em cena.

Neste ínterim, vale ressaltar que, desde as mais priscas eras, a descendência e, conseqüentemente, a sucessão eram determinadas pela linhagem materna.²¹ Isso porque os casamentos por grupos – vigentes desde o período selvagem – não permitiam qualquer certeza quanto à paternidade dos rebentos.

Contudo, com o advento da família sindiásmica, como decorrência do surgimento daquela frágil e dissolúvel união entre um homem e uma mulher, emergiu uma certa “presunção” quanto à paternidade dos filhos.

Tal circunstância, somada à concentração da riqueza nas mãos do homem²², em detrimento da mulher, culminou na alteração do parâmetro sucessório: os filhos de uma mulher passam a ser considerados descendentes e sucessores do homem que com ela coabita.

²⁰ ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 49.

²¹ Embora plausível a existência do matriarcado, dele não se ocupa esta pesquisa, mas sim, da família (em termos de sucessão e descendência) matrilinear. A título ilustrativo, destaca-se a lição de John Gilissen a respeito da inexistência do matriarcado: nas sociedades matrilineares, “a família está centrada sobre a linhagem da mãe – filha – neta. Fazem parte dessa família: a mãe, seus filhos, os filhos de suas filhas, os filhos das netas de suas filhas, etc. Os homens fazem parte da família de sua mãe; eles não entrarão, em geral, na família de sua mulher e não exercerão aí qualquer autoridade. Pelo contrário, é na família de sua mãe que um deles exercerá a autoridade de chefe; será muitas vezes o irmão da mãe, portanto os tios dos filhos da mãe. É muito raro que a mãe, ela própria, exerça a autoridade; há poucos exemplos de matriarcado.” (GILISSEN, John. Op. cit. p. 39).

²² Conforme salienta Engels, com a domesticação dos animais e a criação do gado, enormes mananciais de riqueza começaram a emergir. E porque ao homem cabiam tais atividades e, por via de conseqüência, a propriedade dos bens daí decorrentes, passou-se a sentir a necessidade de operar-se a sucessão de acordo com a linhagem paterna. Ressalte-se que, desde os mais remotos tempos, à mulher cabia a organização do lar e, em virtude disso, a propriedade dos utensílios domésticos. Dado o valor inferior desses bens, a mulher passou a sofrer uma gradual “perda de importância”. O homem lançou, então, mão de sua posição de superioridade – pode-se dizer – econômica para modificar, em favor dos filhos, a ordem hereditária estabelecida. Engels assim de pronuncia: “Dessa forma, pois, as riquezas, à medida que iam aumentando, davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família, e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a idéia de valer-se dessa vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem da herança estabelecida”. (ENGELS, Friedrich. Op. cit. p. 59).

Nesse momento histórico, surge a “família patriarcal”.

No entanto, para que a ordem hereditária pudesse ser definitivamente alterada, mostrou-se necessário o aperfeiçoamento da família patriarcal e a criação de um mecanismo que eliminasse quaisquer dúvidas relativamente à paternidade dos filhos da mulher com quem um determinado homem coabitava.²³ Como é de se imaginar, a monogamia da mulher – mas não a do homem – mostrou-se instrumental útil ao fim colimado.

A família monogâmica, modalidade típica do período denominado “civilização”, é o resultado da supressão da descendência e da sucessão segundo a linhagem feminina²⁴ e representa o modelo predominante na organização familiar atual.

Em um primeiro momento, essa nova modalidade manteve-se calcada no patriarcalismo e organizada sob a forma dos clãs. Posteriormente, como decorrência da evolução da humanidade e da ascensão da figura feminina, esse modelo fragmentou-se, dando azo, inclusive, ao surgimento de novas espécies familiares.

1.1.3 Evolução histórica da família²⁵

Na esteira do anteriormente discorrido, é possível perceber que as relações patrimoniais, de longa data, permeiam a história da família. Lembre-se, pois, que um fator meramente patrimonial²⁶ foi decisivo para o surgimento da família monogâmica.

Mas, para além de propiciar seu alvorecer, o elemento patrimonial manteve-se arraigado à noção de família durante largo lapso temporal.

²³ Nota do autor: em virtude da fragilidade dos laços matrimoniais sindiásmicos, não era possível qualquer certeza quanto à paternidade dos filhos de uma mulher. O máximo que esse modelo pôde propiciar foi certa presunção de paternidade.

²⁴ Nota do autor: em suas análises, Engels faz expressa referência à supressão do direito materno, por ocasião do surgimento da família monogâmica. Conquanto sua argumentação se mostre bastante convincente, não foi adotada tal expressão no decorrer da análise da origem da família em virtude da ainda acirrada controvérsia doutrinária acerca da existência de um direito materno. A esse respeito, consulte-se a obra de John Gilissen (**Introdução histórica ao direito**. Op. cit. p. 38).

²⁵ Nota do autor: a partir deste ponto, sempre que se utilizar a expressão “família”, estar-se-á fazendo referência à “família monogâmica”.

²⁶ Nota do autor: reprise-se a necessidade de transposição do parâmetro da ordem hereditária – até então calcada na descendência feminina – em virtude do acúmulo de bens nas mãos do cônjuge varão.

A esse respeito, por ocasião da colonização portuguesa,²⁷ o Brasil assistiu ao nascimento de uma “família” com dimensão patriarcal. Somente no século XX, especialmente em sua segunda metade – quando se acentuou o movimento feminista e a luta da mulher por sua emancipação –, é que a família e as relações familiares experimentaram nova tônica.

A família do século XX é, no dizer de Lamartine e Ferreira Muniz,²⁸ o resultado da desintegração de um modelo patrimonial que, paulatinamente, cede espaço à família nuclear e a outros núcleos familiares.

Para que se possa melhor compreender a configuração atual da família brasileira e as razões que determinaram sua metamorfose, mister tratar de sua evolução, adotando-se, como marco histórico, a colonização do Brasil.

Ora, a despeito da escassez de dados e estudos pertinentes à família no período colonial, é certo que a configuração desse agrupamento humano – a exemplo da conformação da própria sociedade colonial – foi determinada pelo processo de expansão marítima e comercial porque passava o Brasil.

Em virtude da fortíssima influência da Igreja Católica e da absoluta supremacia do cônjuge varão, a família colonial assentava-se em uma dimensão matrimonializada, hierarquizada e patriarcal²⁹.

As relações familiares, como reflexos da própria sociedade colonial, calcavam-se na exclusão feminina, no privilégio masculino e na desigualdade dos sexos. As mulheres e os filhos eram subjugados à figura masculina.³⁰

Esse modelo familiar perpassou o período colonial, prevaleceu na fase imperial e, com pequenas alterações, adentrou ao período republicano, persistindo a ponto de, em 1916, inspirar a edição do primeiro Código Civil brasileiro:

²⁷ Nota do autor: para que as análises subseqüentes não se distanciem do cerne desta dissertação, adotou-se a colonização do Brasil como marco inicial do estudo da evolução histórica da família. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro e a sociedade brasileira são os limites objetivos deste trabalho.

²⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. **Curso de direito de família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 10.

²⁹ “A família colonial assentava-se nas seguintes dimensões: matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico), hierarquizada (jungida ao poder do *pater familias* colonial) e patriarcal. Nela cabia o modelo dominante das relações familiares, apto a dar azo à estrutura social, marcada por profunda discriminação”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Revonar, 2001. p. 34).

³⁰ Nota do autor: a conformação da família consoante as características da sociedade da época demonstra que o direito, assim como qualquer de seus institutos, é um produto histórico-social.

O Direito de Família que o colonizador português, entre os séculos XVI e XVIII, transpôs para o território brasileiro aqui sofreu muitas modificações pelas circunstâncias peculiares de sua gente, embora a herança lusitana nessas terras seja um fenômeno marcante para caracterizar o modelo colonial dominante da família.

Tal padrão se projetou, em parcela significativa, da Colônia para o Império, lançando seqüelas nas codificações emergentes da República.

A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que se colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e o fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens de classes abastadas.³¹

Porém, mais do que inspirar o Código de 1916, a família com dimensão patrimonial, patriarcal e matrimonial era a única que – no entender do legislador – merecia tutela jurídica. Aliás, sob a égide desse diploma legislativo, somente aquela comunidade oriunda do casamento era considerada “família”.

Reflexo da sociedade da época, o Código Civil de 1916 consagrou a família calcada na sobreposição do homem, no casamento e na filiação dele decorrente. Não por outro motivo a mulher casada era considerada incapaz³² e os filhos eram classificados segundo o regime da legitimidade: somente quando concebidos na constância do casamento eram qualificados como “legítimos”.³³

Note-se que, da colonização do Brasil à República, a família configurou-se como uma espécie de “ente” central ao redor do qual gravitavam “sujeitos”. Seus componentes, meros colaboradores materiais,³⁴ deveriam garantir sua manutenção.³⁵

³¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit. p. 8.

³² Nota do autor: prevaleceu no texto de 1916 a discriminação entre os cônjuges. Não bastassem as prerrogativas concedidas ao marido (em boa parte ditadas no título “Dos efeitos jurídicos do casamento”), a mulher era ainda relegada à condição de incapaz. A título ilustrativo, a ela era vedado aceitar ou repudiar herança ou legado, demandar em Juízo ou aceitar tutela e curatela sem a autorização do marido.

³³ Para Ferreira Muniz: “No sistema do Código Civil, a família repousa necessariamente no casamento e na filiação dele decorrente. Constitui-se a partir do casamento (art. 229) que assegura aos filhos concebidos em sua vigência um pai legítimo (art. 337). Desse modo, ao mesmo tempo em que a organização da família tem por base o casamento e, só o casamento dos pais confere aos filhos o estatuto privilegiado da legitimidade, verifica-se que o Código Civil reconhece nessa família “matrimonializada” seu único modelo.” (MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 75).

³⁴ Rosana Amara Girard Fachin destaca o papel dos filhos na família colonial: “Na história da família, a criança sempre exerceu um papel em que a relação de pais e filhos era fincada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho, na família patriarcal, era mais um elemento da força produtiva”. (FACHIN, Rosana Amara Girardi. Op. cit. p. 46).

³⁵ Analisando a reformulação da concepção da família, Eduardo Spinola destaca as grandes guerras do século passado como os eventos determinantes da emancipação feminina: “as duas grandes guerras que agitaram a humanidade neste século, com intervalo de 20 anos de uma para outra, interessam fundamentalmente a vida da família, precipitando, por quase toda parte, o reconhecimento da igualdade dos sexos, quanto ao gozo e exercício dos direitos políticos e civis. Arrastados ao campo de batalha os chefes da família, tiveram as mulheres que enfrentar o problema da direção e manutenção da prole, procurando fora do lar ocupações remuneratórias. Seguindo o

Pouco importavam os anseios pessoais. A família prestava-se mais à sobrevivência do que às relações afetivas.³⁶

Entretanto, na medida em que a mulher parte rumo à emancipação,³⁷ a sociedade passa a assistir as primeiras reformulações do modelo familiar herdado do período colonial.³⁸

Nesta toada, especialmente a partir da segunda metade do século XX, quando a mulher assume efetivas posições no mercado de trabalho, passando a contribuir economicamente para o sustento da família, começam a ser afastados, de forma lenta e gradual, os privilégios outrora concedidos ao cônjuge varão.³⁹

A supremacia familiar masculina começa a ceder, de tal sorte que marido e mulher passam a dividir – ainda que forma lenta⁴⁰ – as tarefas e a autoridade doméstica.⁴¹

exemplo das casadas, as solteiras compreenderam que poderiam obter sua independência econômica em atividades compatíveis com o seu aproveitamento na indústria, no comércio e em outras profissões. Afastavam-se assim da vida exclusivamente familiar e dos serviços domésticos.” (SPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro: casamento, relações entre os cônjuges, desquite, filiação e parentesco, regime de bens, tutela e curatela.** Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora S.A., 1954. p. 20).

³⁶ Consoante os estudos de Eni de Mesquita Samara: “mesmo com a incorporação massiva das mulheres solteiras e jovens no universo fabril, o trabalho domiciliar continuou permitindo que as casadas contribuíssem para a renda familiar sem deixar de exercer as funções básicas de mãe e donas-de-casa, para as quais tinham sido focalizadas e educadas. O que se nota, ainda nessa fase, é que apesar da República e das mudanças que estavam ocorrendo, a vida continuou girando em torno da família e que a legislação reforçou, uma vez mais, o privilégio masculino. O marido continuava, legalmente, com a designação de chefe de família, como no velho Código Filipino, compilado em Portugal em 1603. O Código Civil de 1916 reconheceu e legitimou a supremacia masculina, limitando o acesso feminino ao emprego e à propriedade. As mulheres casadas ainda eram legalmente, incapacitadas, e apenas na ausência do marido podiam assumir a liderança da família.” (SAMARA, Eni de Mesquita. Patriarcalismo, família e poder na sociedade brasileira (séculos XVI-XIX) **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 11, n. 22, mar/ago 1991. p 7-23).

³⁷ Nota do autor: que no Brasil, em grande parte, se deve ao advento do Estatuto da Mulher Casada.

³⁸ Nota do autor: inelutavelmente, outros fatores, que não a independência feminina, potencializaram a reformulação do modelo familiar colonial. Contudo, nada agiu de forma tão incisiva.

³⁹ Nota do autor: esse novo cenário inspira a edição de diplomas legislativos que bem refletem os primeiros passos da família, rumo à igualdade entre os cônjuges. Nesse sentido, merece destaque a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, que, para além de eliminar a pejorativa regra sobre a incapacidade da mulher casada, adotou, no tocante à organização da sociedade conjugal, a idéia de cooperação entre os cônjuges. Cabe, no entanto, a ressalva de que a Lei 4.121/1962 não abandonou a chefia da sociedade conjugal pelo marido.

⁴⁰ A respeito da reformulação da concepção da família, em apertada síntese, Eduardo Spinola esclarece que, a despeito da conquista do mercado de trabalho pela mulher e de seu crescente distanciamento do lar, a família não deixou de ser a base da sociedade. Muito pelo contrário, a emancipação feminina determinou uma verdadeira transformação dos papéis dos membros da família e promoveu a igualdade entre os cônjuges (SPINOLA, Eduardo. Op. cit. p. 20-25).

⁴¹ Consoante observam Lamartine e Ferreira Muniz, “os sociólogos observam que a integração da mulher no processo econômico confere-lhe maior poder de decisão e lhe proporciona relativa independência financeira. Com isso se acentua a tendência a desaparecer qualquer predeterminação de funções no interior da família (a autoridade e as tarefas domésticas tendem, portanto, a ser partilhadas igualmente entre os cônjuges)”. (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira Muniz. Op. cit. p. 10).

Tudo isso implica na ascensão de uma nova concepção de família, uma nova conformação que, estada na afetividade e na entre-ajuda, destina-se à realização pessoal e individual.

Sob este enfoque, José Lamartine e Francisco Ferreira Muniz⁴² enunciam a família como a “comunidade de afeto e entre-ajuda”, e atribuem essa nova conformação ao incremento das relações sentimentais ou afetivas entre os membros do grupo familiar:

A família transforma-se, no sentido de que se acentuam as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. É o fenômeno social da família conjugal, ou nuclear ou de procriação, onde o que mais conta, portanto é a intensidade da relação pessoal de seus membros. Diz-se por isso que é “a comunidade de afeto e entre-ajuda”.⁴³

A família legada do século XX assume uma perspectiva instrumental e eudemonista, na medida em que passa a existir em função do pleno desenvolvimento da pessoa, em razão da realização dos interesses afetivos e existenciais do ser humano e, desta forma, em prol da efetivação da máxima axiológica da dignidade da pessoa humana.

Esta nova concepção da família garantiu a alforria à mulher e ao filho: tais personagens passam a ter o direito à felicidade e à realização pessoal, na exata medida em que seus destinos deixam de ser sacrificados em prol da aparente e formal harmonia familiar.⁴⁴

A consagração legislativa dessa nova feição familiar deu-se com a edição da Constituição Federal de 1988.

⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco Ferreira. Op. cit. p. 10.

⁴³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco Ferreira. Op. cit. p. 11.

⁴⁴ Nota do autor: fundamental é a disposição constitucional que inaugura a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem *intra* ou *extra* casamento. Aliás, não é muito lembrar que, ao aniquilar o lastimável regime da legitimidade dos filhos, a Constituição Federal satisfaz os imperativos da dignidade da pessoa humana.

1.1.4 Família e entidades familiares na Constituição de 1988

Ao conceituar a família, inúmeros juristas antepararam sua concepção no casamento regulado e regulamentado pelo Estado e na união formal entre pais e filhos legítimos.

Com efeito, Clovis Beviláqua declarou que a:

Família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais longa, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.⁴⁵

Todavia, com esteio no atual texto constitucional, inexata é essa perspectiva. Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer como “entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”,⁴⁶ ou mesmo pela união estável de um homem e uma mulher, operou verdadeiro alargamento da concepção da família. Restou, pois, abandonada a visão da família como a união formal dos pais com seus filhos e consagrada a perspectiva instrumental e flexível.⁴⁷

A esse respeito, cite-se a lição de Gustavo Tepedino, para quem:

A regulação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros,

⁴⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p.16.

⁴⁶ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...]. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

⁴⁷ No tocante à consagração constitucional da família instrumental, importante citar a lição de Gustavo Tepedino: “A família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter um valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.” (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: Gustavo Tepedino (Coord). **Temas de direito civil**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 398).

devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.⁴⁸

Em outras palavras, acordada à sociedade contemporânea, que vê na família a célula primária da sociedade, a Carta Constitucional de 1988, abandonando antigas concepções e despojado de ultrapassados preconceitos garantiu ampla proteção a toda e qualquer comunidade familiar.⁴⁹

Essa nova conformação do texto constitucional é o resultado da conscientização da imprescindibilidade da proteção de toda e qualquer comunidade que garanta o desenvolvimento da personalidade dos filhos e que permita a promoção da dignidade de todos os seus integrantes.

Neste ponto, impreterível esclarecer que a união estável e as famílias dela decorrentes também mereceram tutela constitucional. Aliás, na mesma medida em que se tutelou a família fundada no casamento, ocupou-se da entidade familiar pautada nas uniões estáveis ou alicerçadas sobre o vínculo entre um dos pais e seus descendentes.

Destaque-se entendimento de Gustavo Tepedino a respeito do tema:

Pois bem: a Constituição de 1988, como se procurou sublinhar, alterou o objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família. A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima da proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento da tutela da dignidade da pessoa humana.

A falta de percepção do novo paradigma axiológico parece permear a

união estável (art. 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer entidade familiar ali prevista. Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificadas pela Constituição, no âmbito dos quais a família fundada no casamento é apenas um deles.⁵⁰

Diante de todas essas constatações, inelutável é a conclusão de que a Constituição Federal consagra e protege todas as comunidades familiares afetadas à formação da personalidade dos filhos e à plena realização da dignidade da pessoa humana.⁵¹ E, porque pouco importa a natureza do vínculo que une os membros desses grupamentos, até mesmo as uniões estáveis e as entidades monoparentais são reconhecidas como comunidades familiares pela Carta Constitucional de 1988.⁵²

A respeito da concepção atual da família, merece destaque a lição de Eduardo de Oliveira Leite, para quem:

Numa relação centrada no amor, e não na hierarquia; no afeto, e não na dominação prepotente; na verdade das intenções, e não na permissividade irresponsável, o que predomina é a igualdade. É o paralelismo de posições e situações. Se a condição jurídica da mulher modificou tanto nos últimos vinte anos, tal progresso se deve à extraordinária evolução das relações dos casais, e não a previsões legais, como poderia erroneamente se supor. Uma posição de igualdade social vem sendo pregada desde nossas primeiras constituições e se repetiu, ainda uma vez, na Constituição de 1988.⁵³

Sintetizando todas as análises referentes à família até agora realizadas, há que se ressaltar a lição da Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem:

Não se inicia qualquer locução a respeito da família se não se lembrar, a *priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim que a família é, por assim dizer, a

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p. 404-405.

⁵¹ Nestes termos, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que “Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 60 e 70 foram absorvidos pelo Texto Constitucional de 1988. Foi somente a partir daí, como já se disse anteriormente, que o Estado, Constitucionalmente, passou a dar proteção à famílias que não fossem constituídas pelo casamento. Então, podemos ver a família como um gênero que comporta varias espécies. É o reconhecimento de que a família não é mais singular. É plural.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit. p. 17-18).

⁵² Nota do autor: não é muito lembrar que, para o Código Civil de 1916, somente as comunidades instituídas pelo casamento eram consideradas “famílias”.

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 368.

história e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade.

A respeito de qualquer sociedade que se mencione, arcaica ou recente, ocidental ou oriental, bem sucedida ou não, cuja trajetória tenha contribuído, mais ou menos, para a formação do arcabouço histórico de todo o ciclo que o ser humano desenha sobre a face da terra, enfim, a respeito de qualquer sociedade, dois pólos são sempre obrigatoriamente referidos, como essencialmente integrantes de sua conjuntura: o pólo econômico e o pólo familiar.

Alguma vez, a ênfase pendula para um dos pólos, em franco desprestígio de outro, e vice versa. Alguma vez, o observador social refere melhor o aspecto econômico de uma sociedade – ou de parte temporal de sua construção – mas, em outras vezes, refletirá antes o paradigma da família, quando estiver intentando compreender e explicar as razões das mudanças comportamentais, ou de costumes, ou as sociais, ou as religiosas, ou quaisquer outras, enfim.

No que diz respeito à entidade familiar, acentuadamente, é sem dúvida, a sua influência nos desmoldes e reestruturações humanas de toda a sorte, especialmente quando se leva em conta a diversidade de sistemas que, ao longo da história da civilização, registraram e esculpiram os diferentes modelos de família.

Sempre importa, por isso, reconhecer o perfil evolutivo da família, ao longo da história, adaptá-lo ao incidente social, econômico, artístico, religioso ou político de cada época, para o efeito final de se buscar extrair os porquês das transmutações, os acertos e desacertos de cada percurso, a influência na consciência dos povos, sempre a partir do *modus* familiar e da relação efetivamente havida entre seus membros, mormente entre o homem e a mulher.

Muitos – e muito diferentes – foram, portanto, os grupos familiares e os valores que os nortearam, sendo verdade que alguns desses valores ainda se encontram em voga nos dias atuais, quer pela sua normal eternização, quer por terem sido ressuscitados após lapsos temporais mais ou menos longos.

De resto importa constatar, desde logo, e ao que tudo indica, que há uma imortalização da idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar essa verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre “como ponto de referência central do indivíduo na sociedade, uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.”

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, não importa, nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu *projeto de felicidade pessoal*.

Parece não restar dúvida, afinal, em cultura como a nossa, de que o núcleo familiar que se descortina contemporaneamente mostra-se “desintoxicado” do rigor – quase obrigatório da legitimidade. O modelo que era oferecido pelo legislador do século passado já não se oferta mais como “único” ou “melhor”, mesmo porque o descompasso gravado entre ele e a multiplicidade de modelos apresentados na “vida como ela é”, de tão enorme, já não admite a sobrevivência de outra saída que não esta, adotada, enfim, pelo legislador contemporâneo, de constitucionalizar relevantes inovações, entre elas, e principalmente, a desmistificação de que a família só se constitui a partir do casamento civilmente celebrado; a elevação da união livre, dita estável pelo constituinte, à categoria de entidade familiar; a conseqüência lógica de que, por isso, a união estável

passou a realizar, definitivamente, o papel de geratriz das relações familiares, ela também; a verificação de que efeitos distintos, além dos meramente patrimoniais, estão plasmados nestas outras – e constitucionalmente reguladas – formas de constituição de família, hoje. Constituído o núcleo familiar, enfim, de toda a sorte e qualquer que seja a sua base estrutural, o fato é que os efeitos patrimoniais derivarão dessa união de pessoas à volta do ideal comum de se associarem, perpetrando a espécie e buscando a efetivação de seus valores, sonhos e verdades.⁵⁴

Em resumo, ao consagrar a feição eudemonista da família, a Constituição Federal de 1988 reconheceu ser este núcleo um ambiente adequado ao desenvolvimento da atividade econômica, impulsionando, portanto, as sociedades constituídas no âmbito familiar. Assim, se a família é o *locus* destinado à plena realização da pessoa humana, também é o espaço salutar ao trabalho e, conseqüentemente, à exploração da atividade econômica.

Ressalte-se que a atual Constituição permite a ilação de que toda atividade que implicar na realização pessoal merece amplo desenvolvimento no seio familiar.

1.2 OUTROS NÚCLEOS ASSOCIATIVOS

Ao lado da família – que se desenvolve na velocidade das transformações sociais –, outros núcleos associativos não menos salutareos atravessam o tempo para acompanhar a história da humanidade. É o que ocorre com os modernos pactos societários, produtos diretos do fenômeno associativo humano.

1.2.1 Da família aos modernos pactos societários e à empresa

Acompanhando a tendência humana, no sentido de buscar na associação com seus semelhantes as melhores condições para a manutenção de sua vida, o homem primitivo encontrou na família o ambiente propício para a exploração das atividades econômicas.

⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 251-252.

Todavia, a associação entre os laços familiares e o desenvolvimento da atividade produtiva não se calçou no elemento volitivo. Longe de representar uma opção humana, a coalizão entre a família e os pactos societários havida na sociedade romana decorreu da indivisibilidade da herança⁵⁵ e da necessidade de perpetuar a exploração dos negócios outrora desenvolvidos pelo *pater familias*.

Reconhecendo esse estado de coisas, Alfredo Assis Gonçalves Neto,⁵⁶ Rubens Requião⁵⁷ e Paul Rehme⁵⁸ declaram que as primeiras manifestações das atuais sociedades e associações ocorreram no ambiente familiar romano, em decorrência e sob o influxo das forças da herança e da consangüinidade.

Também em análise das origens dos modernos pactos societários, Waldemar Martins Ferreira enuncia que com a morte do *pater familias* “não se abria, a bem dizer, a sucessão: tudo continuava como dantes. Subsistia a propriedade comum indivisa no *heredium* e assim se mantinha por força das circunstâncias ditadas pelo regime dominante”.⁵⁹

⁵⁵ Nota do autor: na ocasião, a família mantinha a perspectiva patriarcal, na medida em que os descendentes aglomeravam-se em torno do *pater familias*.

⁵⁶ Assim se manifesta Alfredo Assis Gonçalves Neto: “essas sociedades de fins interesseiros (econômicos), segundo a doutrina dominante, surgiram a partir da necessidade de os herdeiros prosseguirem no desenvolvimento das atividades exercidas pelo *pater familiae*. Formaram-se, inicialmente, com os membros de uma mesma família que a geriam em comum, sentados à mesma mesa e comendo do mesmo pão (*cum panis*); posteriormente essas sociedades acolheram terceiros, estranhos aos membros da família, surgindo, aí, a necessidade de unir por contrato aqueles a quem os laços de sangue já não uniam mais”. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário**: teoria geral, sociedade simples, sociedade cooperativa, sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em conta de participação, sociedade limitada. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 3).

⁵⁷ No que atine à ligação entre as sociedades e a família, imprescindível destacar a lição de Rubens Requião, para quem: “não era somente a comunhão dos interesses que ditava a associação de serviços e bens, mas certas necessidades familiares. Os autores, em sua maioria, explicam o uso da *sociedade em nome coletivo*, a cujo tipo de assemelham as sociedades romanas e medievais, como necessidade familiar relativamente ao prosseguimento do negócio pelos herdeiros do mercador falecido, ou quando se dispunham a explorar em comum os bens herdados. O *Consortium*, neste caso, transforma-se em *societas Natural* – como escreve Ripert – que, nesse negócio, persistisse a idéia de *ius fraternalis*.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 264).

⁵⁸ Explicando o surgimento das sociedades na Alemanha, Paul Rheme, citado por Rubens Requião, esclarece que: “[...] em muitos textos aparece como caso normal vários irmãos, ao continuar a exploração do pai, depois de seu falecimento, contrataram mancomunadamente. As sociedades coletivas de que temos concretamente notícias estavam constituídas, em sua maior parte, entre irmãos (ou entre outros parentes). Isto é certo, não só a respeito de muitas grandes casas de comércio, como, por exemplo, a dos Fugger de Augsburg, senão também pelo que se refere a outras de menor importância. Basta esse dado, prescindindo de outras considerações, para que se possa chegar à conclusão de que esta é a forma mais antiga de sociedade coletiva; podemos, pois, sustentar que a sociedade coletiva, na Alemanha como nos países mediterrâneos, teve origem, ao menos em parte, na associação familiar.” (RHEME, Paul *apud* REQUIÃO, Rubens. Op cit. p. 264).

⁵⁹ FERREIRA, Waldemar Martins. Op. cit., p. 39.

Todavia, há que se esclarecer que a forçosa coexistência entre a família e o gérmen dos contemporâneos pactos societários teve seu fim com a edição da Lei das XII Tábuas, diploma que, ao consagrar a *actio familiae erciscundae*, oportunizou aos herdeiros do *pater familias* o requerimento da partilha judicial da herança.

Em que pese a aniquilação da imposta comunhão dos herdeiros, no tocante à exploração dos negócios até então desenvolvidos pelo *de cuius*, o impulso associativo humano fez com que o homem visse na associação voluntária com seu semelhante a chance de incremento da produtividade e dos lucros. Subsistiu, de tal forma, aquela primitiva forma de sociedade.

A esse respeito, imperioso destacar a lição de Waldemar Martins Ferreira:

Desaparecido o interesse familiar e coletivo, que se cristalizava na herança indivisa; passando-se a dividir os bens entre os herdeiros – viram-se estes, não obstante, na necessidade de associarem-se, voluntária e consensualmente, a fim de poderem explorar a propriedade com maior probabilidade de ganhos. Surgiu a *societas*. Nela divisou Dernburg a comunhão contratual do patrimônio. Não devia ela, acentuou o tratadista, consistir necessariamente no condomínio: bastava que se estabelecesse mediante obrigações recíprocas – e isso aconteceu – por via de seu emprego ao uso comum, a fim de partilharem-se lucros e perdas.⁶⁰

Acompanhando o ponto de vista até aqui comentado, Pontes de Miranda encontra nas relações humanas e – diga-se mais – no espírito associativo humano a gênese do contrato de sociedade sem origem hereditária.⁶¹

Sob esse enfoque, esclarece o tratadista que, na época de Gaio, as sociedades de fundo hereditário não estavam mais presentes no direito romano:

O contrato sem a origem hereditária, com a universalidade, ou sem ela, inclusive para a exploração de uma só indústria ou de um só negócio, apareceu, indubitavelmente, por exigência das relações humanas. Gaio (Inst., III, 148) é expressivo; e o texto descoberto mostra que, no seu tempo, a sociedade de fundo hereditário, essa, já de muito desaparecera.⁶²

Todas essas constatações demonstram que os modernos pactos societários nasceram seio da família, como decorrência da indivisibilidade da propriedade do *de cuius*. E a manutenção dessas primitivas formas societárias após o surgimento da *actio familiae erciscundae* manifesta ainda hoje o prevalectimento do espírito

⁶⁰ FERREIRA, Waldemar Martins. Op. cit. p. 46.

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. p. 8.

⁶² Idem. Ibidem. p. 8.

associativo – que manteve o homem unido aos seus pares para o desenvolvimento da atividade produtiva – sobre a individualidade e o egoísmo ínsitos ao ser humano.

Observe-se que, acerca do surgimento das sociedades no direito romano,⁶³ somente no período medieval (quando o direito comercial se desenvolveu de forma substancial) foram adotados, de forma efetiva, os tipos societários atualmente utilizados para organizar a exploração da atividade econômica.

A esse respeito, o comercialista José Waldecy Lucena advoga que o direito romano sequer conheceu as sociedades tipicamente comerciais, muito embora tenha adotado algumas das atuais regras do direito societário.

Com efeito, para esse autor, grande parte das categorizações e regramentos típicos do direito societário passaram completamente despercebidos pela sociedade romana, sendo descobertos – ou inventados – somente pela sociedade europeia do medievo.⁶⁴ *In verbis*:

Embora as sociedades tenham alcançado razoável desenvolvimento no direito romano [...], verdade é que as diversas formas de sociedades de comércio atualmente utilizadas em todos os países civilizados possuem sua origem histórica nos estatutos das cidades comerciantes da Idade Média, e especialmente das cidades italianas. Foi pois o comerciante medievo que deu início ao desenvolvimento das sociedades comerciais, tal como hoje a conhecemos”. Ademais, o “direito romano [...] não conheceu as sociedades tipicamente comerciais, na adoção de certas regras do direito societário [...]”. Por outro lado, “no fim da Idade Média, com exceção da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, já existiam as atuais sociedades, algumas mais em germe, outras mais aperfeiçoadas, tendo inclusive surgido, embora sem o rigor doutrinário hodierno, a distinção entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais [...]”.⁶⁵

A verdade é que, muito embora o fenômeno societário tenha atingido significativas proporções somente na Idade Média, a família romana mostrou-se o espaço adequado ao surgimento do embrião dos modernos pactos societários.

⁶³ Paul Rehme, aliás, defende o surgimento da sociedade coletiva – ou sociedade em nome coletivo – na sociedade romana, mais especificamente no âmbito da família romana. (RHEME, Paul *apud* REQUIÃO, Rubens. Op cit. p. 264).

⁶⁴ A título ilustrativo, os pactos associativos se especializam, a ponto de se subdividirem entre as sociedades e as associações, somente após o surgimento da moderna concepção de propriedade privada. A esse respeito, Alfredo Assis Gonçalves Neto esclarece que “só muitíssimo mais tarde, já numa fase bem mais avançada, é que, com o surgir da propriedade individual e com o envolver civilizatório, nascem agremiações com finalidades claramente predeterminadas, umas colimando fins interesseiros, a bem de seus associados, outras propondo-se a finalidades impessoais e altruísticas”. Ora, as agremiações com finalidades impessoais e altruísticas ganham a alcunha “associação”, enquanto que os conglomerados de fins interesseiros são denominados “sociedades”. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. Op. cit., p. 3).

⁶⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 2-3.

Mas a conexão entre a família e a temática empresarial não se restringe ao surgimento das sociedades. Muito pelo contrário, a gênese do elemento basilar do moderno direito empresarial (a empresa) deve-se também à família, especialmente à indústria doméstica ou familiar.

Ora, conquanto não se possa cogitar da existência de uma empresa familiar, mormente entre os povos primitivos, uma vez que a produção doméstica se destinava, única e exclusivamente, à subsistência dos membros da comunidade familiar⁶⁶, a verdade é que os excedentes na produção familiar permitiram o aparecimento do escambo e, posteriormente, da empresa.⁶⁷

A esse respeito, apercebendo-se de que o excedente da produção familiar era passível de negociação no mercado, o homem primitivo começou a organizar seu trabalho com vistas a uma produção sobressalente. Neste exato momento, a humanidade faz surgir a empresa como o novo modo de produção.

Note-se, portanto, que, a despeito de seu natural e gradual distanciamento da família,⁶⁸ a empresa – a exemplo dos modernos pactos societários – teve sua gênese no interior da comunidade familiar.

⁶⁶ Relativamente à indústria familiar, K. Bücher, citado pelo doutrinador Evaristo de Moraes Filho, esclarece que: “o estágio da economia doméstica fechada caracteriza-se pelo fato que todo o seu ciclo, da produção ao consumo, se completa dentro dos limites restritos da casa (da família, da tribo). Em casa, o gênero e a medida de sua produção são prescritos pelas necessidades de consumo daqueles que lhe pertencem. Cada produto percorre todas as fases de sua evolução, da aquisição da matéria-prima até a transformação em bem pronto a ser consumido, na mesma .12 w0 g0 gQq0 g85.034 406.(a)1(

1.2.2 Sociedades e empresas familiares

Já foi dito que a Constituição Federal de 1988, ao tutelar a família, o fez de forma plural. Isso porque tal diploma legislativo reconheceu como família toda e qualquer comunidade destinada à promoção da plena dignidade do ser humano e ao integral desenvolvimento dos filhos. A estes – frise-se bem – o ordenamento jurídico pátrio conferiu a mais ampla e irrestrita proteção mediante a adoção da teoria da proteção integral, doutrina que orientou a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990).

Ora, na medida em que consagrou a visão instrumental e eudemonista na família (a família só merece proteção do Estado enquanto, de fato, destinar-se à promoção da dignidade da pessoa humana e ao integral desenvolvimento dos filhos), a Constituição Federal reconheceu que, no âmbito familiar, todas as atividades necessárias à concretização da dignidade do ser humano são possíveis e merecem a proteção do Estado.

A partir dessas constatações, é possível dizer que a Carta Constitucional, de forma implícita, consagrou, como um postulado da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, a liberdade de exploração da atividade econômica mediante a organização da empresa e a constituição de sociedades no ambiente familiar.

Mas, se por um lado a postura do constituinte representou certa inovação legislativa, por outro, apenas refletiu a atual conformação da sociedade brasileira que, destaque-se, é pródiga de empresas (pequenas, médias ou grandes) e sociedades exploradas e constituídas no âmbito familiar.

Verificado o fundamento de validade das empresas e sociedades familiares, e antes de partir para o estudo destas sociedades, mister tecer breves considerações acerca das distinções entre “empresa” e “sociedade”. Isto para que – a exemplo do que se fez em relação aos outros pontos doutrinariamente controvertidos – sejam eliminados, desde logo, eventuais celeumas.

século XIII), exercitou-se uma economia de consumo, em que o fim da atividade produtiva era prover a própria subsistência; nos cinco seguintes (do século XII ao século XVIII), uma economia para o mercado, em que o fim da atividade produtiva era auferir lucros pela especulação.” (LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993. p. 4.).

Pois bem, nos termos do artigo 966 do Código Civil brasileiro, considera-se empresário todo aquele que, de forma profissional, exerce a exploração da atividade econômica com vistas à produção e/ou circulação de bens ou serviços.

A partir do mencionado dispositivo legal, e em vista da inexistência de um conceito legal, depreende-se que “empresa” nada mais é do que a atividade econômica desenvolvida com vistas à produção ou circulação de bens e serviços, e “empresário”, todo aquele que exerce tal atividade.

Dessa forma, e de acordo com a doutrina comercialista de Rachel Sztajn, empresa é a atividade econômica organizada pelo empresário, cuja produção volta-se ao mercado.⁶⁹

Evidentemente, muito mais há que se dizer acerca da empresa, especialmente porque, desde sua transposição para o direito (que se deu mais especificamente por ocasião da consagração da teoria da empresa pelo Código Civil italiano de 1942), poucos foram os estudiosos que se debruçaram sobre sua natureza jurídica. Todavia, tendo em vista que tal análise foge do objeto deste trabalho, prescindível sua abstração.

De qualquer forma, é bom esclarecer que, durante décadas, a empresa não passou do simples fenômeno poliédrico descrito por muitos doutrinadores que, repetindo os ensinamentos de Alberto Asquini, restringiram-se a definir “empresa” como “atividade” – coisa que, aliás, de há muito a economia já havia feito.

A verdade é que a maioria dos doutrinadores deixou de se debruçar sobre a investigação da natureza e caracterização jurídicas da empresa. Só recentemente, doutrinadores como Vincenzo Buonocore e Rachel Sztajn passaram a se preocupar com a discussão da natureza jurídica da empresa.

Com relação à escassez de estudos jurídicos acerca da empresa, em palestra proferida na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rubens Requião destaca, ao abordar o tema relativo ao conceito de empresa, que a ciência jurídica é parca de estudos que tratem do assunto de forma jurídica, e não apenas transladando seu conceito econômico ao direito.

Cite-se parte do pronunciamento do referido comercialista:

⁶⁹ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresaria e mercados. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Ao abordar o tema, devemos considerar, inicialmente, as conhecidas perplexidades que dominam o espírito dos juristas, que não puderam ainda deslindar o mérito da natureza jurídica da empresa, conformando-se apenas a se ocuparem do empresário.

A Economia assumiu o domínio dos estudos da teoria da empresa, a ponto de os juristas, sobretudo os comercialistas, adotarem o conceito econômico, sobre o qual passaremos a trabalhar.⁷⁰

Compreendida a noção de “empresa”, pode-se dizer que “sociedades”, por sua vez, são entidades resultantes da união de duas ou mais pessoas⁷¹ que se associam para a exploração de determinado objeto, tendo normalmente em vista uma finalidade lucrativa.⁷²

Esse entendimento é sacramentado pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

Sobre isso, o revogado Código Civil de 1916 fixava, em seu artigo 1.363, que “celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fim comum”.

Por sua vez, o atual Código Civil, em seu artigo 981, estabelece que “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. E deixa claro, em seu parágrafo único que “A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.

Ainda no que pertine às sociedades, há que se salientar que elas adquirem o *status* de sujeitos de direito quando lhes é outorgada a personalidade jurídica, o que ocorre por ocasião da averbação de seus atos constitutivos no registro competente.⁷³

⁷⁰ Nota do autor: vide cópia do encarte original da palestra no Anexo I desta pesquisa. A esse respeito, não é muito esclarecer que o encarte em questão é documento raro e, por isso mesmo, de difícil consulta. Além disso, o pronunciamento nele contido sintetiza as atuais discussões sobre a natureza jurídica da empresa e fornece elementos para os estudos vindouros.

⁷¹ Importante esclarecer que a doutrina vem debatendo fervorosamente a existência das sociedades unipessoais. Isso principalmente em virtude das previsões legislativas que permitem a existência de sociedades formadas por apenas uma pessoa – exemplo de sociedade unipessoal é a sociedade subsidiária integral prevista pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a mencionada pelo inciso IV do artigo 1033 do atual Código Civil. A respeito do tema, verifiquem-se as obras de Edson Isfer (**Sociedades unipessoais, empresas individuais & responsabilidade limitada**. Curitiba: Juruá, 1996) e de Calixto Salomão Filho (**A sociedade unipessoal**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995).

⁷² Para Pontes de Miranda, “contrato de sociedade é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se vinculam, reciprocamente, a colimar fim comum, mediante a co-atividade”. (MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 11.).

⁷³ Nota do autor: lembre-se que, a teor do artigo 45 do atual Código Civil (“Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”) a sociedade somente adquire personalidade jurídica e, conseqüentemente, recebe o *status* de sujeito de direito após a inscrição de seu ato constitutivo no registro competente.

Feitas essas breves observações, é possível concluir que, enquanto a “empresa” é a atividade⁷⁴ explorada com vistas à produção e/ou circulação de bens e serviços, a “sociedade” ocupa a posição de agente econômico e qualifica-se como sujeito de direito. Isso porque a sociedade, como titular da empresa, organiza a atividade econômica e dá ensejo à produção ou circulação de bens ou serviços.⁷⁵

Eis a diferença entre “empresa” e “sociedade”.

Exaurido o estudo das noções fundamentais inerentes a este capítulo, e entendendo-se feitas todas as ressalvas aqui cabíveis, pode-se, finalmente, partir para o estudo das sociedades familiares.

⁷⁴ Novamente é importante lembrar que a definição de “empresa” como atividade encontra-se já superada, todavia, este é o conceito mais largamente difundido na doutrina e na jurisprudência. A esse respeito, sem pretender adentrar ao estudo da natureza jurídica da empresa que, aliás, não se relaciona com o objeto deste trabalho, destaca-se a lição da comercialista e professora da Universidade de São Paulo, Rachel Sztajn, para quem a empresa pode ser encarada como um feixe de contratos concatenados para a produção destinada ao mercado: “Pensar-se a empresa como feixe ou nexo de contratos, a expressão *elemento de empresa*, a que recorre o legislador brasileiro no parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002, para ver aí uma organização contratual decorrente da necessidade de produzir para o mercado, sem que se faça imperiosa projeção material no estabelecimento, em que seja necessário algum tipo de especialização e repartição de tarefas para alcançar o resultado, facilita a imputação da atividade ainda quando se compreenda personalíssima”, ou seja, arraigada ao empresário. (SZTAJN, Rachel. Op. cit. p. 221).

⁷⁵ Nota do autor: na sistemática do Livro II do Código Civil de 2002, as empresas são passíveis de titularidade tanto pelas sociedades (que quando organizam a empresa são classificadas “empresárias” e recebem a denominação “empresário coletivo”) quanto pelos empresários individuais.

CAPÍTULO 2: A SOCIEDADE FAMILIAR

Consoante as ilações do capítulo anterior, é histórica a convivência entre a família, os modernos pactos societários e a empresa. Aliás, o estudo das origens da empresa e das sociedades revelou que o gérmen de tais fenômenos eclodiu no seio da comunidade familiar.

Com efeito, ainda que as sociedades e empresas tenham se afastado da família, na exata medida em que suas existências deixaram de depender dos laços familiares, a verdade é que as empresas e sociedades permanecem coligadas à família, mormente mediante a organização de empresas e sociedades estruturadas no ambiente familiar.

Tendo em vista o tema nuclear deste capítulo (a sociedade familiar), a pesquisa doravante desenvolvida focará a sociedade familiar e, apenas incidentalmente, a empresa familiar.

2.1 A SOCIEDADE LIMITADA COMO ESPÉCIE SOCIETÁRIA PREDOMINANTE

Preteritamente ao surgimento da sociedade limitada, todo aquele que explorasse a atividade econômica de uma forma não tão profissional que permitisse o uso da sociedade anônima, sentia a necessidade de criação de um novo mecanismo societário que, além de consagrar o postulado da limitação da responsabilidade – elemento específico das burocráticas sociedades capitalistas, cujo exemplo mais marcante é a sociedade anônima –, garantisse a informalidade ínsita às sociedades de pessoas.

Nesta toada, o comercialista Nelson Abrão esclarece que:

[...] Antes do surgimento daquela que, a rigor, pode ser considerada o modelo dos demais tipos, a alemã de 1892, apresentava-se assim o quadro legal das sociedades mercantis: de um lado, as sociedades por ações, em que se obtinha a regalia da limitação da responsabilidade, mas restringia-se ao mínimo, ou anulava-se, a atuação pessoal do participante; de outro, as chamadas sociedades de pessoas, em que a responsabilidade dos sócios era solidária e ilimitada, muito embora, em contrapartida, fosse de formação

mais simples e de funcionamento menos complexo do que as sociedades por ações.⁷⁶

Por sua vez, José Waldecy Lucena, doutrina:

Ressentiam-se o pequeno e o médio comerciantes da existência de uma forma de sociedade que conjugasse a limitação da responsabilidade dos sócios, própria da anônima, com a forma não dispendiosa, simples e desburocratizada de criação e funcionamento, características das sociedades em nome coletivo e em comandita.⁷⁷

Ciente dos anseios sociais, o legislador alemão, em 1892,⁷⁸ disciplinou a inédita⁷⁹ sociedade por quotas de responsabilidade limitada que, desde seu advento,

⁷⁶ ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. Atualização de Carlos Henrique Abrão. 7ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2-3.

⁷⁷ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 3.

⁷⁸ Segundo a melhor doutrina, a sociedade limitada, outrora denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada, surgiu na Alemanha e seu advento se deve à inexistência de um modelo societário que, na época, congregasse a informalidade típica das sociedades de pessoas com a limitação de responsabilidade até então somente outorgada às sociedades de capitais, espécies societárias permeadas pela formalidade. Ratificando esse entendimento, Fran Martins esclarece que as sociedades limitadas “foram criadas [...] a fim de atender as necessidades econômicas do comércio, que precisava de uma sociedade comercial em que os sócios pudessem limitar a sua responsabilidade – princípio característico das sociedades anônimas – sem as dificuldades e inconveniências dessas, como a organização demorada e custosa, o apelo ao público para a formação do capital social e a livre cessibilidade das ações.” MARTINS, Fran. **Das sociedades de responsabilidade limitada no direito estrangeiro**. v. 1. [S.I.]: Editora da Universidade do Ceará, [1956?]. p. 27. (Monografias: Série A – Direito).

⁷⁹ A despeito de o tema já estar praticamente pacificado na atualidade e de não ter necessária conexão com o objeto deste trabalho, há que se esclarecer que ainda remanesce a discussão acerca do sistema legislativo que fez nascer a sociedade limitada. Para alguns, o legislador inglês teria, anteriormente ao alemão, editado diploma legislativo concernente às *private companies*, estrutura que, para estes, corresponderia à sociedade limitada de que ora se está tratando. Todavia, tais posicionamentos já foram devidamente afastados pela doutrina mais autorizada. Nestes termos, Fran Martins esclarece que “Deve-se considerar, entretanto, que as *private companies* inglesas não são, exatamente, o mesmo tipo das sociedades de responsabilidade existentes no direito continental, possuindo quase todas as características das sociedades anônimas, com restrições impostas pelo costume apenas quanto ao modo de formação, ao número de sócios e cessão de quotas sociais, por sinal chamadas de ações (*shares*).” (MARTINS, Fran. Op. cit. p. 16-17). Sylvio Marcondes Machado, por sua vez, doutrina que “A *private company* é uma criação da prática e revestiu, pouco a pouco, a sua fisionomia especial, sob o império de necessidades econômicas que o legislador consagrou e regulamentou / tal como é concebida na lei inglesa, surgiu por uma evolução do tipo de sociedade que ali corresponde à sociedade anônima, através do direito costumeiro.” (MACHADO, Sylvio Marcondes. **Ensaio sobre as sociedades limitadas**. São Paulo: [s.n.], 1940. p. 22-26.). Nesta mesma esteira, João Eunápio Borges advoga que: “Foi a lei alemã de 1892 que, pela primeira vez, a disciplinou, dando à sociedade de responsabilidade limitada uma forma típica e especial que a diferenciou nitidamente das sociedades por ações. No período de intenso desenvolvimento industrial e comercial iniciado com a vitória na guerra de 1870, fez-se sentir vivamente na Alemanha a necessidade de um tipo de sociedade limitada mais simples e mais econômica que a sociedade por ações. E pode-se afirmar que não foi nas *limited companies* do direito inglês, mas em antigas sociedades originárias do direito germânico – a *Reederei* (consórcio de armadores) e a *Gewerkschaft* (sociedade monástica, de mineradores) – que se inspirou a lei de 20 de abril de 1892, pela qual foi introduzida na legislação alemã a sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*), e que serviu de modelo às que lhe seguiram, em diversos países”. (BORBA,

tornou-se o modelo societário mais largamente utilizado para o desenvolvimento e exploração da atividade econômica.⁸⁰ Isso graças à associação entre informalidade e limitação da responsabilidade.

Mas, para além de capitanear o desenvolvimento da atividade econômica de forma lata, a sociedade limitada constituiu-se no carro chefe das sociedades familiares, não somente em decorrência da sua informalidade e limitação de responsabilidade, mas também graças ao seu traço fortemente personalíssimo.

Em virtude da predominância da sociedade limitada, no tocante à estruturação da sociedade familiar, forçoso é o estudo de sua caracterização.

2.1.1 Caracterização da sociedade limitada

Desde seu advento no direito alemão, a sociedade limitada é caracterizada pela informalidade. A esse respeito, vale lembrar que sua origem decorreu da necessidade de um modelo societário que agregasse à limitação de responsabilidade (corolário das sociedades capitalistas) a informalidade típica das sociedades personalíssimas.

Consagrada no Brasil pelo Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, a sociedade limitada se propagou amplamente, mormente em virtude da simplicidade

João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 329.). Por fim, Nelson Abrão esclarece que: “Não é possível concordar com os autores que ligam o surgimento das sociedades por quotas de responsabilidade às *private partnerships* do direito inglês. Isto porque a *partnership* e a *limited partnership* do direito anglo-saxão correspondem, respectivamente, à sociedade em nome coletivo e à sociedade em comandita. A *partnership* criou-se segundo uma evolução paralela à sociedade coletiva. A *limited partnership* foi, segundo declaração dos próprios legisladores, uma imitação da sociedade em *comandita*. É verdade, porém, que a sociedade limitada do direito continental europeu tem uma certa analogia com a *private company* do direito inglês: Na Grã-Bretanha é conhecido como a *company* representa um instituto suscetível de diversas utilizações e é conhecida a diferença entre a *public* e a *private company*. A segunda desempenha função de outro modo assumida pela sociedade de responsabilidade limitada: ela, porém, não se caracteriza como um autônomo tipo societário, mas por algumas particulares previsões nos *articles of association* pela presença de cláusulas estatutárias que limitam a transferência de ações, o número de sócios e excluem um convite público para subscrever ações. (ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 2).

⁸⁰ Nota do autor: segundo estatísticas da Junta Comercial do Estado do Paraná, nos anos de 2003 e 2004 surgiram, em média, vinte e quatro mil, setecentos e trinta novas sociedades limitadas, em detrimento das quatrocentos e vinte e cinco novas sociedades anônimas (**JUCEPAR**. Relatórios Estatísticos. Disponível em: <http://www.pr.gov.br/jucepar/pg_relatorio.shtml>. Acesso em: 15 de outubro de 2006).

de seu diploma legislativo que – exatamente por ser sucinto – garantiu inédita elasticidade à sociedade limitada.⁸¹

A respeito da salutar simplicidade do Decreto n.º 3.708/1919, o Professor de Direito Comercial, Dr. Waldirio Bulgarelli, comenta que:

[...] essa lei, que como já frisamos é bastante sucinta, apesar das críticas que mereceu e ainda recebe de muitos autores, serviu como uma luva à pequena e média empresa brasileira, e continua a sua marcha de grande sucesso, embora gere, como é natural, uma série de problemas, os quais, porém, via de regra, vêm sendo resolvidos sem maiores dificuldades pela nossa jurisprudência.⁸²

Relativamente ao revogado Decreto n.º 3.708/1919, em apertadíssima síntese, ele se limitou à tutela dos pontos cruciais de qualquer sociedade, quais sejam: o nome comercial, a responsabilidade limitada, a gerência, as deliberações sociais, o objeto social e o capital.

⁸¹ Em defesa ao Decreto 3.708/1919 Waldecy Lucena assim se manifesta: “a redação da lei, é de se reconhecer, não é atremada, nem está à altura dos juristas da época e de que é maior exemplo o Código Civil, discutido e votado alguns anos antes. Mas de outro lado, resulta hialinamente claro que o projetista, diante de seus moldes de inspiração, o projeto de Inglês de Souza, a lei alemã de 20 de abril de 1892, a lei portuguesa de 11 de abril de 1901, essas extremamente extensas (aquela com 82 artigos, esta com 65), cuidou de redigir um texto mais enxuto, talvez contando com que o projeto, quando em votação, tal como acontecera com o Código Civil, de promulgação então recente, recebesse emendas e correções. Mas, para a surpresa geral e provavelmente do próprio autor do projeto, este, apresentado em 20 de setembro de 1918, já a 3 de outubro recebia parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, da lavra de Arnolpo Azevedo, sendo em seguida aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, onde, em 30 de dezembro de 1918, após receber parecer favorável da Comissão de Justiça e Legislação, foi aprovado, igualmente sem debates, subindo então à sanção presidencial, a qual se efetivou a 10 de janeiro de 1919 pelo Vice-Presidente em exercício, Delphim Moreira da Costa Ribeiro, com o Decreto n.º 3.708, quando da lei se tratava”. Nesta esteira, continua Lucena: “embora não tenha obrado o legislador com acribia ao redigir o Decreto, não obstante às vezes atécnico, em alguns pontos omissos, em outros obscuros, certo é que os elementos essenciais da sociedade (denominação social, responsabilidade limitada, administração, sócios, objeto social, capital, princípio majoritário, etc.) foram disciplinados. [...] Nem se conformou o vaticínio de Waldemar Ferreira formulado em obra escrita após a vigência do Decreto 3.708, *verbis*: ‘Promulgado e publicado, foi recebido com legítima surpresa, que se tornou maior diante da sua deficiência, que vai ser, evidentemente, um tormento para o comércio e para os tribunais, quando tiverem de aplicar. Estamos a ver nele sementeira de decepções. E também de demandas...’ Em longos anos de judicatura, pudemos constatar que as demandas surgidas a respeito das sociedades por quotas não eram numerosas. Ao contrário, sempre nos pareceram diminutas.” (LUCENA, José Waldecy. Op. cit, p. 21-26).

⁸² BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais, sociedades civis e cooperativas, empresas e estabelecimento comercial**: estudos das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresas e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, análise das sociedades civis, estudo das sociedades cooperativas. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 121).

Sob esse vértice, há que se destacar que o artigo 2º do Decreto, ao fazer expressa referência aos artigos 300 a 302 do parcialmente revogado⁸³ Código Comercial brasileiro, determinou que a constituição do modelo societário fosse regulada mediante a celebração de contrato social.⁸⁴

No tocante ao nome comercial, o Decreto fixava a possibilidade de uso da firma ou da denominação social, ambas acompanhadas pela expressão “limitada” grafada por extenso ou abreviadamente.⁸⁵ Nos termos do § 2º do artigo 3º, a omissão da expressão implicaria no afastamento da limitação da responsabilidade, relativamente aos sócios gerentes e a todos aqueles que lançassem mão da firma ou da denominação.

⁸³ Nota do autor: é preciso lembrar que a promulgação do Código Civil de 2002 não implicou na revogação completa do Código Comercial. Isso porque sua parte segunda (referente ao direito marítimo) continua plenamente em vigor. Por outro lado, sua parte terceira, referente às “quebras” já estava revogada desde 1945, época em que entrou em vigor o Decreto n.º 7661. Sinteticamente, apenas a primeira parte do Código Comercial foi revogada pelo Código Civil de 2002.

⁸⁴ A respeito do ato constitutivo da sociedade limitada, quando regida pelo Decreto n.º 3.708/1919, Nelson Abrão esclarece que: “dispõe o art. 2º do Decreto 3.708 que ‘o título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 a 302 e seus números do Código Comercial...”. Destarte, sujeita-se a constituição da sociedade por quotas de responsabilidade limitada à elaboração de um contrato ‘por escritura pública ou particular’, como se lê no referido art. 300. Surge ela, pois, contratualmente. Constitui-se por avença dos interessados, por meio de um contrato que Ascarelli divulgou como ‘plurilateral, o qual se caracteriza a) pela possibilidade de participação de mais de duas partes; b) pelo fato de que, quanto a todas essas partes, decorrem do contrato quer as obrigações de um lado, quer os direitos de outro.” (ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 42).

⁸⁵ No 47(q)1(u)o28(p)1(o)1(r)]TJET3ETQ041(u)1-6(t. p)1(.)-11(4)1(2)1()<29>()-4(.)]TJETQ(o)1(r)]TJET3ETQ(o)1(r)

Acerca da supressão da expressão “limitada” no nome comercial, José Waldecy Lucena assim se pronunciou:

O item 2º, do artigo 302, do Código Comercial, em comento, expressa que o contrato deve conter ‘sendo a sociedade com firma, a firma por que a sociedade há de ser conhecida.’ A disposição há de ser complementada com o artigo 3º, do Decreto 3.708, permissivo de que as sociedades por quotas adotem também, a líbito dos sócios, uma denominação particular. De evidência que a ausência desse requisito não acarretaria a nulidade do contrato, mas tão-somente a caracterização da sociedade como coletiva. É que se o Decreto n.º 3.708 é imperativo ao exigir que a firma ou a denominação sejam sempre seguidas pela palavra “limitada”, sob pena de tornar a responsabilidade dos sócios ilimitada e solidária (art. 3º, § 2º), há que se concluir que a falta de menção da firma ou da denominação acarretará logicamente a omissão do vocábulo “limitada”, o que caracterizará a sociedade como coletiva, porque, não definido o tipo social de qualquer sociedade comercial, esta será então considerada sociedade em nome coletivo, a qual – no expressivo dizer de Carvalho de Mendonça – “é o tipo modelo das sociedades comerciais”, ou seja, “a sociedade comercial do direito comum. Certo que o Decreto n.º 3.708, em face da omissão da palavra “limitada”, apenas expressa que ‘serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social’ (art. 3º, § 2º). Mas a mens legis parece-nos evidente. Omitida a declaração no próprio contrato de constituição da sociedade, esta já nasce como sociedade em nome coletivo, tornando todos os sócios, gerentes ou não, ilimitada e solidariamente responsáveis, não podendo ser oposta a terceiros a limitação de responsabilidade dos sócios não-gerentes. Mas, se constituída regularmente a sociedade, os sócios-gerentes ou os sócios que usarem da firma omitirem a declaração, então a responsabilidade solidária e ilimitada será restrita a eles.⁸⁶

No que toca à gerência da sociedade, quatro artigos⁸⁷ fixavam regras gerais. Em apertada síntese, tais dispositivos estabeleciam (i) que somente aos sócios era possível a gerência da sociedade⁸⁸; (ii) que suas atividades – as dos

⁸⁶ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 93.

⁸⁷ “Art.10. Os socios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei. (...) Art. 12. Os socios gerentes poderão ser dispensados de caução pelo contracto social. (...) Art. 13. O uso da firma cabe aos socios gerentes; si, porém, forem omisso o contracto, todos os socios della poderão usar. É licito aos gerentes delegar o uso da firma sómente quando o contracto não contiver clausula que se opponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contracto, dá ao socio que a fizer pessoalmente a responsabilidade das obrigações contrahidas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a sua parte das vantagens auferidas do negocio. (...) Art.14. As sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, si forem taes compromissos contrahidos em seu nome ou proveito, nos limites dos poderes da gerencia.”

⁸⁸ No que tange à regra que determina que apenas os sócios poderão gerir a sociedade limitada, Nelson Abrão assim se manifesta: “A administração da sociedade por quotas no direito brasileiro é desempenhada por um ou mais gerentes (Dec. 3.708. art. 13), conforme se ajustar o contrato social. Induz aludido dispositivo que, na omissão da avença, todos os sócios poderão usar da firma social. Não faz a vigente Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada qualquer referência

sócios gerentes – eram restritas às abarcadas pelo objeto social⁸⁹; (iii) que, exceto nos casos em que restasse configurado excesso de mandato ou extrapolação do objeto, os gerentes não respondiam pessoal ou ilimitadamente pelas dívidas

explícita à possibilidade de haver gerentes não sócios. Ao contrário, como emprega iterativamente a expressão sócios-gerentes (arts. 10, 12 e 13), a versão doutrinária foi a de que o exercício da gerência pressupõe a qualidade de sócio. Dispõe, contudo, o artigo 13 que ‘é lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação.’ Mas o instituto da delegação não vingou na prática, razão pela qual se sustentou sua inocuidade, ‘ou porque já se presumiu que os gerentes podiam nomear procuradores *ad negotia* para auxiliá-los na administração dos negócios sociais sempre que se caracterizasse a delegação propriamente dita, ou porque não se via maneira hábil de realizar tal delegação. Chegou-se mesmo a afirmar que ‘a prática por segurança fez do texto legal letra morta.’” (ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 113-114).

⁸⁹ No que toca à limitação da atuação dos administradores, Nelson Abrão salienta que: “De um modo geral, sob o aspecto da administração, o gerente está habilitado a praticar todos os atos necessários à consecução do objeto social, ou, como diz o Projeto do Código Civil, “no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade (art. 1.018). Evidencia-se, por tal prisma de visão, o gerenciamento no interesse da sociedade, com a prática de

sociais;⁹⁰ (iv) que o ato constitutivo podia dispensá-los de prestar caução em garantia de suas gerências; e (v) que, finalmente, lhes era permitido outorgar o uso da firma ou denominação social dentro dos limites fixados pelo artigo 13 do Decreto.⁹¹

Em relação à delegação da gerência, de forma uníssona, a doutrina destacou a imprestabilidade do artigo 13 do Decreto 3.708, ressaltando que instrumento muito mais simples (o mandato com poderes *ad negotia*) substituiu, quase por completo, a famigerada delegação de gerência que, aliás, acabou por virar letra morta.

⁹⁰ Novamente tomando emprestadas as lições de Nelson Abrão, importante destacar, em relação à responsabilidade dos gerentes, que: “No desempenho dos atos normais de gestão, o gerente nenhuma responsabilidade assume pelo evento, seja para com os demais sócios, seja para com terceiros, mas apenas a sociedade. A teor do art. 10 do Decreto 3.708, configura-se, porém, a responsabilidade solidária e ilimitada do gerente, para com a sociedade e terceiros, quando obrar com excesso de mandato, ou violação do contrato ou da lei. É a consagração da teoria francesa do *excès do pouvoir* (excesso do poder) ou *détournement de pouvoir* (desvio de poder). Excede os poderes o gerente que, por exemplo, praticar sozinho ato que contratualmente deverá ser cumprido por dois ou mais gerentes. Desvia-se de seus poderes o gerente que adquire mercadorias que não se coadunam com o objeto social. Lembra muito bem o Prof. Oscar Barreto Filho que, dentro desses parâmetros, não cabe a responsabilidade do gerente pelo descumprimento de obrigações tributárias ou fazendárias, pelo simples fato de ser impossível à sociedade pagar o credor e que, consoante a doutrina dominante, estribada em jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal para ligar a responsabilidade individual do gerente, se faz imprescindível a prática de ato abusivo, fraudulatório ou ilegal no exercício do cargo. (ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 133-134).

⁹¹ A respeito da gerência das antigas sociedades limitadas, interessante destacar lição do comercialista de Plácido e Silva para quem, em outras palavras, não há que se confundir as figuras do gerente e do administrador: “Não é vedado às sociedades limitadas constituírem sua administração por meio de Diretorias cuja composição difere da que é formada pela gerência.

A Diretoria, em regra, exerce mandato periódico. A gerência é permanente. E, enquanto os diretores são eleitos, de tempos em termos, os gerentes já se investem no cargo por determinação de cláusula contratual.

Desta forma, a Diretoria escolhida exercerá seu mandato durante a vigência do contrato, isto é, enquanto existir a Sociedade.

Adotada a direção por um grupo de sócios, que componham a Diretoria, estipulará o contrato as condições de eleição, o prazo do mandato, esclarecendo, dessa maneira, o processo a ser adotado na administração e representação social.

Neste caso, todas as vezes que houver uma nova eleição ou escolha de novos diretores, a ata em que se registrar o acontecimento, preenchidas as formalidades legais, deve ser arquivada na Junta Comercial.

Convém, entretanto, esclarecer que não há qualquer impedimento para que, no contrato social, se instituía uma Diretoria, em caráter permanente.

O modo de ser administrada a sociedade por cotas é de livre escolha dos próprios associados. E as regras, que eles traçaram a respeito, no respectivo pacto institucional da sociedade, valerão como normas com força legal para disciplinar as questões pertinentes a este setor administrativo. (SILVA, de Plácido e. **Noções práticas de direito comercial**. v. 1. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 199-200).

Sobre as deliberações sociais, o Decreto limitava-se a permitir ao sócio dissidente o exercício do direito de retirada⁹² e a imputar responsabilidade ilimitada àqueles que aprovassem matérias contrárias à lei ou ao contrato social.⁹³

Por fim, o artigo 18 do Decreto permitia a aplicação supletiva das regras atinentes à sociedade anônima para formatação da sociedade limitada, o que permitiu a instituição de Conselho Fiscal, Conselho de Administração e, até mesmo, Assembléia Geral no âmbito das sociedades limitadas.

Acerca da regra da regência supletiva, João Eunápio Borges esclarece que:

A sociedade por quotas, repita-se, não é subespécie da sociedade anônima nem da sociedade em nome coletivo. Tem fisionomia própria, caracteres próprios que a extremam de todos os outros tipos de sociedade. A natureza, a sua estrutura, os característicos da sociedade por quotas não de buscar-se no dec. 3.708, que a introduziu em nossa legislação. A forma de constituição – o título constitutivo – por remissão expressa do art. 2º se rege pelos arts. 300 a 302 do Código Comercial e, quanto ao mais, no que diz respeito ao *funcionamento* da sociedade, direitos dos cotistas etc. e, também, por remissão expressa da lei, no art. 18, deve-se recorrer, no silêncio do contrato e do dec. N.º 3.708 e na parte aplicável, à Lei de Sociedades Anônimas.

[...] Não que se busquem nem no Código Comercial nem na Lei de Sociedades por Ações os elementos definidores da sociedade por cotas, de sua natureza, de seus atributos. Estes se encontram no dec. N.º 3.708, por mais lacunoso e imperfeito que se nos figure, e não no Título XV do Código Comercial ou no dec.-lei n.º 2.627.⁹⁴

⁹² No que concerne às deliberações sociais, João Eunápio Borges esclareceu o princípio majoritário, segundo o qual: “na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, para a validade e eficácia de qualquer alteração contratual não se exige o consentimento da unanimidade dos sócios. A maioria tem poderes para introduzir qualquer reforma na sociedade. Não prevalece nessa sociedade, nem mesmo a restrição do art. 331 do Código Comercial, relativa à mudança de objeto das operações sociais, para a qual aquele dispositivo exige a anuência de todos os sócios. Qualquer modificação do estatuto social, inclusive a mudança do objeto essencial da sociedade, pode ser deliberada por simples maioria. É o que resulta do art. 15 do Dec. n.º 3.708. A minoria dissidente não tem poderes para se opor à reforma contratual. Mas, não é obrigada a permanecer na sociedade, cujo contrato foi reformado sem a sua anuência”. Assegura o art. 15 “aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado”. Aprofundando o estudo acerca do direito de retirada do sócio dissidente, o autor esclarece que: os sócios divergentes da reforma não são obrigados a sair da sociedade; tem a *faculdade de fazê-lo*. Ficarão, porém, mesmo retirando-se, “obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo do modificação do estatuto social, como dispõe em sua parte final o mesmo art. 15.” (BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 356).

⁹³ Assim se pronunciava o Decreto 3.708, no tocante às deliberações sociais: “Art. 15. Assiste aos socios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do ultimo balanço approved. Ficam, porém, obrigados ás prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessarias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social.”

⁹⁴ BORGES, João Eunápio. Op. cit. p. 359-360.

Sem prejuízo de outras disposições de relevância mais prática do que teórica, sob a égide do Decreto 3.708/1919, essa era a disciplina das sociedades limitadas.

Note-se que a simplicidade do regime jurídico outrora destacada por Waldirio Bulgarelli, de fato, permitia aos sócios ampla negociação, no tocante à fixação de cláusulas. De tal sorte, a sociedade limitada moldava-se segundo os interesses que determinavam sua constituição.

A descrita facilidade operacional e, mais ainda, a ampla liberdade de sua configuração também faziam dessa espécie societária a mais adequada para a estruturação da sociedade familiar.

Ocorre que, com o advento do Código Civil de 2002, outro passou a ser o panorama e o regime das sociedades limitadas que, extremamente burocratizadas, passaram a representar verdadeiras sociedades anônimas em miniatura.

Uma leitura superficial dos artigos do Código Civil destinados à estruturação da sociedade limitada revela um regime exaustivo da administração, do conselho fiscal (que outrora era aplicável às sociedades limitadas por força do artigo 18 do Decreto 3.708/1919) e das deliberações sociais, sem esquecer as numerosas e por vezes equivocadas disposições atinentes às quotas sociais, ao aumento e redução de capital e à resolução da sociedade em relação aos sócios minoritários.

Neste ponto, lembre-se que, quando da vigência do tão criticado Decreto n.º 3.708/1919, prevalecia o princípio majoritário no tocante às deliberações sociais. Contemporaneamente, contudo, o Código Civil em vigor instaurou um truncado sistema de quoruns de instalação das sessões da Assembléia ou da Reunião de Quotistas,⁹⁵ sem contar a fixação de quoruns distintos para deliberação de específicas matérias.⁹⁶

Por outro lado, essa mesma leitura revela a insubsistência das disposições referentes ao ato fundador das sociedades limitadas. Neste ponto, o legislador

⁹⁵ “Art. 1.074. A assembléia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.”

⁹⁶ “Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1o do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas:

I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.”

emprestou da sociedade simples a disciplina do contrato social. Mas, ao mesmo tempo, esclareceu que, por determinação do contrato social, as sociedades limitadas podem ser regidas, subsidiariamente pela Lei 6.404/1976. Muito embora a questão não pareça contraditória ou problemática em um primeiro momento, a praxe revela que a combinação do regime da sociedade limitada ora com o da sociedade simples, ora com o da sociedade anônima, tem ensejado inúmeras confusões, mormente por ocasião da confecção do instrumento constitutivo e dos aditivos ao contrato social da sociedade limitada.

Sem olvidar essas estranhezas, há que se destacar que, mormente o regime das deliberações sociais, do conselho fiscal e da administração, operou uma verdadeira desnaturação da sociedade limitada.

Neste íterim, a necessidade de reunião ou Assembléia anual de sócios para deliberação acerca das matérias descritas no artigo 1.078⁹⁷ do Código Civil fulminou definitivamente o caráter informal da sociedade limitada.

Isso não bastasse, as formalidades previstas nos parágrafos 1º e 3º do artigo 1.152⁹⁸ do Código Civil, inerentes à convocação da reunião ou assembléia dos sócios, além de tripudiarem sobre a desejada informalidade, dificultam a adoção do

⁹⁷ “Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de:

I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

II - designar administradores, quando for o caso;

III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

§ 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembléia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração.

§ 2º Instalada a assembléia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte o

tipo societário para estruturação daqueles empreendimentos que não se podem dar ao luxo de efetuar grandes dispêndios com publicação de atas e editais. Ademais, essas mesmas formalidades representam um verdadeiro contra-senso, especialmente para aquelas sociedades limitadas constituídas apenas por dois sócios.

Neste ponto, o paliativo consignado pelo legislador no § 2º do artigo 1.072⁹⁹ do Código Civil, de certa forma, inaugura uma alternativa à convocação da Reunião ou Assembléia de Cotistas, mas, de modo algum, torna a exigência do artigo 1.152, § 3º, menos absurda ou despropositada.

Em que pese sua geométrica complicação, a sociedade limitada se mantém como espécie societária mais largamente utilizada para estruturação da sociedade familiar. Isso porque, ao mesmo tempo em que mantém o primado da limitação de responsabilidade (forte traço personalíssimo que a distingue das demais sociedades focadas na máxima da limitação de responsabilidade), consagra uma sistemática e uma logística não tão onerosa quanto à da sociedade anônima.

2.1.1.1 Capital *versus* patrimônio social na sociedade limitada

Conforme visto anteriormente, a preponderância da sociedade limitada, no tocante à estruturação da sociedade familiar, determinou o estudo das características mais elementares deste tipo societário. Nesta esteira, tal análise fora executada para que se pudesse compreender a real dimensão de grande parte das sociedades constituídas no âmbito familiar.

Ocorre que a projeção do exame da sociedade familiar – especificamente da vedação da constituição de sociedade entre marido e mulher casados sob os regimes da comunhão universal e da separação obrigatória de bens – descortinou também a necessidade de se abordar uma das mais basilares lições do direito societário: a diferenciação entre “capital” e “patrimônio” sociais.

⁹⁹ “Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

§ 1º A deliberação em assembléia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez.

§ 2º Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia. [...]”.

Antes de se proceder ao estudo do tema, por precaução metodológica, há que se dizer que, exceto no que diz respeito à responsabilidade dos sócios pelo pagamento das dívidas sociais, a análise contígua é extensível à maioria das modalidades societárias. Exatamente por isso se optou por um exame apartado do item anterior – que, reprise-se, tratou tão-somente da caracterização da sociedade limitada.

Isto posto, no dizer do comercialista J. X. Carvalho de Mendonça, capital social “é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o montante constituído para a base das operações”.¹⁰⁰

Hermano Villemor do Amaral, por sua vez, esclarece que o capital social é o “fundo constituído pelas entradas dos sócios, realizadas ou a realizar, e a garantia exclusiva dos credores das sociedades limitadas”.¹⁰¹

A “compilação” dos posicionamentos doutrinários *supra* colacionados revela que capital social é o *quantum* entregue pelos sócios, por ocasião da constituição da sociedade. Trata-se do montante indispensável ao início da exploração do objeto social e da única garantia fornecida aos credores da sociedade limitada, relativamente ao pagamento das dívidas sociais.

Sem prejuízo das constatações anteriores, mister destacar que o capital social é, para alguns doutrinadores, um elemento intangível. Isso porque, representando garantia aos credores das sociedades calcadas no postulado da limitação da responsabilidade,¹⁰² em eventual execução de obrigação social, deverá ser ele sacrificado, em benefício dos credores.¹⁰³

A esse respeito, cite-se a lição de José Waldecy Lucena:

¹⁰⁰ J. X. Carvalho de Mendonça. Op. cit. p. 28-29.

¹⁰¹ AMARAL, Hermano Villemor do. **Das sociedades limitadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938. p. 117.

¹⁰² Nota do autor: parece mais adequado o entendimento de que o patrimônio social é o elemento que verdadeiramente implica garantia aos credores, ao passo que o capital social representa apenas sua cifra mínima.

¹⁰³ A título de esclarecimento, ao estudar a noção de capital social na **sociedade anônima**, João Eunápio Borges esclarece que não há que se cogitar do capital social como uma garantia ao credor: “O capital é a medida da responsabilidade dos acionistas, obrigado cada um a integralizar o valor das ações que subscreveu na fase constitutiva da sociedade ou adquiriu posteriormente. Mas é erro dizer que ele constitui a garantia única dos credores. Não; sua garantia é o patrimônio da sociedade, o conjunto dos bens que figuram no seu ativo e cujo valor pode exceder de muito a cifra do capital, ou ser a ele inferior. Pode-se, no entanto, afirmar que o capital, se não é a única, é de fato, a última garantia dos terceiros, no sentido de que ele constitui aquela parte do patrimônio social cuja integralidade é condição essencial para a distribuição dos dividendos dos acionistas.” (BORGES. João Eunápio. Op. cit. p. 408).

Constituído o capital social, embora destinado, como visto, a compor o patrimônio da sociedade, será ele fixo e intangível durante todo o desenrolar da vida societária. Por isso mesmo, traduzido em uma cifra, esta constará expressamente do estatuto ou contrato social, somente modificável nos casos previstos em lei e no estatuto. Daí que sua “perda inteira” ou insuficiência acarretam a dissolução da sociedade (Cód. Comercial, art. 336, 1º) ou da companhia, que então não poderão preencher o fim para o qual foram instituídas (Lei 6.404/76, art. 206, II, “b”).¹⁰⁴

Mas, evidentemente, ao menos sob a égide do atual Código Civil, a intangibilidade do capital social não significa a impossibilidade de sua majoração ou minoração. Muito pelo contrário, os artigos 1.081 a 1.084¹⁰⁵ estabelecem a possibilidade de seu aumento ou redução, fixando procedimento que visa, inclusive, a proteção dos direitos e interesses de eventuais credores.

Da confrontação do “princípio” da intangibilidade do patrimônio com os referidos artigos do Código Civil conclui-se que deve prevalecer o entendimento de que, ressalvados os casos e procedimentos de aumento e redução disciplinados pelos dispositivos do mencionado *Codex*, o capital social não deve ser dilapidado, sob pena de potencial prejuízo aos credores. Ou seja, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 1.081 a 1.084 do Código Civil, esse “elemento” há que ser preservado para suprir eventual falta de fundos quando da quitação de obrigação social.

¹⁰⁴ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 202.

¹⁰⁵ “Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

No que pertine ao “patrimônio social”, ele representa a soma de todos os bens de propriedade da sociedade passíveis de apreciação econômica. De tal sorte, ele abrange o próprio capital social, os bens corpóreos e os incorpóreos, inclusive os créditos e débitos.

Diante disso, pode-se argumentar que, por ocasião da constituição da sociedade, normalmente, patrimônio e capital social se equivalem, são idênticos.¹⁰⁶ Contudo – também é possível deduzir –, o desenvolvimento das atividades sociais pode determinar o distanciamento de ambos, de tal sorte que, enquanto um permanece positivo, o outro pode se tornar negativo.

No tocante à diferenciação entre os elementos em estudo, José Waldecy Lucena esclarece que:

Como é consabido, a constituição de um patrimônio em separado, autônomo, qual o do capital da sociedade comercial, distintos dos patrimônios individuais dos sócios, supedaneou o nascimento e desenvolvimento das sociedades de responsabilidade limitada, a tal ponto que se pode assentir, como fez Sylvio Marcondes Machado, em monografia de renome internacional, que ambos – responsabilidade limitada e patrimônio separado – se unem como irmãos siameses. A propósito dissertou Mauro Rodrigues Penteado: “O problema da limitação da responsabilidade, nas sociedades comerciais, tem a ver com a constituição de um patrimônio separado e autônomo, que passará a suportar com exclusividade a ação dos credores, no limite de sua constituição, de acordo com a disciplina legal estabelecida para preservar a sua integridade”.

Constituído o capital social, embora destinado, como visto, a compor o patrimônio da sociedade, será ele fixo e intangível durante todo o desenrolar da vida societária. Por isso mesmo, traduzido em uma cifra, esta constará expressamente do estatuto ou do contrato social, somente modificável nos casos previstos em lei ou no estatuto. Daí que sua “perda inteira” ou insuficiência acarretam a dissolução da sociedade (Cód. Comercial, art. 336, 1º) ou da companhia, que então não poderão preencher o fim para o qual foram instituídas (Lei 6.404/76, art. 206, II, “b”). Já o patrimônio social como um todo, abstraído tão-somente o capital que é fixo, está continuamente em transformação.

Sentiu-o Carvalho de Mendonça, em conceitos ainda atuais, tanto que sempre invocados: “É, porém sensível a diferença entre um e outro. – O *capital social* é o fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações”. “O fundo social é o patrimônio da sociedade no sentido econômico, a dizer, a soma de todos os bens que podem ser objetos de troca, possuídos pela sociedade; compreende não somente o capital social, como tudo que a sociedade adquirir e possuir durante a sua existência”.

Ambos, de conseguinte, somente são absolutamente idênticos quando da constituição da sociedade. A partir daí, enquanto o capital social permanece fixo, o patrimônio social entra em permanente mutação,

¹⁰⁶ Nota do autor: patrimônio e capital social serão, no entanto, distintos quando, por ocasião da constituição da sociedade, os sócios, além de subscreverem quotas representativas do capital social, doarem gratuitamente à sociedade bens tangíveis ou intangíveis, cuja expressão econômica não conste do capital social.

variando constantemente, para mais ou para menos, consoante o sucesso ou insucesso da empresa.¹⁰⁷

O Professor Alfredo Assis Gonçalves Neto, por sua vez, assim diferencia patrimônio e capital social:

Contudo, embora indicando o patrimônio que deve ter a sociedade, o capital social com ele não se confunde. Por patrimônio social deve-se entender o conjunto de bens e direitos de que a sociedade é possuidora. Já o capital social estampa o valor do patrimônio que ingressou na sociedade em virtude da contribuição dos sócios. Ou seja, o capital social é a expressão numérica em moeda do valor fornecido pelos sócios para a sociedade, por eles reputado necessário ou adequado para a consecução dos fins sociais.

No entanto, adquirindo vida, a sociedade passa a agir no mundo jurídico para a realização do seu objeto social. Com isso seu patrimônio oscila de valor e se modifica a todo momento: cresce e define em conformidade com as injunções do mercado ou com a expressão ou encolhimento das atividades sociais. Já o capital social é um valor permanente, uma cifra fixa que permanece como referencial de valor, não do patrimônio de cada dia, mas da massa patrimonial que os sócios reputam ideal para a sociedade atuar.

Assim, se no momento da constituição da sociedade, normalmente os dois se equivalem (ou seja, a expressão monetária do capital social corresponde ao valor do patrimônio da sociedade), ao longo da vida social eles se distanciam: o capital social mantém-se como um número, uma cifra constante e permanente (só alterável por determinação da lei ou da vontade dos sócios), ao passo que o patrimônio oscila para mais ou para menos de acordo com a marcha das atividades desenvolvidas pela empresa.¹⁰⁸

A título ilustrativo da diferenciação de capital e patrimônio social, observe-se a breve notícia acerca da constituição de uma sociedade limitada: decididos pela constituição da sociedade, os futuros sócios, ao minutarem o ato constitutivo, deverão deliberar sobre o valor do capital social. Posteriormente à fixação do *quantum*, caberá a eles decidir a divisão do capital social. Em outras palavras, aos futuros sócios competirá determinar a fração do capital social que caberá a cada um. Formalizadas todas as deliberações no ato constitutivo, aos cotistas tornar-se-á exigível a integralização do capital social. Neste momento, cada qual deverá

¹⁰⁷ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 201-202.

¹⁰⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. Op. cit. p. 169-170.

entregar à sociedade os bens – fungíveis ou infungíveis¹⁰⁹ – prometidos quando da celebração do ato constitutivo.¹¹⁰

Observando a hipótese descrita, é possível perceber que, no momento da constituição da sociedade, capital e patrimônio social se igualam. Todavia, na esteira do quadro a seguir rascunhado, pode-se concluir que o exercício da atividade econômica e a exploração da empresa sob titularidade de determinada sociedade ditam uma verdadeira oscilação em seu patrimônio.

Com efeito, ultrapassada a constituição da sociedade limitada, obedecido o prazo para arquivamento de seu ato constitutivo no registro competente¹¹¹ e iniciada a exploração de seu objeto,¹¹² poder-se-á observar o gradual afastamento entre capital e patrimônio sociais: a menos que haja fraude, confusão patrimonial e dilapidação do patrimônio social, o êxito da nova sociedade implicará na majoração do valor do patrimônio, enquanto a cifra representativa do capital social, de regra,¹¹³ permanecerá inalterada; por outro lado, o infortúnio dos negócios sociais implicará na redução do valor do patrimônio social, o que, só excepcionalmente, engendrará o abatimento do capital social.

Neste ínterim, reprice-se que, mesmo no malogro dos negócios sociais, em prol dos direitos e interesses de credores, o capital social deverá permanecer inalterado em virtude de sua intangibilidade.¹¹⁴

Entendendo-se compreendida a distinção entre capital e patrimônio social, pode-se prosseguir à análise da feição personalíssima da sociedade limitada, caráter que a aproxima extraordinariamente das sociedades familiares.

¹⁰⁹ Nota do autor: neste ponto, cabe asseverar que a integralização de ações ou quotas pode ser feita mediante quaisquer bens, em que pese ser mais freqüente a utilização de moeda corrente nacional e de bens imóveis.

¹¹⁰ Nota do autor: quando da constituição de uma sociedade, ou por ocasião do aumento do capital social, os sócios subscrevem quotas ou ações, a depender da modalidade societária adotada para organização de seus negócios. Nesta ocasião, os co-partícipes se apropriam de determinado número de partes representativas do capital da sociedade de que participam. Finalizada a subscrição e transcorrido o lapso temporal em cujo termo final torna-se exigível a integralização da participação subscreta, devem os sócios proceder à transferência, em favor da sociedade, dos bens fungíveis ou infungíveis “empenhados” na operação.

¹¹¹ “Art. 998. Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede. [...]”

¹¹² Nota do autor: ou seja, organizada a empresa sob titularidade da sociedade.

¹¹³ Nota do autor: Observada a regra constante do caput do artigo 1.081 do Código Civil, dispositivo anteriormente transcrito, a qualquer momento, os sócios poderão definir o aumento do capital social.

¹¹⁴

2.1.2 Predominância do caráter personalíssimo

Desde seu nascedouro, a sociedade limitada é caracterizada por um inequívoco traço personalíssimo.¹¹⁵ E essa característica decorre da solidariedade entre seus sócios, do dever de lealdade que a todos os cotistas se impõe, da natureza de seu ato constitutivo e da presença da *affectio societatis*, elemento que determina sua constituição e permeia toda a sua existência.

Dada a importância de seu estudo (uma vez que essa é a modalidade societária mais amplamente utilizada para estruturação da sociedade familiar), mister tratar, ainda que de forma breve, de cada um de seus atributos.

2.1.2.1 A solidariedade entre os sócios

No que diz respeito a este elemento, a parte final do artigo 1.052 do Código Civil brasileiro estabelece que todos os cotistas da sociedade limitada respondem ilimitadamente e com seu próprio patrimônio pela parte não integralizada do capital social.¹¹⁶

Diante disso, pode-se constatar que, a despeito de haver uma certa limitação da responsabilidade dos sócios, há, sim, solidariedade entre os cotistas no que pertine à integralização do capital social. De tal sorte, uma vez verificada a não integralização de parcela do capital social, qualquer cotista pode ser constrito à integralização do montante inadimplido, independentemente do chamamento do sócio inadimplente (chamado remisso pela doutrina e pela legislação).¹¹⁷ Isso porque a solidariedade entre os sócios rechaça qualquer benefício de ordem.

¹¹⁵ Nota do autor: note-se que não se está afirmando que a sociedade é, por natureza, uma sociedade de pessoas. Sem entrar nesta discussão, que, aliás, é ampla o suficiente para que dela se ocupem dezenas de trabalhos, está-se apenas ressaltando o forte traço personalíssimo que a caracteriza.

¹¹⁶ “Art. 1.052. A responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

¹¹⁷ “Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora. Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do **sócio remisso**, ou

A solidariedade imperativa entre os sócios é exatamente o elemento que leva inúmeros doutrinadores a defenderem a natureza personalíssima da sociedade limitada.¹¹⁸ Mas, independentemente da discussão acerca de sua natureza jurídica, a verdade é que a solidariedade de que se está tratando imprime à sociedade um fortíssimo traço personalista.

Ora, na medida em que vige a solidariedade entre os sócios, inarredavelmente, somente contratarão a constituição de uma sociedade limitada aquelas pessoas que mutuamente se confiam. Afinal, na hipótese de não integralização de participação societária, todos podem ser adstritos a arcar com o custo da inadimplência do sócio remisso.¹¹⁹

A discutida solidariedade entre os sócios faz com que a família seja o ambiente adequado à contratação da sociedade limitada. Afinal, que outro ambiente propiciaria maior confiança entre seus membros senão a família?

2.1.2.2 A natureza do ato constitutivo

Ao contrário das sociedades anônimas, cuja instituição depende da aprovação de um estatuto em uma assembléia geral de constituição,¹²⁰ as sociedades limitadas, na esteira das sociedades de pessoas, constituem-se através de um contrato¹²¹ – denominado contrato social – veiculado por instrumento público

reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031

ou particular.¹²²

Ainda que a modalidade de ato constitutivo, *de per si*, não comprove nem determine a natureza jurídica da sociedade limitada como uma sociedade de pessoas,¹²³ é bem verdade que este elemento reforça seu traço personalíssimo e aproxima esta modalidade societária à sociedade familiar.

2.1.2.3 O dever de lealdade entre os sócios

Conquanto a lei não o explicita, é possível conceber, a partir das disposições do próprio Código Civil, a consagração do dever de lealdade entre os sócios e deles para com a sociedade.

Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho esclarece que:

A lei brasileira não o explicita, mas é possível sustentar que o sócio tem, perante os demais e a própria sociedade, um dever de lealdade, traduzido na noção geral de colaboração para o sucesso do empreendimento comum. Colaborar, nesse contexto, não tem apenas o sentido de tomar parte na gestão do negócio (colaboração ativa), restrição que excluiria os sócios investidores do dever de lealdade; mas também e principalmente o de se abster o sócio de atos prejudiciais ao interesse comum (colaboração passiva).¹²⁴

atividade que será desenvolvida em comum". (SZTAIN, Rachel. **Associações e sociedades**. p. 19.). Analisando igualmente a questão, José Waldecy Lucena salienta que: "a subsunção das sociedades ao regime dos contratos é questão ainda não satisfatoriamente resolvida pela ciência jurídica, dada a intercambialidade, nele existente, de prestações antagônicas, em franca oposição aos fins comuns dos sócios nas sociedades." Demais disso, Lucena continua esclarecendo que "no estágio atual da evolução jurídica, praticamente abandonadas as teorias do ato complexo, do ato coletivo e outras de menor expressão, está a maioria na corrente que se inspira na doutrina aprimorada por Túlio Ascarelli, qual a de que o contrato de sociedade é um *contrato plurilateral*, em que 'à pluralidade corresponde a circunstâncias de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos de comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, um escopo comum". (LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 52).

¹²² Nota do autor: a modalidade do ato constitutivo da sociedade limitada é determinada pela combinação entre os artigos 977 e 1.054 do Código Civil brasileiro.

¹²³ Nota do autor: importante lembrar que a análise da natureza jurídica da sociedade limitada não se insere no âmbito deste trabalho. Aliás, perquirem-se as características da sociedade limitada tão somente para que se possa demonstrar o traço fortemente personalíssimo dessa modalidade societária e, conseqüentemente, sua proximidade à família.

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade Limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 130.

Ratificando esta verdadeira obrigação social, o Código Civil em vigor, mais especificamente seu artigo 1.085, inaugura a possibilidade de exclusão do sócio que pratica atos daninhos à sociedade ou à empresa sob sua titularidade:

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Ora, o Código Civil somente inaugura a exclusão de sócio por justa causa porque consagra, de forma subjacente, um dever de lealdade entre os cotistas, inclusive diante da sociedade.

O que a *mens legis* (que inspirou a edição do *Codex*) determina é a repressão à deslealdade entre os sócios que se verifica sempre que um dos cotistas pratica atos em prejuízo do pleno desenvolvimento da empresa sob titularidade da sociedade de que participa.

A esse respeito, é válida a lição de Fabio Ulhoa Coelho, para quem:

O sócio é desleal quando seu comportamento prejudica o pleno desenvolvimento da empresa explorada pela sociedade. Se um sócio se solidariza com o empregado despedido pelo sócio-gerente na presença de outros funcionários, isso pode desgastar a autoridade da gerência. Ainda que a despedida não tenha sido, na avaliação dos demais membros da sociedade, uma decisão acertada, se aquele que a promoveu tinha poderes gerenciais para tanto, o assunto só deve ser tratado em reunião privada.¹²⁵

Retomando a temática deste trabalho, sem qualquer sombra de dúvida, na exata medida em que o Código Civil exige que os sócios, muito mais do que meros propiciadores das condições para o desenvolvimento do objeto social, sejam companheiros leais entre si e diante da própria sociedade, indica a família como o ambiente ideal para a contratação da sociedade limitada. Afinal, ela é a comunidade do afeto e da entre-ajuda por excelência.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 130.

2.1.2.4 A *affectio societatis*

Ao analisar a doutrina correlata ao estudo da *affectio societatis*, saltam aos olhos acaloradas discussões acerca da (i)relevância do estudo desse elemento.

Destaque-se o posicionamento de J. X. Carvalho de Mendonça contrariamente ao estudo:

O elemento intencional, o consentimento dos contratantes sobre certo objeto é condição de existência de todos os contratos. Certo é que se o especializa aqui, exigindo que os contratantes manifestem claramente a intenção de formar sociedade.

Melhor e mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade.¹²⁶

No mesmo sentido, João Eunápio Borges:

Para muitos a intenção de formar sociedade, a *affectio societatis*, seria o elemento característico do contrato de sociedade. Se porém, por *affectio societatis* se compreende o consentimento dos contratantes, que é imprescindível à formação de qualquer contrato, sendo evidente que para constituir uma sociedade, hão de ter as partes a intenção de formá-la, a expressão clássica de *affectio societatis* é, como salientam Paul Pic e Jean Kheher, das mais equivocadas.¹²⁷

Diante de tais entendimentos, percebe-se que seus idealizadores partem da premissa de que a *affectio societatis* nada mais é do que o consentimento imprescindível à formação de qualquer contrato. Se assim o fosse, de fato, irrelevante seria o seu estudo.

No entanto – sem pretender esgotar a discussão, nem fornecer a solução definitiva à controvérsia –, há que se lembrar que, para o direito romano, a *affectio societatis* representava não apenas o elemento volitivo impreterível à constituição da sociedade. Muito mais do que isso, significava o “protramento” daqueles

¹²⁶ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 23.

¹²⁷ BORBA, João Eunápio. Op. cit. p. 263-264.

sentimentos afetivos e pessoais¹²⁸ que outrora haviam conduzido os sócios à constituição da sociedade.¹²⁹

Ciente desse panorama, Rubens Requião já considerava o estudo do elemento em exame altamente útil na seara comercial:

Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir os reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos.¹³⁰

Descortinada a relevância do estudo em curso, deve-se elucidar que a *affectio societatis* representa o elemento volitivo que fundamenta a celebração de um pacto societário entre determinadas pessoas. Mas, para além disso, a conservação da *affectio societatis* é o que permite a manutenção das sociedades instituídas pelos referidos pactos.¹³¹

Após esses esclarecimentos, retomando-se as características da sociedade limitada – mormente a solidariedade entre os sócios e o dever de lealdade que a todos se impõe – e resgatando-se a percepção de que apenas pessoas que mutuamente se confiam tendem a contratar a constituição desta modalidade societária, conclui-se pela presença da *affectio societatis* nas sociedades limitadas.

Inelutavelmente, as constatações anteriores ratificam o entendimento de que a família representa ambiente salutar à exploração da atividade econômica estruturada através da constituição da sociedade limitada. Aliás, a presença da

¹²⁸ Nota do autor: além dos ditos sentimentos afetivos e pessoais, o *animus lucrandi* também poderia animar os pactos societários romanos.

¹²⁹ A respeito do estudo da *affectio societatis*, vide artigo de Álvaro Rodrigues Júnior (Análise dos conceitos de *affectio societatis* e de *legabilidad* como elementos de caracterização das sociedades comerciais. **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 14, p. 87-110, abril – junho 2003).

¹³⁰ REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 276.

¹³¹ Inúmeros são os conceitos referentes à *affectio societatis*. A título meramente ilustrativo, ressaltam-se alguns deles: Fran Martins alega que o *affectio societatis* é “o desejo de estarem os sócios juntos, para a realização do objeto social” (MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 212). Thaller, mencionado por Rubens Requião, esclarece que a *affectio societatis* é “um elo de colaboração ativa entre os sócios” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 365). Ulpiano, comentado por J. X. de Carvalho de Mendonça, enuncia a *affectio societatis* como a vontade dos contratantes em formar uma sociedade. (MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 22.).

affectio societatis na sociedade limitada é o que a aproxima da família, comunidade humana hoje fundada na *affectio familiae*

a imunidade dessas sociedades ao artigo 977. Isso porque a previsão legislativa afastou do regime inaugurado pela Lei 6.404/1976 quaisquer omissões no tocante à tutela dos aspectos relacionados aos sócios.¹³⁷

Isso tudo não bastasse, há matizes de ordem prática que, se não impedem, ao menos dificultam sobremaneira a subsunção das sociedades anônimas ao artigo 977. É que, ao contrário do que se nota com as sociedades limitadas, o órgão responsável pelo registro dos documentos das sociedades empresárias¹³⁸ não possui mecanismos que permitam a constante fiscalização da co-participação de marido e mulher casados pelos regimes mencionados no artigo 977 do Código Civil em uma sociedade anônima.

Esclarecendo os aspectos empíricos envolvidos na questão, há que se dizer que, por ocasião da constituição e do aumento de capital social de uma sociedade anônima, as Juntas Comerciais têm plena capacidade de conhecer a identificação e exigir a qualificação dos sócios.¹³⁹ Nesta ocasião, podem elas indeferir o registro de documentos societários inadequados à prescrição do artigo 977. Todavia, não lhes será possível conhecer a identidade e a qualificação de todos os sócios em momentos vindouros ao da constituição da sociedade, exatamente porque a transferência das ações se faz mediante simples termo lavrado no livro de registro de ações nominativas.¹⁴⁰ E, porque a transferência de ações independe da

¹³⁷ SILVA, José Anchieta da. Sociedade entre marido e mulher. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=741>. Consultado em 02 fev. 2007.

¹³⁸ No caso das sociedades anônimas, somente às Juntas Comerciais é outorgado o registro e a averbação de seus documentos. Isso tendo em vista a redação do parágrafo único do artigo 982 do Código Civil que estabelece que as sociedades anônimas, independentemente de seu objeto, serão sempre consideradas empresárias e, portanto, sujeitas ao registro de atos nas Juntas Comerciais. *In verbis*: “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

¹³⁹ Nota do autor: em um e em outro momento, é praxe que o requerimento de registro das atas de assembléia e do próprio estatuto social seja acompanhado pelo boletim de subscrição de ações, documento que consigna a identificação, a qualificação e o percentual do capital social subscrito pelos acionistas.

¹⁴⁰ “Art. 31. A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de “Registro de Ações Nominativas” ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001). § 1º A transferência das ações nominativas opera-se por termo lavrado no livro de “Transferência de Ações Nominativas”, datado e assinado pelo cedente e pelo cessionário, ou seus legítimos representantes.”

averbação do instrumento respectivo nas Juntas Comerciais,¹⁴¹ qualquer fiscalização resta prejudicada.

Neste ponto, é bom esclarecer que o estatuto social ou o acordo de acionistas podem estabelecer regime específico para a transferência ou a cessão de ações. Tais documentos podem, inclusive, determinar a imprescindibilidade de averbação de algum termo ou contrato de cessão de ações nas Juntas Comerciais para plena validade e eficácia da operação. Se tal regime fosse instituído, evidentemente, seria oportunizada às Juntas Comerciais a observância do constante cumprimento do artigo 977. Todavia, a fixação de um regime nesses moldes é algo excepcional e que só no caso concreto poderia ser observado. Ademais, de qualquer modo, a inaplicabilidade do dispositivo legal em comento à sociedade anônima remanesceria – não sendo demasiado lembrar que o artigo 977 aplica-se tão-somente às sociedades reguladas pelo Livro II do Código Civil.

No tocante às sociedades anônimas abertas,¹⁴² tão mais difícil seria às Juntas Comerciais o controle da co-participação de marido e mulher casados sob os regimes referidos no artigo 977. E a impossibilidade de tal controle decorria da livre negociação dos títulos e ações em mercado de valores mobiliários.

Todas essas constatações fornecem uma única conclusão: caso fosse aplicável às sociedades anônimas, o artigo 977, em verdade, seria, empiricamente, inadequado ao regime de tais sociedades.¹⁴³

¹⁴¹ Nota do autor: esclareça-se que os livros da sociedade anônima, assim como de qualquer outra sociedade, devem ser autenticados pelas Juntas Comerciais. O ato, no entanto, não abrange mais do que a verificação dos aspectos formais do livro (numero de páginas e correta identificação da sociedade a que se filia). Nenhuma análise referente ao registro das ações é procedido pelo órgão registrário, tampouco nele ficam averbadas cópias dos livros autenticados. A atuação das Juntas Comerciais se limita à verificação de requisitos formais e à aposição de etiquetas que consignam termos de abertura e fechamento de livros sociais.

¹⁴² Consoante o artigo 4º da Lei n.º. 6.404/1976, sociedades anônimas abertas são aquelas em que se admite a negociação de títulos e ações no mercado de valores mobiliários. Por outro lado, são fechadas as companhias que não oferecem suas ações no referido mercado. *In verbis*: Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.”

¹⁴³ Nota do autor: para que não remanesçam dúvidas, sempre bom clarificar que, quanto às sociedades limitadas, por expressa disposição legal, a validade e eficácia das cessões e transferências de cotas exige a celebração de instrumento aditivo ao contrato social, também chamado alteração contratual. Por expressa disposição Capítulo I do Título IV do Livro II do Código Civil, tais aditivos devem ser registrados nas Juntas Comerciais, o que as oportuniza absoluto controle da adequação de todo e qualquer instrumento ao artigo 977 do Código Civil.

CAPÍTULO 3: SOCIEDADE EMPRESÁRIA ENTRE MARIDO E MULHER

Entendendo-se esclarecidas as noções e perspectivas tangentes ao tema nuclear deste trabalho, é chegada a hora de examinar a conexão entre a temática empresarial e os conceitos do Direito de Família, o que se fará mediante o exame da constituição de sociedade empresária entre marido e mulher.

3.1 CORRENTES E POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002, muito se discutiu acerca da possibilidade da fundação de sociedades no âmbito familiar.

Nestes termos, ao comentar as agremiações irregulares ou de fato, Pontes de Miranda fez expressa referência à sociedade familiar sem, no entanto, estudar com afinco ou especificidade aquelas constituídas entre marido e mulher.

Em apertada síntese, esclareceu o tratadista que, a despeito das proposições do direito comparado e em detrimento das respeitáveis posições doutrinárias que se inclinavam, umas e outras, no sentido da vedação da estruturação das sociedades no âmbito familiar, nenhuma objeção fazia a legislação brasileira, no tocante às sociedades familiares:

Alguns sistemas jurídicos, quase sempre, como o sistema francês, conforme a jurisprudência, consideram nulos os contratos de sociedades entre marido e mulher, ou entre pais e filhos. Quanto à sociedade entre pai e filho, ou pai e filhos, o direito luso-brasileiro, a despeito da opinião de Aires Pinhel (Ad. Const. Ced. de bonis maternis, L. 1, § 1, n. 1 s.), sempre as admitiu. Contra também a opinião de Bártolo de Saxoferrado e de Baldo de Ubaldis.

A família pode trabalhar junto sem que haja sociedade e, até mesmo, sem que haja comunhão *pro indiviso* nos lucros. É o que acontece, por exemplo, se o pai estipula o que há de perceber do que os clientes pagam, pelo que ele fez (obra), e os filhos, pelo que eles fazem (obras): o pai cobra x pelo corte das roupas e os filhos cobram y e z, pela costura. Porém nada impede que se conclua, tacitamente, ou por escrito, contrato de sociedade, ou simples comunhão.¹⁴⁴

¹⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 71-72.

Examinando o tema, J. X. Carvalho de Mendonça, com esteio no vetusto princípio do poder marital e na máxima da intangibilidade dos regimes matrimoniais, pronunciou-se, com a austeridade de praxe, pela impossibilidade da fundação de sociedade entre marido e mulher

Relativamente aos regimes de bens, o doutrinador argumentou que, em relação à comunhão universal, nenhum efeito prático decorreria da constituição de sociedade entre cônjuges, já que ambos permaneceriam “condôminos” dos eventuais lucros.

No que tange aos demais regimes, o comercialista justificou seu entendimento no fato de a constituição de sociedades entre marido e mulher engendraria fraude, relativamente à sistemática patrimonial do casal.

Destaque-se trecho da obra de J. X. Carvalho de Mendonça:

Interessante questão é a seguinte: podem os esposos contrair sociedade comercial entre si?

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

Se o casamento é sob o regimen da comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quanto aos primeiros, porque os lucros dos negócios seriam comuns, houvesse ou não a sociedade. Quanto aos segundos, porque as suas garantias não melhorariam.

Se o casamento obedecesse a outro regimen, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedades, bens que o ato antenupcial separara. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos.

A sociedade entre esposos deve-se, pois, considerar-se nula. A nulidade é de ordem pública.

A proibição prevalece, trata-se de sociedade anterior concomitante ou posterior ao casamento. **Podem, entretanto, marido e mulher ser acionistas das sociedades anônimas e em comandita por ações.** [...]

Se os dois cônjuges se associarem a terceiro, prevalecem os mesmos princípios, não querendo dizer isso que os dois estejam proibidos de figurar neste caso como uma só pessoa ou sócio. Marido e mulher formam um só corpo (Ord. 1º, 31, § 1º).¹⁴⁵

¹⁴⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Op. cit. p. 118-119.

Confrontando os doutrinadores outrora mencionados, ao estudar as sociedades à época ditas por cotas de responsabilidade limitada,¹⁴⁶ Rubens Requião posicionou-se favoravelmente à constituição de agremiações entre marido e mulher.

Debruçando-se sobre a questão, ponderou o professor paranaense que, mesmo no regime da comunhão universal, a emancipação da mulher lhe permitiu a meação de seus bens, distintamente da de seu marido, o que tornara legítima a associação entre os cônjuges.

Ademais – esclareceu Requião –, com o advento da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 e a conseqüente positivação do instituto dos bens reservados da mulher, a sociedade brasileira assistiu a uma verdadeira reestruturação do regime da comunhão universal. Tamanha foi a mutação imposta a esse regime que não mais se poderia concluir pela nulidade dos pactos societários celebrados entre marido e mulher.

Dada a importância do pronunciamento de Rubens Requião, mister transcrever trechos pertinentes de seu discurso:

Outra controvérsia, que surge no estudo das sociedades por cotas, refere-se à admissibilidade ou não da sua constituição por contrato firmado entre cônjuges. Tem-se sustentado, na doutrina, que tal contrato seria nulo, se entre os cônjuges imperasse o regime da comunhão universal de bens. Afirma-se que a sociedade, assim constituída, afetaria e burlaria o regime de bens do casal.

Com o advento da Lei nº 4.121, de 1962, cujo art. 3º determinou que “pelos títulos da dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”, e com a emancipação da mulher casada parece-nos que se tornou possível legalmente o que antes se nos figurava impossível: a sociedade limitada entre marido e mulher.

Em brilhante voto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Victor Nunes Leal sintetizou toda a controvérsia, em decisão lapidar. Discutia-se nos autos a validade do ato do Fisco que havia desconsiderado uma sociedade entre os cônjuges, em cuja declaração do imposto de renda figuravam lucros em reserva. Impugnando como nula a sociedade, o Fisco pretendeu considerar apenas a pessoa física do marido, atribuindo-lhe individualmente todos os lucros sociais. Analisando essa tese, disse o Ministro: “Esta consideração conduziria, desde logo, ao não conhecimento do recurso. Mas está implícito no julgamento que a sociedade entre cônjuges não é nula de pleno direito, ou juridicamente inexistente, pois este era o pressuposto dos lançamentos impugnados. Vista a questão deste ângulo, existe dissídio de jurisprudência, embora o recurso da União não o tenha indicado como requisito da Súmula 291. Pela nulidade já se manifestou o Supremo Tribunal Federal [...]. Pela impossibilidade, quando o regime matrimonial seja o da comunhão, também se manifestou o

¹⁴⁶ Nota do autor: com o advento do atual Código Civil, às antigas sociedades por cotas de responsabilidade foi outorgada a denominação “sociedades limitadas”.

Plenário [...]. No mesmo sentido, salvo quando houver outro sócio, decidiu a Segunda Turma [...]. Entretanto, a mesma Turma, em outro caso, de que foi relator o Sr. Ministro Hahnemann Guimarães afirmou que “não é nula a sociedade entre cônjuges, salvo quando tenha por fim alterar o regime matrimonial ou retirar ao marido a direção da sociedade conjugal”. Decisões de outros tribunais também já têm admitido a sociedade entre marido e mulher [...]. Na doutrina, o debate tem sido caloroso, destacando-se entre nós, o parecer contrário do Instituto dos Advogados, de 1927 [...], com o veemente voto vencido de Antonio Pereira Braga (*R. Dir.*, 85/336) – desenvolvido por ele em estudo posterior (*R. Dir.*, 87/16). Diversos aspectos do problema foram por outros autores [...].”

Após citar a doutrina estrangeira, concluiu o voto: “No Brasil, o problema adquiriu novo aspecto com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, diante da qual a existência de patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja o da comunhão, depende do exame de cada caso. Essa lei, embora superveniente ao acórdão recorrido, é muito

A tendência moderna é de atenuar o que se considerava nulidade absoluta, permitindo-se essa sociedade. Em relação à sociedade por cotas, especificamente, já inúmeros posicionamentos se ouviram a favor, como Eunápio Borges, Egberto Lacerda Teixeira, José Tavares etc.[...]

Nessa linha, a França, que sempre se opusera a tal possibilidade, veio a admiti-la pela Lei 66.538, de 24-7-1966, artigo 1º, e note-se, não apenas com terceiros, mas também com os dois cônjuges.

Também a recente Lei argentina de 1972 (nº 19.550) admitiu essa possibilidade para as sociedades por ações ou por cotas de responsabilidade limitada (art. 27).¹⁴⁸

Não somente a favor da sociedade fundada por cônjuges, mas também daquelas instituídas por companheiros, Nelson Abrão, acompanhando a doutrina de Rubens Requião, afirmou, em detrimento dos estudos e assertivas de J. X. Carvalho de Mendonça, que as sociedades assim constituídas não alterariam a estruturação do regime patrimonial, fosse ele o da comunhão universal, fosse o da separação:

Não encontramos qualquer empecilho a que os cônjuges ponham em comum os seus esforços em uma sociedade limitada, uma vez que não representa violação ao regime matrimonial de bens adotado. [...] Com o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, dúvidas não mais subsistiram acerca do cabimento da sociedade entre cônjuges, graças, sobretudo, ao art. 3º [...].

Dessa maneira, pois, a união de marido e mulher numa sociedade de responsabilidade limitada, se casados sob o regime da comunhão universal, não viola o princípio matrimonial em relação aos bens, pois, conforme o seu capital, “podem (os bens) representar até mesmo um reforço da responsabilidade individual dos cônjuges. Se, ao contrário, o casamento foi celebrado sob o regime da separação de bens, nada impede logicamente que os cônjuges assinem seus recursos próprios num empreendimento comum, com limitação de sua responsabilidade individual pelas inaneções

Por fim, posicionando-se sobre a controvérsia, José Waldecy Lucena esclareceu que a Lei nº 4.121/1962, ao estabelecer o regime dos bens reservados da mulher ou do marido, alterou profundamente o antigo regime da comunhão universal e, por isso mesmo, reforçou a possibilidade de a mulher figurar como sócia de seu marido:

Aqui, como alhures, houve notáveis disceptações a respeito da possibilidade da mulher casada constituir, com o marido, uma sociedade. Hoje, contudo, amainados os debates, restringiram-se os opositores a casos isolados.

Em França, v. g., país em que mais se discutiu a questão e o que mais influenciou os juristas pátrios, a controvérsia foi dirimida legislativamente, autorizando-se a constituição de sociedade exclusivamente entre cônjuges. [...]

No Brasil, embora não dada a lume legislação específica sobre a matéria, veio a ser promulgada a Lei nº 4.121, de 17 de agosto de 1962, o chamado “Estatuto da Mulher Casada”, cujo art. 3º, dispondo que, “pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges ainda que casados no regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”, na realidade assentou, como se extrai do aresto do Supremo Tribunal Federal, “a existência do patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja o da comunhão”, assim reforçando a posição da mulher em se ver admitida como sócia de seu marido. [...]

Em verdade, operou a Lei nº 4.121, de 1962, como verdadeiro divisor de águas, tanto que, hodiernamente, a doutrina nacional é quase unânime a respeito da admissibilidade da mulher como sócia-quotista exclusiva de seu marido. De fato, assim pensam autores da melhor suposição, como Rubens Requião, Egberto Lacerda Teixeira, João Eunápio Borges, Cunha Peixoto, *et alii*.

E realmente assim deve ser.

Longe vão os tempos em que Carvalho de Mendonça, mercê de sua justa autoridade como comercialista emérito, angariava prosélitos, ao asserir a nulidade do contrato de sociedade entre marido e mulher, e no que foi, ao depois, secundado por Waldemar Ferreira.

[...]

Ora, com o Estatuto da Mulher Casada, permitida a separação de patrimônios do marido e da mulher, independentemente do regime de bens do casamento, por óbvio, que se ambos destinassem uma parcela de seu patrimônio para a integralização do capital da sociedade, surge, a partir dessa destinação, um novo e único patrimônio, que é o da sociedade, completamente distinto daquele que congloba os demais bens do casal, que continua submetido ao regime de bens do matrimônio. [...]

Diante dessa nova situação, os argumentos dos opositores a tal tipo de sociedade ficaram reduzidos, unicamente, à possibilidade de fraude contra terceiros. [...]

Do exposto, é de se concluir que a intensa elaboração da doutrina e da jurisprudência, mais desta, uma influenciando a outra em saudável reciprocidade, acabou, em lenta evolução, por extrapassar o regido e vetusto cânone da nulidade das sociedades por quotas entre cônjuges, para, modernamente, esplender no assento, de aceitação quase unânime, da admissibilidade irrefragável daquelas sociedades. [...].¹⁵⁰

¹⁵⁰ LUCENA, José Waldecy. Op. cit. p. 179-187.

A doutrina *supra* colacionada revela que os estudiosos do direito consideraram defesa a constituição de sociedades entre marido e mulher quando a vigência do poder marital e a intangibilidade do regime patrimonial pendiam sobre a sociedade e a família brasileira.

Por outro lado, a mesma doutrina descortina que, com a alteração do paradigma familiar brasileiro, desaparecendo o poder marital e mesmo a intocabilidade dos regimes matrimoniais, deixou de subsistir qualquer fundamento à vedação.

Indubitavelmente, a Lei nº 4.121/1962 atuou como divisor de águas não só no Direito de Família, mas também no próprio Direito Comercial: a partir da promulgação deste diploma legislativo, doutrina e jurisprudência firmaram o entendimento de que a constituição de sociedade entre marido e mulher não representava qualquer infração, fosse ao regime de bens – já não mais tão intocável, fosse ao poder marital, elemento rechaçado pela lei e, por isso mesmo, posto de lado nas relações familiares.

3.2 BREVE ANÁLISE DOS REGIMES DE BENS VIGENTES

O estudo dos posicionamentos doutrinários alusivos à constituição de sociedade entre marido e mulher revelou que o argumento de que lançam mão àqueles que se posicionam contrariamente às sociedades entre eles estruturadas se calca em uma questão meramente patrimonial, qual seja: a alteração do regime de bens.¹⁵¹

Diante disso, para que se possa avançar no estudo da vedação da contratação de instituição de sociedade entre marido e mulher, impende conhecer a sistemática dos regimes patrimoniais recepcionados pelo atual Código Civil.

¹⁵¹ Nota do autor: esse é, aliás, o fundamento jurídico do artigo 977.

3.2.1 Regimes da comunhão

Conquanto a investigação da história dos povos romanos revele no condomínio e na *comproriedade* os primeiros “fósseis” dos atuais regimes de comunhão, não se pode afirmar que nessas figuras jurídicas primitivas residiram os embriões dos regimes agora em estudo. Isso porque *comproriedade* e condomínio, longe de representarem regulamentos das relações patrimoniais entre cônjuges, significaram simples formatações do patrimônio familiar. Isso não bastasse, a concepção de cotas ideais em muito afasta *comproriedade* e condomínio dos regimes de comunhão.

Em outras palavras, embora implicassem em verdadeiras comunhões patrimoniais, condomínio e *comproriedade* não devem ser vistos como embriões dos atuais regimes de comunhão. Isso porque, se de um lado a inexistência de sólidas concepções jurídicas atinentes ao indivíduo impedisse que, na época, se cogitasse de regime de bens entre cônjuges, por outro, ambas as figuras consagravam um elemento abstraído dos regimes de comunhão: as cotas ideais dos co-proprietários.

Restando, pois, afastada a origem dos regimes de comunhão entre os romanos, há que se dizer que tais estatutos patrimoniais surgiram apenas no direito germânico.

A esse respeito, importa esclarecer que, em um primeiro momento, a sociedade germânica considerou o marido como o cônjuge excelso e, por isso mesmo, o senhor absoluto dos bens da mulher.¹⁵² Posteriormente, com o abrandamento dessa concepção – o que decorreu da evolução social e do “antiquíssimo costume das mútuas doações”¹⁵³ – marido e mulher passaram a ser vistos como uma unidade, como sócios de um patrimônio global. Dessa nova sistemática advieram “a comunhão meramente administrativa do Direito saxão e a comunhão real de outras estirpes, principalmente franca”.¹⁵⁴ Transcorrido algum tempo e reformuladas certas regras, a comunhão inicial – que se restringia aos bens

¹⁵² Nota do autor: ainda que o marido fosse considerado o senhor dos bens de sua esposa, não era tido como o exclusivo proprietário da massa patrimonial da mulher.

¹⁵³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8ª ed. Atualizada por Isaías Beviláqua. São Paulo: Freitas Bastos S.A., 1956. p.190.

¹⁵⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 190.

imóveis – passou a abarcar todos os bens, de modo que tornou-se obrigatória a divisão da massa patrimonial entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do *de cujus*.

A respeito da evolução da comunhão, salutar destacar a obra de Roth, historiador citado por Clóvis Beviláqua:

Enquanto pela comunhão de administração, a disposição do marido em referência aos seus bens próprios, de modo algum era dependente do consentimento da mulher, o antigo Direito franco dava a esta uma garantia, para que o marido não a prejudicasse, em sua parte nos adquiridos, por uma disposição unilateral de seus próprios imóveis. Essa garantia consistiu em exigir que o marido pedisse a outorga de sua mulher para a alienação dos bens imóveis, quer fossem seus, quer trazidos por ela. Logo, porém, firmou-se o princípio de que nenhum dos cônjuges podia, durante o casamento, dispor de seus imóveis por ato unilateral, e a consequência natural dele foi a aceitação de uma comunhão de propriedade imóvel, a qual encontrava sua expressão no costume, já anteriormente estabelecido, de inscreverem-se os bens de raiz nos livros públicos (*oeffentliche Buecher*), sob o nome de ambos os cônjuges.¹⁵⁵

Diante da análise da origem e da evolução histórica dos regimes de comunhão, pode-se dizer que os mesmos surgiram no exato momento em que marido e mulher passaram a ser vistos como uma unidade, como sócios da massa patrimonial resultante do casamento.¹⁵⁶ E o exame da atual configuração desses regimes demonstra que essa concepção – a do casal como uma unidade – permanece parcialmente incólume, de modo a fundamentar a permanência dos regimes em análise.

Verificando a premissa anterior – de que a configuração atual dos regimes em apreciação se pauta na unidade do casal –, impreterível ressaltar que o traço distintivo dos regimes de comunhão reside nos bens comuns – relativamente aos quais são outorgadas a ambos os cônjuges a posse e a propriedade – e na inexistência de quinhões ou quotas ideais.

Nesta esteira, durante a vigência dos regimes em comento, marido e mulher são co-proprietários da massa patrimonial decorrente da união de seus bens, de tal modo que a ambos toca, sem qualquer hierarquia ou proporção, a posse e a propriedade de tudo aquilo que compõe dita massa. Essa configuração autoriza a

¹⁵⁵ ROTH *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 191.

¹⁵⁶ A respeito da origem do regime de comunhão, verifique-se a obra de Clóvis Beviláqua (*Idem, ibidem*).

afirmação de que os mesmos constituem verdadeiras comunhões sem quinhões ou cotas ideais.

Neste ponto, aliás, valiosa é a lição de Manuel Domingues de Andrade, para quem – em outras palavras – os regimes de comunhão determinam a formação de uma massa patrimonial a que ambos os cônjuges têm acesso de forma integral, sem que se possa cogitar de cotas ideais.¹⁵⁷

Diante do exposto, importante recuperar a idéia de que, diversamente da *compropriedade* e do condomínio do direito romano, os regimes de comunhão – nascidos no direito germânico – não admitem a divisão da massa patrimonial em partes ideais. Marido e mulher são, pois, titulares do todo e, ao mesmo tempo, de uma perspectiva do patrimônio que lhes será “restituído” por ocasião de eventual dissolução da sociedade conjugal.

Essa indivisibilidade do patrimônio, somada à percepção do casal como uma unidade, como uma verdadeira agremiação sem cotas, é o que fornece a tônica e determina o espírito dos regimes de comunhão.¹⁵⁸

Entendendo-se compreendida a estrutura geral dos regimes de comunhão, mister analisar, separadamente, cada uma de suas modalidades, quais sejam: a comunhão universal e a parcial.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel Domingues de. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira Muniz. p. 415.

¹⁵⁸ A respeito do tema estudado, importante destacar a lição de Lamartine e Ferreira Muniz: “O que caracteriza os regimes da comunhão universal e parcial são os bens comuns: a posse e a propriedade são comuns. A este propósito, importa realçar que há regra expressa no Código Civil (art. 266), no capítulo do regime da comunhão universal de bens, que se aplica ao regime da comunhão parcial. Trata-se do princípio geral e extensivo a todos os regimes de comunhão. Nos regimes de comunhão, os bens dos cônjuges são organizados de modo a formar uma massa comum. O regime tem uma real incidência sobre os bens e dá origem a uma determinada estrutura patrimonial. Durante esses regimes, os bens comuns formam uma massa patrimonial que pertence globalmente a ambos os cônjuges, o que corresponde a uma comunhão sem quotas. O patrimônio comum não se reparte entre os cônjuges, por cotas determinadas. Dessa formulação resulta que a participação destes não se expressa numericamente, como no condomínio, que é comunhão de quotas ideais (cota de 1/2, 1/3 ou 1/5, etc) e das quais os titulares podem dispor (art. 623, III) – vender, doar ou hipotecar a cota ideal e pedir a divisão da coisa comum (art. 269). Na comunhão de bens inexistente a divisão de cotas entre os cônjuges. E note-se que o regime da comunhão supõe uma preexistente relação entre os titulares: a relação matrimonial com a qual se encontra ligada e que produz para eles outros efeitos. Essa relação, que associa os cônjuges tão estreitamente nos múltiplos aspectos da vida, projeta-se sobre o plano patrimonial e explica a razão porque o direito à meação, de que cada cônjuge é titular do patrimônio comum, só é realizável depois de finda a sociedade conjugal.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. Op. cit. p. 415-416).

3.2.1.1 A comunhão parcial de bens

No tocante ao casamento, a comunhão parcial de bens tornou-se o regime oficial desde a promulgação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977).

Ocorre que, com a edição do Código Civil brasileiro de 2002, o regime em estudo tornou-se também o estatuto patrimonial oficial das uniões estáveis, fontes da comunidade familiar consoante o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Característica basilar do regime da comunhão parcial é a comunicabilidade dos bens adquiridos posteriormente ao casamento e na constância da sociedade conjugal.¹⁵⁹ A contrário senso, aqueles bens adquiridos anteriormente ao enlace matrimonial não se comunicam, não integram a massa patrimonial decorrente da união entre homem e mulher. Tampouco os bens adquiridos após finda a sociedade conjugal integram a comunhão.

Todavia, além dos bens anteriores ao casamento, outros há que não integram a comunhão. São eles os arrolados no artigo 1.659¹⁶⁰ do Código Civil de 2002 e os sub-rogados no lugar destes.

A respeito do mencionado artigo 1.659, há que se esclarecer que ele estipula uma espécie de reserva patrimonial. Isso porque, ao mencionar coisas apartadas da comunhão, o referido dispositivo legal institui os bens reservados de cada cônjuge, relativamente aos quais somente ao consorte titular é dada a administração.¹⁶¹

¹⁵⁹ Nota do autor: relativamente ao regime da comunhão parcial de bens, quando se faz referência ao casamento ou à constância da sociedade conjugal, está-se também aludindo à instituição e manutenção da união estável.

¹⁶⁰ “Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

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

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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

¹⁶¹ A esse respeito, destaque-se a opinião de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem: “[...] este é o regime oficial de bens, no casamento, selecionado, pois, pelo legislador pátrio, desde a promulgação da Lei do divórcio, em 1977, pelo qual comunicar-se-ão apenas os bens adquiridos na

Essa regra pode, no entanto, ser mitigada, ou mesmo elidida, pelo pacto antenupcial.¹⁶²

Relativamente ao patrimônio comum, prestigiando a igualdade entre os cônjuges, o artigo 1.663 do Código Civil estabelece que a administração compete a ambos os cônjuges. Evidentemente, a prescrição pode ser afastada quando constatada a malversação do patrimônio comum por um dos consortes.¹⁶³

Ao tutelar a comunhão parcial de bens, o Código Civil prescreve a outorga uxória ou marital para todos os atos que, a título gratuito, impliquem na cessão do uso ou gozo de bens comuns e para aqueles enumerados pelo artigo 1.467.¹⁶⁴ É o que se depreende da redação do parágrafo segundo do artigo 1.663.¹⁶⁵

Por fim, no que tange às dívidas, algumas regras elementares não de ser destacadas.

Primeiramente, do exercício da administração dos bens que integram a comunhão, respondem pelas obrigações os bens comuns e os particulares do cônjuge que administra aqueles. Quanto ao outro consorte, seus bens particulares somente responderão se este auferir alguma vantagem.¹⁶⁶

Por outro lado, enquanto as dívidas contraídas por um dos cônjuges, na exclusiva administração de seus bens particulares e restritamente em proveito deles, não atingem os bens comuns, estes são afetados pelos encargos da família, pelas despesas de administração dos bens comuns e pelas decorrentes de imposição

constância do casamento, e revelando, por isso mesmo, um acervo de bens que pertencerão exclusivamente ao marido, ou exclusivamente à mulher, ou que pertencerão a ambos.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 261).

¹⁶² Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

¹⁶³ Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

¹⁶⁴ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

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

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

III - prestar fiança ou aval;

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

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

¹⁶⁵ “Art. 1.663. *Omissis*.

§ 2º. A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.”

¹⁶⁶ “Art. 1.663. *Omissis*.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.”

legal. É o que revela a análise conjunta dos artigos 1.666¹⁶⁷ e 1.664¹⁶⁸ do Código Civil em vigor.

Esta é, em síntese, a feição do regime da comunhão parcial de bens.

3.2.1.2 A comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal é o que, historicamente, melhor traduz a primazia de que marido e mulher compõem uma unidade, uma célula mantida por forte coesão, a ponto de as relações patrimoniais de seus componentes restarem profundamente afetadas.

Em sua gênese, o regime agora em tela determinava a irrestrita união dos bens do casal, de tal sorte que nenhuma reserva ou exceção à unidade patrimonial foi ordinariamente consignada na legislação de regência.¹⁶⁹ O casamento e a manutenção da sociedade conjugal provocavam, dessa forma, a união de absolutamente todos os bens.

Essa conformação foi a que inspirou a edição do Código Civil brasileiro de 1916 que, diga-se de passagem, consagrou o regime da comunhão universal como o regime legal.

A respeito da originária abrangência do regime em análise, importante destacar a lição de Clóvis Beviláqua, precursor do Código Civil de 1916: “A comunhão universal, por Direito pátrio, é universal, porque abrange a totalidade dos bens, que os cônjuges trazem para a sociedade conjugal e os que, na constância dela adquirem”.¹⁷⁰

Ocorre que nem mesmo o regime em comento ficou isento às mutações sociais. Nestes termos, em 1962, por ocasião da promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), foi consagrado o instituto da reserva de bens. Segundo a nova disciplina, o produto do trabalho da mulher, assim

¹⁶⁷ “Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.”

¹⁶⁸ “Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.”

¹⁶⁹ Nota do autor: extraordinariamente, os pactos antenupciais sempre permitiram a reserva de bens, ao bel-prazer dos nubentes.

¹⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 196.

como os bens com tal resultado adquiridos, haviam deixado de integrar a comunhão decorrente do regime em exame.

Essa foi a mais notável mitigação da universalidade do regime agora em investigação, conquanto não tenha sido a única. Isso porque, ao disciplinar o artigo 263, do Código Civil de 1916, o Estatuto da Mulher Casada engendrou uma verdadeira reformulação do regime da comunhão universal.

Para que se possa compreender a amplitude das alterações aludidas, destaca-se o referido artigo 263:

Art. 263. São excluídos da comunhão:

- I - as pensões, meios-soldos, montepios, tenças, e outras rendas semelhantes;
- II - os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- III - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva;
- IV - o dote prometido ou constituído a filhos de outro leito;
- V - o dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum;
- VI - as obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518 e 1.532);
- VII - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- VIII - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312);
- IX - as roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos da família;
- X - a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (arts. 178, § 9, I, b, e 235, III);
- XI - os bens da herança necessária a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723);
- XII - os bens reservados (art. 246, parágrafo único);
- XIII - os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos.

Cumprido esclarecer que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o instituto da reserva dos bens da mulher casada cedeu espaço ao da reserva dos bens de cada cônjuge.¹⁷¹ Passaram a existir, pois, os bens reservados do homem e os da mulher.¹⁷²

¹⁷¹ Nota do autor: parcela significativa da doutrina entendeu que a Constituição Federal de 1988 havia revogado o instituto dos bens reservados da mulher.

¹⁷² O instituto dos bens reservados da mulher não está mais presente no ordenamento jurídico pátrio, pois instituiu inaceitável desigualdade entre os cônjuges que foram considerados “iguais” pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, vale destacar o posicionamento jurisprudencial: “Dúvidas no registro imobiliário. Bens reservados da mulher casada. Ab-rogação pela Constituição Federal da Lei 4.121/62 e art. 246 do C.Civil que sobre eles dispunha. Privilégio e fonte de desequilíbrio da igualdade na sociedade conjugal, que não merecia subsistir. Sentença que só permite o registro de título, assim clausulado sem ela. Recurso não provido”. TJRJ. Ap. Cív. n. 1994.001.00973. 6ª Câmara Cív. Relator Des. Pedro Ligeiro. Julgado em 09/08/1994.

Perpetuando a tendência pela suavização do regime em questão, o Código Civil de 2002 manteve exceções à universalidade do regime da comunhão dita universal. *In verbis*:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Neste ponto – e com vista à análise do artigo 977 do Código Civil –, amplo destaque deve ser dado ao inciso V, dispositivo que agasalha a incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

Diante de todo o discorrido, e em vista dos bens excluídos da comunhão, fica claro que, a despeito do *nomen iuris* do estatuto matrimonial em comento, o instituto da comunhão universal não mais consagra uma só massa patrimonial. O regime em estudo institui, pois, uma “universalidade não mais tão universal”.

No que tange aos demais aspectos do regime matrimonial em exame, insta esclarecer que – na esteira da comunhão parcial de bens e da igualdade entre os cônjuges – a administração do patrimônio comum compete a ambos os cônjuges. Neste mérito, por expressa autorização do artigo 1.670, aplicam-se a esse regime as normas inerentes ao da comunhão parcial de bens.¹⁷³

No que pertine à outorga uxória ou marital, ela será imprescindível para todos os casos mencionados nos artigos 1.647 e 1.663, parágrafo segundo,¹⁷⁴ ambos do Código Civil.

Entendendo-se esclarecidos os aspectos dos regimes de comunhão pertinentes ao tema nuclear deste trabalho, pode-se avançar no estudo dos demais regimes de bens positivados no Código Civil de 2002.

¹⁷³ Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

¹⁷⁴ Nota do autor: lembre-se que o artigo 1.670 estabelece que, no tocante à administração dos bens, ao regime da comunhão universal aplicam-se subsidiariamente os artigos disciplinadores da comunhão parcial.

3.2.2 Do regime de participação final nos aqüestos

O *novel* regime da participação final nos aqüestos aportou no Direito brasileiro por ocasião do advento do Código Civil de 2002. E, para alguns doutrinadores, veio ocupar o espaço outrora destinado ao decadente¹⁷⁵ regime dotal. Todavia – é imprescindível asseverar –, conquanto um regime tenha *ab-rogado* o outro, ambos não se assemelham, tampouco possuem características que os aproximem.

Sem adentrar ao estudo do regime dotal – porquanto revogado, não importa ao presente trabalho –, mister esclarecer que o regime da participação final nos aqüestos caracteriza-se pela amálgama dos regimes da comunhão parcial e da separação de bens. É o que se depreende da leitura do artigo 1.672 do atual Código Civil.¹⁷⁶

Sintetizando o outrora discorrido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka doutrina que:

Cria, o legislador civil nacional, outro regime de bens, que vem ocupar o lugar deixado pelo regime dotal, sem que, no entanto, guarde relativamente a este qualquer semelhança. Ocupa o lugar, não as características. Ao contrário, o regime da participação final nos aqüestos guarda semelhança e adquire características próprias a dois outros regimes, na medida em que regulamenta, em seu nascedouro e sua constância por regras semelhantes às desenhadas pelo legislador para o regime da separação de bens, em que cada cônjuge administra livremente os bens que tenha trazido para a sociedade conjugal, assim como aqueles que adquirir, por si ou exclusivamente, durante o desenrolar do matrimônio. Por outro lado, assume de empréstimo regras muito parecidas àquelas dispensadas ao regime da comunhão parcial, quando da dissolução da sociedade conjugal por separação, divórcio ou morte de um dos cônjuges.¹⁷⁷

Consoante o já exposto, na constância da sociedade conjugal, cada cônjuge possui seu próprio patrimônio. Conseqüentemente, cada consorte administra e dispõe de seus próprios bens, regra excepcionada no que diz respeito aos bens

¹⁷⁵ Nota do autor: a decadência do regime dotal decorreu da extrema diferenciação que fazia entre os cônjuges. Em virtude disso, o estatuto matrimonial referido caiu em franco desuso.

¹⁷⁶ “Art. 1.672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.”

¹⁷⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 264.

imóveis. Isso porque, a teor dos artigos 1.672 e 1.673 do Código Civil, para a alienação ou oneração destes, é imperiosa a outorga uxória ou marital.

No entanto, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, o regime de bens em comento assume matizes da comunhão parcial. Isso tendo em vista que, na oportunidade mencionada, os aqüestos, ou seja, os bens adquiridos onerosamente e na constância da sociedade conjugal, serão partilhados entre o cônjuge sobrevivente e os demais herdeiros do consorte pré-morto ou sobre eles recairá a meação entre os cônjuges.

Ao disciplinar o regime em exame, o legislador ordinário tratou de instituir regime extenuante, no que se refere à apuração dos aqüestos.¹⁷⁸ Isso em vista da

¹⁷⁸ Nesta esteira, os artigos *infra* colacionados foram editados exclusivamente para facilitar a apuração dos aqüestos. *In verbis*:

“Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, 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.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

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.

Art. 1.679. 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.

Art. 1.680. As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.

Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

Art. 1.682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência.

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.

Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.”

No que pertine à separação obrigatória ou legal, há que se frisar que, em detrimento das discussões doutrinárias que, inclusive, contestam legitimidade e legalidade de sua imposição, relativamente a determinados nubentes, sua permanência decorre da manutenção das causas impeditivas e suspensivas do casamento. E porque este regime existe e, mais do que isso, relaciona-se intrinsecamente com o objeto desta dissertação, mister tratar do mesmo com algum vagar.

3.2.3.1 Do regime da separação convencional (contratual ou voluntária) de bens

O regime da separação convencional – como o próprio *nomen iuris* indica – aplica-se a tantos nubentes quantos pretenderem que o casamento não implique na conjugação dos patrimônios individuais.

Uma vez que se opte por este estatuto patrimonial, mediante a celebração de pacto antenupcial, não há se cogitar de massa patrimonial decorrente do casamento. Muito pelo contrário, há que se considerar a existência de dois patrimônios distintos, completamente incomunicáveis, cuja administração compete exclusivamente ao consorte titular.¹⁸⁰

Neste regime, a independência dos patrimônios de cada cônjuge é de tal monta que não se exige a outorga uxória ou marital para oneração ou alienação de bens.¹⁸¹

Em que pese a destacada independência patrimonial de cada cônjuge, a ambos se impõe o dever de prover economicamente a manutenção da sociedade conjugal, na proporção dos rendimentos de cada um. Evidentemente, essa imposição pode ser rechaçada mediante disposições no imprescindível pacto antenupcial.¹⁸²

¹⁸⁰ “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

¹⁸¹ Nota do autor: lembre-se que o artigo 1.647 do Código Civil, ao fixar as hipóteses em que a outorga uxória ou marital é imprescindível, excepciona os regimes de separação absoluta de bens. Para esses a formalidade – a outorga do marido ou da mulher – é preterida pela própria legislação.

¹⁸² “Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.”

Acerca do regime em destaque, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, citando trechos da obra de Rolf Madaleno, assim se manifesta:

Antes de encerrar a análise deste regime de bens do casamento, o regime da separação total, não devo esquecer de mencionar que ele pode ser adotado, pelos nubentes, como fruto da eleição ou escolha, convencionando-o por meio de pacto antenupcial. Se assim for, o regime em pauta vai se desvendar como um excelente regime matrimonial, no casamento, tendo em vista que representa exatamente o contrário disso, que dizer, ele é a total ausência de regime patrimonial, mantendo bem separados e distintos os patrimônios do marido e da mulher. Talvez mesmo tenham integral razão aqueles que prognosticam ser este regime, quando convencionado pelos nubentes, o que se revela como o “regime das futuras uniões conjugais [...], na medida em que cada um dos cônjuges [...] irá concorrer com as suas economias pessoais para atender às cargas específicas da sociedade afetiva, mantendo intactos os seus bens ou as suas fortunas no caso de separação. Especialmente quando se habilitam para um casamento”, conclui Rolf Madaleno, “ocorrendo nessas ocasiões, uma forte influência econômica pelo temor de poder arcar com novo prejuízo de uma separação que já lhes tomou anteriormente, significativa parcela de bens materiais”.¹⁸³

Essa é, em suma, a feição do regime da separação convencional de bens.

3.2.3.2 Do regime da separação obrigatória (legal) de bens

Consoante sua própria nomenclatura, o regime da separação obrigatória é, desde a sua gênese, aquele imposto pela legislação a determinados nubentes.

Atualmente, e a teor do artigo 1.641¹⁸⁴ do Código Civil, o regime em estudo é imputado àqueles que contraem casamento com inobservância das causas suspensivas de sua celebração;¹⁸⁵ aos maiores de sessenta anos de idade; e aos que, para se casar, dependem de suprimento judicial.

¹⁸³ MADALENO, Rolf. *Apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 265-266.

¹⁸⁴ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II - da pessoa maior de sessenta anos;

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

¹⁸⁵ As causas suspensivas do casamento são aquelas arroladas pelo artigo 1.641 *in verbis*:

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

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

II - da pessoa maior de sessenta anos;

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

O regime da separação legal constitui, pois, verdadeira sanção àqueles que, segundo o atual Código Civil, não deveriam se casar. Por outro lado, intenta representar proteção às pessoas potencialmente sujeitas ao “golpe do baú”.

Em que pese a “boa intenção” do legislador de 2002, a verdade é que a manutenção do regime da separação legal – e de sua cogência, em determinadas hipóteses – representa verdadeiro retrocesso, não somente em virtude das profundas alterações impingidas a esse regime por ocasião da edição da súmula 377¹⁸⁶ do Supremo Tribunal Federal, mas também em virtude de sua inadequação com a Carta Constitucional de 1988.

A esse respeito, impende destacar o posicionamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem:

Relativamente a este regime de bens, isto é, o regime que visa promover a completa separação patrimonial do acervo de bens pertencentes a cada um dos cônjuges, alinhó-me, claramente, entre aqueles que anotam ter sido um retrocesso do legislador contemporâneo a inclusão das arcaicas regras contidas na legislação de 1916, estas em franca decadência, depois de fortemente modificadas pela Súmula 377 do STF.¹⁸⁷

No que tange à Súmula 377 do STF, há que se esclarecer que, a exemplo da modificação que o Estatuto da Mulher Casada operara no regime da comunhão universal, este entendimento jurisprudencial consolidado reformulou, por completo, o regime da separação obrigatória. Isso porque, a súmula referida comutou aquela incomunicabilidade inicial dos bens anteriores e posteriores ao casamento por uma parcial comunicação patrimonial, de tal sorte que o antigo regime da separação legal tornou-se um típico regime de separação parcial.

Note-se que, com a edição da Súmula 377, os bens adquiridos após o casamento passaram a se comunicar, de modo que, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, os aqüestos passaram a ser divididos entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros, ou entre ambos os consortes, a depender da causa motivadora da extinção de dita sociedade.

Hodiernamente e em virtude do advento do Código Civil de 2002, questiona-se a vigência e aplicabilidade da Súmula em debate. Aqueles que se inclinam favoravelmente à sua revogação pautam-se na argumentação de que sua redação

¹⁸⁶ “Súmula 377 – No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

¹⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 262.

vinculava-se ao artigo 259 do Código Civil de 1916, dispositivo que não fora repetido, tampouco encontra correspondente no Código de 2002. Por outro lado, aqueles que defendem sua recepção pela nova ordem esteiam seus posicionamentos no princípio de que, entre os consortes, se constitui uma verdadeira sociedade de fato, fundada na comunhão de interesses, e de que categorizações como idade e sexo não podem, por expressa vedação constitucional, determinar distinções.

Ora, muito embora o atual Código, de fato, não tenha repetido a regra consignada no artigo 259 do Código revogado, a verdade é que, em prol da preservação da sociedade de fato instituída pelos cônjuges, da comunhão de vida oriunda do casamento¹⁸⁸ e, mais do que isso, do princípio da igualdade que norteia todo o ordenamento jurídico pátrio, entende-se sensata e legítima a manutenção da Súmula 377 do STF.

A esse respeito, mister destacar o posicionamento de Rolf Madaleno que, ao destacar a injustiça advinda do regime da separação obrigatória, a contrário senso, faz concluir

ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses.¹⁹⁰

Não fosse a incidência da Súmula 377, o regime da separação legal configurar-se-ia exatamente como o da separação convencional. Ou seja: referido estatuto matrimonial implicaria em uma verdadeira negação dos regimes matrimoniais, posto que manteria amplamente separados os bens daqueles aos quais o regime é cogente. Ademais, impediria a formação dos aqüestos, razão porque a cada consorte competiria a administração de seus próprios bens, bem como a alienação e oneração de seu patrimônio.

Todavia, em vista da Súmula 377, o regime em questão opera efeitos parecidíssimos ao da comunhão parcial. Isso porque os bens adquiridos posteriormente ao casamento, vale dizer, os aqüestos, formam um só patrimônio. E esses bens – os que compõem os aqüestos – evidentemente, são passíveis de administração por ambos os cônjuges.

3.3 O ARTIGO 977 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Após ampla pacificação da doutrina e da jurisprudência, no sentido da possibilidade da constituição de sociedade entre marido e mulher, quando se pressupôs que nada mais haveria que ser discutido, o artigo 977 do atual Código Civil, teratologicamente, tornou defesa a instituição de sociedade empresarial entre os cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal ou da separação obrigatória.

Nesta esteira, esclareceu a professora Marta Marília Tonin:

Como não havia impedimento legal para a criação de sociedade empresarial entre cônjuges, tendo a doutrina e jurisprudência balizado a prática já tinha consolidado, nada mais haveria que se discutir ou temer acerca desta questão. Nada mesmo? Pois este é o desafio que surge com o novo texto da Lei Federal 10.406/02, que em seu art. 977 impede a formação de tais sociedades aos que são casados sob os regimes da comunhão universal e da separação obrigatória.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167.

Se pela letra da lei o legislador inova, de um lado, dizendo que o ordenamento jurídico permite a constituição de sociedade empresarial entre marido e mulher (superando lacuna anterior), de outro, cria um impasse enfatizando que a união matrimonial realizada sob aqueles regimes é incompatível com a contratação da sociedade empresarial. Ou seja, não podem conviver a *affectio societatis* e a *affectio maritalis* quando nesta última o acordo patrimonial celebrado entre os cônjuges contempla uma das restrições impostas pela nova regra do art. 977 do Código Civil.¹⁹¹

Para que se possa verificar a adequação da nova exigência ao ordenamento jurídico pátrio, mister eleger, como ponto de partida, a investigação de suas origens e fundamentos.

3.3.1 Origens e fundamentos

Retomando os termos da introdução desta dissertação, no afã de proteger a essência (?) dos regimes matrimoniais da comunhão universal e da separação obrigatória de bens, o legislador de 2002, mediante a edição do artigo 977 do Código Civil, vedou aos cônjuges casados de acordo com tais estatutos patrimoniais a constituição de sociedade entre si ou entre ambos com terceiros.

No tocante à origem e ao fundamento do dispositivo legal em comento, o deputado e civilista Ricardo Fiúza assim se pronunciou:

A sociedade seria uma espécie de ficção, já que a titularidade das quotas de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada do âmbito da sociedade conjugal, da mesma maneira que todos os demais bens não excluídos pelo art. 1.688, a ambos pertencentes.¹⁹²

Em se tratando do regime da separação obrigatória, referido jurista esclareceu, em outras palavras, que a regra constante do artigo 977 é decorrência direta das disposições legais que tutelam tal regime e que impedem a comunicação dos bens dos consortes.

¹⁹¹ TONIN, Marta Marília. A sociedade empresarial entre cônjuges e o art. 977 da Lei 10.406/02. Exercício pleno da cidadania? In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial e cidadania**: questões contemporâneas. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 292.

¹⁹² FIUZA, RICARDO. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

3.3.2 Conformação com o ordenamento jurídico brasileiro

Em detrimento das razões apontadas por Ricardo Fiúza, o artigo 977 do Código Civil, ao tornar defesa a contratação da constituição de sociedade entre cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal ou da separação legal, pode ter instituído regra destoante das demais disposições do próprio Código Civil e, o que é ainda mais grave, da Constituição Federal. Tal circunstância torna imperiosa a análise da compatibilidade de tal dispositivo, frente ao mencionado Código e em face da Carta Política.

3.3.2.1 O artigo 977 frente às demais disposições do Código Civil brasileiro

No que pertine ao Código Civil, diversos são os dispositivos que apontam a inadequação do artigo 977. Para ratificar ou rechaçar a desconformidade desse artigo, em face do *Codex*, mister destacar cada um deles.

Pois bem, relativamente ao regime da comunhão universal, partindo da inadmissível presunção da fraude, Ricardo Fiúza esclarece que a constituição de sociedade entre cônjuges significaria mera ficção, uma vez que “a titularidade das quotas de cada cônjuge na sociedade não estaria patrimonialmente separada do âmbito da sociedade conjugal”. Tal circunstância dificultaria a ação de credores que, ao buscar bens dos sócios para a liquidação de obrigações sociais inadimplidas, deparar-se-iam com uma única massa patrimonial.

Em outras palavras, o deputado Fiúza esclarece que a eventual instituição de sociedade entre cônjuges, cujo regime de bens fosse o da comunhão universal, implicaria na inaceitável confusão patrimonial, posto que a unidade decorrente do regime de bens em questão não permitiria que se soubesse a qual consorte caberia a titularidade das cotas sociais. Ademais, a unidade patrimonial decorrente do regime em tela dificultaria aos credores a identificação dos bens dos sócios de que lançariam mão para a liquidação de dívida social inadimplida.

Ocorre que tal alegação é inquinada de equívocos. Isso porque a comunhão universal não torna o patrimônio eternamente indiviso. Muito pelo contrário, apenas durante a constância da sociedade conjugal haverá dita unicidade patrimonial. Da

mesma sorte, inclusive durante a manutenção da sociedade decorrente do casamento, haverá uma previsão de meaço, prognóstico que inclui as cotas sociais e que rechaça qualquer pretensão de confusão patrimonial ou violação do regime de bens.

Outra nuance implícita na argumentação de Ricardo Fiúza reside na transgressão do regime da comunhão universal, quando da integralização de capital social.

A título ilustrativo, ao constituírem uma sociedade, os consortes destacariam do patrimônio comum os bens necessários à integralização do capital social. Neste momento, estariam obrando em desconformidade com seu regime de bens, porquanto estariam portando-se como proprietários exclusivos de bens integrantes da massa patrimonial decorrente da comunhão universal. Desta forma, os cônjuges estariam dando ensejo a uma verdadeira ficção, posto que estariam entregando à uma sociedade algo que já pertencera à outra sociedade: aquela decorrente do próprio regime matrimonial. Em outras palavras, estariam retirando bens de uma sociedade para dar à outra.

Ocorre que essa nova argumentação abstrai-se de um dado elementar, qual seja: mesmo no regime da comunhão universal, há bens que não se comunicam.

A esse respeito e reprisando tudo o que já fora dito, o artigo 1.668, ao arrolar os bens comunicáveis no âmbito da comunhão universal, institui verdadeira mitigação da unidade patrimonial oriunda desse regime matrimonial, o que repele a alegada ficção e, por via de consequência, a pretensa violação do estatuto patrimonial dos consortes.

Ora, se cada cônjuge integralizar as cotas que subscreveu mediante os bens que não se comunicam, de que são exemplos os frutos do trabalho individual de cada um, evidentemente, nem mesmo por ocasião do aporte e realização do capital social haverá que se falar em confusão patrimonial ou em violação da comunhão universal.

Outro equívoco concernente ao artigo 977 diz respeito à liquidação das dívidas sociais mediante o patrimônio pessoal dos sócios.

A esse respeito, insta destacar que, nas sociedades limitadas, a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais é extirpada quando da

integralização do capital social.¹⁹³ De tal modo, quando um credor contrata com a sociedade limitada, de antemão, conhece a limitação da responsabilidade dos sócios, no tocante às obrigações sociais. Argumentações desse jaez não podem, portanto, ser articuladas para justificar a regra analisada.

Diante de todo o exposto, e em face do artigo 1.668 do Código Civil, caem por terra todos os argumentos de que Ricardo Fiúza lançou mão para justificar a incidência da vedação instituída pelo artigo 977, no tocante aos cônjuges casados sob o regime da comunhão universal.

Mas, antes de se encerrar as considerações atinentes ao regime da comunhão universal, imprescindível lembrar que, se vedada é a constituição de sociedade entre cônjuges casados sob esse regime, também deveria ser defesa a contratação de sociedade entre cônjuges ou conviventes sujeitos à comunhão parcial. Isso porque, após a celebração do casamento ou instituição da união estável, os bens vindouros formam os aqüestos, ou seja, passam a se comunicar. Ora, se a constituição de sociedade implicasse em praxe fraudulenta do regime da comunhão universal, de igual sorte e pelas mesmas razões, determinaria transgressão do regime da comunhão parcial.

No que diz respeito ao regime da separação obrigatória, consoante Ricardo Fiúza, a impossibilidade da constituição de sociedade entre marido e mulher residiria na fraude que a sociedade impingiria no regime matrimonial agora em tela.

Para analisar a arguição de Fiúza, mister resgatar as ilações inerentes ao estudo do regime da separação legal.

Pois bem, por expressa disposição legal, no âmbito do regime da separação obrigatória, os patrimônios de cada cônjuge permanecem incólumes e amplamente independentes. Por tal razão, a constituição de sociedade entre os consortes engendraria violação do regime de bens. Isso porque restariam unidos bens incomunicáveis e anulada a separação obrigatória em decorrência da administração da sociedade, ficando o cônjuge administrador livre para dispor dos bens do seu consorte.

Neste íterim, há que se retomar a diferenciação entre patrimônio e capital social. Lembre-se, pois, que, por ocasião da constituição, os sócios fundadores

¹⁹³ Nota do autor: a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais nasce no momento em que este subscreve cotas sociais. Todavia, encerra-se quando o cotista procede à integralização de sua participação societária.

entregam à sociedade os bens que passam a compor o seu (o da sociedade) acervo patrimonial. A partir de então, os cotistas deixam de ser titulares dos bens dados à sociedade, mantendo-se na propriedade das cotas que, quando muito, representam mera expectativa patrimonial. Portanto, investido na administração da sociedade, o cônjuge não disporá dos bens de seu consorte, mas sim dos bens da sociedade.

Ainda no que tange à separação obrigatória, há que se dizer que a rigidez de tal regime não resta prejudicada pela constituição de uma sociedade limitada entre cônjuges. Isso porque, no âmago dessa modalidade societária, os “patrimônios” restam devidamente especificados e consignados nas cotas sociais que, reprise-se, representam singelas expectativas patrimoniais.

Isso tudo não bastasse para desautorizar a aplicação do artigo 977 aos casados sob o regime da separação legal, salutar esclarecer que, entendendo-se vigente a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, concluir-se-á pela completa inconsistência do dispositivo legal em comento.

Dissecando a assertiva *supra*, ressalte-se que, relativamente à Súmula destacada, se há comunicação dos bens adquiridos posteriormente ao casamento e durante a manutenção da sociedade conjugal, então é legítima a constituição de sociedade entre cônjuges aos quais foi imposto o regime da separação legal. Isso porque, ditando a comunicação patrimonial (comunicação dos aqüestos) no regime da separação obrigatória, a Súmula 377 faz “cair por terra” a argüição de que a constituição de sociedade entre cônjuges, casados sob o regime da separação legal, promove a junção de bens incomunicáveis e anula a separação patrimonial.

As razões anteriormente invocadas demonstram que é inadequada a conclusão de que a constituição de sociedade entre cônjuges incitaria metamorfoses nos regimes matrimoniais referidos no artigo 977 e, por isso, ensejaria toda a sorte de fraudes.

E, se por um lado o Código Civil não comporta argumentos que justifiquem a adequação do artigo mencionado às demais disposições do *Codex*, por outro, consigna dispositivos que denotam o quão despropositado é o artigo 977.

Na seara dos dispositivos que repelem a regra constante do 977, merece amplo destaque o artigo 422 do Código Civil, segundo o qual é imperativo aos contratantes a estrita observância da boa-fé, tanto no momento da celebração, quanto no da execução dos contratos.

Ora, partindo do pressuposto de que a regra veiculada pelo artigo 422 será observada aos que a ela se sujeitarem e, conseqüentemente, que os mesmos guardarão a mais estrita boa-fé, mostra-se imprescindível a extirpação do artigo 977. Isso porque, na esteira do já discorrido, ao editar referido dispositivo, o legislador tomou como ponto de partida a má-fé consistente na burla dos regimes da separação legal e da comunhão universal que levaria os consortes à constituição de sociedade.

Em vista da possível má-fé, o legislador preferiu, em detrimento da livre iniciativa, tolher a exploração da atividade econômica àqueles sobre os quais pende os regimes excepcionados pelo art. 977.¹⁹⁴

Mas, para além do artigo 422, o artigo 50 do Código Civil, ao consagrar a desconsideração da personalidade jurídica malversada para o cometimento de fraudes, desautoriza o artigo 977. Isso porque, se a lei prevê mecanismo destinado à desconstituição de uma situação empírica fraudulenta, não há porque vedar a constituição de sociedade entre marido e mulher sob o argumento de que tais pactos societários seriam potencialmente fraudulentos.

Ora, a fraude há de ser comprovada no caso concreto. Não vingam, pois, a sua prevenção legislativa, que, em verdade, acarretaria sacrifício à livre iniciativa.

Sem prejuízo das razões supra invocadas, o artigo 1.553¹⁹⁵ do Código Civil é mais um dispositivo que inquina o artigo 977.

Ao estabelecer vedação a qualquer tipo de interferência na comunhão de vida instituída pela família, o artigo agora em evidência torna defesa a limitação do exercício da exploração da atividade econômica no âmbito familiar e, nessa medida, fornece a mais retumbante razão para que se reconheça a inadequação do artigo 977, frente ao sistema do Código Civil brasileiro.

Nestes termos, referido artigo, ao se adequar à temática constitucional, consolida uma perspectiva familiar calcada no afeto e, de certa forma, afastada do fundamento exclusivamente patrimonial. Por isso mesmo fixa a vedação à interferências que prejudiquem a comunhão de vida decorrente da família. O artigo 977, de outra sorte, finca-se em uma visão exclusiva e essencialmente

¹⁹⁴ Nota do autor: é por essa razão que o artigo 977 representa obstáculo à livre iniciativa. Lembre-se: tal dispositivo legal cerceia a liberdade de constituição de sociedade entre cônjuges e, nesta medida, obstaculiza a concretização da máxima da livre iniciativa no ambiente familiar.

¹⁹⁵ “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

patrimonialista e, por isso mesmo, cria sérios empecilhos à concretização da dignidade da pessoa humana e à plena comunhão de vida que deveria decorrer da família.

3.3.2.2 O artigo 977 em face da Constituição da República Federativa do Brasil

A ordem jurídica instaurada pela Constituição da República Federativa do Brasil tem por fundamento a plena realização da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, garante a todos a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendida a qualificação técnica exigida. E se a livre iniciativa é corolário fundamental da Carta Política, por via de consequência, a liberdade para a lícita exploração da atividade econômica representa um de seus primados.

Ao vedar a determinados cônjuges a constituição de sociedade, o artigo 977 do Código Civil institui regra destoante da Constituição Federal. Isso porque impede o livre exercício do trabalho, mitiga a livre iniciativa e, em virtude disso, repele a liberdade da lícita exploração da atividade econômica, diante do que é possível concluir pela inadequação do artigo em comento à temática constitucional.

Nada obstante tais considerações, o fato de o Código Civil ter considerado uma perspectiva da família não mais em voga, aquela puramente patrimonial, merece amplo destaque.

Consoante o panorama contemporâneo da família, esta é a comunidade do afeto e de entre-ajuda por excelência. Portanto, mais do que ambiente propício à sobrevivência humana, a família mostra-se o *locus* adequado ao pleno desenvolvimento do ser humano, o que inclui a exploração da atividade econômica mediante a organização da empresa e a constituição de sociedade empresária.

Percebe-se, pois, que ao editar o artigo 977, o legislador de 2002 abstraiu-se da perspectiva extrapatrimonial da família, pautando-se em uma retrógrada e já revogada visão desse fenômeno humano.

Ciente do panorama ora descrito, em meados de 2004, o deputado Francisco Olímpio apresentou ao Congresso Nacional projeto de lei visando à

reformulação da redação do artigo 977 do Código Civil.¹⁹⁶ Segundo referido projeto, o artigo em comento passaria a vigor com a seguinte redação: “Assegura-se aos cônjuges o direito de contratar sociedade, entre si ou com terceiros, independentemente do regime de casamento.”

Vale aqui destacar a justificativa do projeto lei que, em linhas gerais, vem ao encontro das análises consignadas nesta dissertação:

A redação dada ao art. 977 em sua forma originária propõe um verdadeiro retrocesso na evolução doutrinária e jurisprudencial de nosso país, no ponto pacífico, em admitir a sociedade entre cônjuges, independentemente do regime de casamento.

Após a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada e da nova Constituição Federal, onde homens e mulheres tornaram-se equiparados no tocante aos direitos e deveres da sociedade conjugal, a discussão sobre esse tema foi amplamente atenuada.

Ademais, a restrição imposta, notadamente aos cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens, atinge milhares de lares brasileiros constituídos, tradicionalmente, sob aquele regime.

De outro lado, a atual quadra social, de desemprego galopante, vivenciada em nosso país, tem favorecido, como meio de ganhar a vida, o aumento crescente de criação das denominadas micro empresas familiares.

Desse modo, e acreditando, ainda, que a alteração proposta vem ao encontro dos anseios de milhares de famílias brasileiras unidas em sociedade, cuja adaptação à regra originariamente imposta pelo novel Estatuto Civil Brasileiro, importará em verdadeiro risco de sobrevivência familiar [...].¹⁹⁷

Por ocasião da análise do projeto de lei trazido à baila, seu relator, o deputado Alceu Collares, após sugerir algumas emendas, posicionou-se favoravelmente à sua aprovação. Isso em virtude de sua constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa.¹⁹⁸

Todavia, graças ao encerramento da legislatura, o projeto de lei foi arquivado, o que renova a necessidade da discussão da adequação do ainda vigente artigo 977.

¹⁹⁶ Nota do autor: vide íntegra do projeto de lei no anexo II desta pesquisa.

¹⁹⁷ Câmara dos Deputados. Projetos de lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/203139.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

¹⁹⁸ Nota do autor: vide versão integral do projeto de lei e do voto respectivo no anexo II desta dissertação.

3.4 CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

Imediatamente após a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, a primeira grande celeuma que exigiu a atenção dos exegetas foi aquela relativa à necessidade de adequação dos atos constitutivos e dos quadros societários em que figuravam cônjuges casados sob os regimes referidos pelo artigo 977.

Após acirrada discussão, o Departamento Nacional do Registro de Comércio, órgão coordenador do Sistema Nacional de Registro dos Atos de Empresários Individuais e Coletivos, esclareceu, mediante a emissão do Parecer nº 125/03,¹⁹⁹ de 04 de agosto de 2003, que, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, às sociedades mencionadas não seria exigível a alteração dos quadros societários.

Segue na íntegra o conteúdo do referido Parecer:

Senhor Diretor,

Jucilei Ciriaco da Silva, em razão da proibição constante do artigo 977 do novo Código Civil, consulta a este Departamento sobre qual o procedimento a ser adotado em relação àquelas sociedades entre cônjuges, casados sob os regimes da comunhão universal de bens e da separação obrigatória, constituídas anteriormente ao Código Civil de 2002, ou seja, "se haverá necessidade de alteração de sócio ou regime de casamento".

A norma do artigo 977 do CC proíbe a sociedade entre cônjuges tão somente quando o regime for o da comunhão universal de bens (art. 1.667) ou da separação obrigatória de bens (art. 1.641). Essa restrição abrange tanto a constituição de sociedade unicamente entre marido e mulher, como destes junto a terceiros, permanecendo os cônjuges como sócios entre si.

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

Brasília, 04 de agosto de 2003.²⁰⁰

Posteriormente ao pronunciamento do DNRC, restou pacificada a controvérsia relativa ao alcance do artigo 977, relativamente às sociedades constituídas antes do advento do Código Civil de 2002.

¹⁹⁹ Nota do autor: acerca do parecer 125/03, consulte-se o anexo III.

²⁰⁰ **DNRC.** Pareceres jurídicos do DNRC/COJUR. Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/sitejucergs/Site/par_jur_dnrc.htm>. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

CONCLUSÃO

Consoante os termos da Introdução desta pesquisa, havia indícios de que o artigo 977 do Código Civil não estava adequado à perspectiva do modelo de família consagrado pela Constituição Federal de 1988. Ademais, receava-se que o citado artigo estivesse em desconformidade com outras regras do mesmo diploma legal que o havia inaugurado, qual seja, o Código Civil.

Analisada a origem e evolução da família, chegou-se à conclusão de que a Carta Política de 1988, sem olvidar outras nuances não menos importantes, consagrou a célula *mater* da sociedade em sua perspectiva extrapatrimonial, em detrimento à concepção anterior, fundamentada exclusivamente no aspecto patrimonial.

Deste modo, vislumbrando-se na família uma comunidade humana fundada no afeto e destinada à plena realização do ser humano, descobriu-se, em seu âmago, o ambiente propício ao desenvolvimento da atividade empresarial, à organização da empresa e, conseqüentemente, à constituição de sociedade empresária.

A despeito dessa nova feição da família, ao analisar os dispositivos do Código Civil de 2002, descobriu-se uma novidade que, para a surpresa dos juristas que atuam primordialmente nas áreas do Direito de Família e no Direito Empresarial, sedimentou a impossibilidade de os cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal e da separação obrigatória constituírem, entre si ou com terceiros, sociedades empresárias.

As análises pertinentes aos conceitos do Direito de Família ratificaram a pressentida inadequação do mencionado artigo 977. Isso porque, a partir delas, ficou demonstrado que o referido dispositivo pautou-se tão-somente naquela ultrapassada visão patrimonialista da família, que a considerava como um “ente” ao redor do qual gravitavam meros colaboradores materiais.

Essa percepção meramente patrimonial, ao orientar a redação do artigo 977, justificou que o legislador deixasse de perseguir a mais plena dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, em prol da preservação dos corolários dos regimes matrimoniais.

Com efeito, ao instituir a regra consignada no artigo 977, o legislador civilista pretendeu manter separados patrimônios que, na essência do regime da separação obrigatória, não podiam se comunicar, e impedir a secção de bens que, a

exploração da atividade econômica a determinados cônjuges representa verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana em virtude do tolhimento da livre expressão do trabalho e da atividade profissional e da limitação da máxima da livre iniciativa. Mais ainda, atenta contra a livre iniciativa.

Destarte, pode-se concluir (sem, no entanto, pretender esgotar a discussão que, aliás, deve ser retomada em face do arquivamento do projeto de lei que pretendia a alteração do artigo 977) pela inadequação do artigo em destaque à própria sistemática e aos valores que orientam a edição do Código Civil, bem como por seu descompasso com a Constituição Federal.

ANEXOS

ANEXO I – Encarte da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Palestra proferida pelo Professor Rubens Requião sobre “A função social da empresa no Estado de Direito”, em 07 de maio de 1978 (p. 102-111).

ANEXO II – Projeto de Lei nº 3.159 de 2004 (dá nova redação ao art. 977 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) (p. 112-117).

ANEXO III – Parecer nº 125/2003 do Departamento Nacional do Registro de Comércio (p. 118).

RUBENS REQUIÃO A FUNÇÃO
SOCIAL DA EMPRESA NO ESTADO
DE DIREITO

**VII CONFERÊNCIA
NACIONAL DA ORDEM
DOS ADVOGADOS
DOBRASBL**

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO
ESTADO DE DIREITO

RUBENS REQUIÃO

exigências do mercado geral, tomam na terminologia económica o nome de *empresa*. Assim, podemos conceber que a empresa, no sentido económico, é, em síntese, a organização dos fatores da produção.

A economia, como observava em conferência realizada em 1962 o Prof. Joaquin Garrigues, no Instituto de Estudos Políticos de Madrid, suscita constantemente problemas ao Direito. "Diríamos, dizia ele, empregando a linguagem de Toynbee, que a Economia formula ao Direito o repto da empresa. E nós nos perguntamos: como tem respondido o Direito ao repto da empresa? Pois bem, eu tenho que confessar que o Direito tem respondido de maneira pobre, insuficiente e vacilante".

E apreciando os esforços dos juristas, o grande professor madrileno comentava: "O jurista se empenha, ao ponto de encaixar a empresa dentro dos conceitos jurídicos clássicos, e surgem assim as construções da empresa como patrimônio separado, como universalidade de coisas, como universidade de direito. Não se dão conta eles de que estas construções estão confundindo duas coisas distintas, a saber: a empresa e o patrimônio da empresa. Porque uma coisa é a empresa e a outra coisa distinta são os edifícios nos quais se assentam a empresa, as máquinas que nela funcionam, as mercadorias que se compram ou se vendem nessa empresa. Todas essas coisas podem desaparecer em um incêndio, e, sem embargo, a empresa subsiste; e, ao inverso, podem subsistir essas coisas materiais e a empresa pode haver desaparecido. E isso pela simples razão de que estas construções jurídicas passam por alto o elemento essencial da empresa, a saber: o elemento da criação espiritual do empresário. A empresa é uma obra de arte, é um produto mais espiritual e agudo trabalho intelectual".

Num sentido mais objetivo e concreto, os Professores Hamel e Lagarde, na França, estudando o fenómeno da empresa comercial, recomendam que o jurista deve ir mais longe no exame jurídico do que ela constitui, não se contentando com uma simples descrição, devendo assim aplicar-se a um duplo trabalho: o de analisar os elementos constitutivos da empresa e o de examinar as regras que, em seu interior, presidem as relações recíprocas desses elementos; de outra parte, considerando a empresa na síntese de seus elementos constitutivos, deve verificar a natureza jurídica desse sistema para pesquisar como ela pode ser ligada, eventualmente, por

direitos reais ou por relações de obrigação, aos elementos do mundo exterior ou a pessoas da vida jurídica. Se a empresa é o átomo da atividade económica — prosseguem os professores parisienses — a missão primeira do jurista é avaliar os elementos desse átomo para ver como eles reagem, e devem reagir, uns sobre os outros;

é necessário em seguida, procurar como esse átomo se comporta e deve comportar-se nas relações com o mundo exterior, coisas e pessoas.

Identificou Cesare Vivante, de há muito, o conceito jurídico com o conceito económico. Não é desdouro, como tivemos oportunidade de sustentar, que o Direito adote conceitos fundamentais antes prospectados e formulados pela Economia. É o caso-vertente.

Vivante, com efeito, nos princípios desse século, escreveu que a empresa é um organismo económico que sob o seu próprio risco recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A combinação dos fatores — natureza, capital e trabalho — que associados produzem resultados impossíveis de conseguir se fossem fracionados, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza, são os requisitos indispensáveis a todas as empresas.

3. O empresário. Destacamos da antiga concepção de Vivante os dois elementos — *organização e risco* — a que Ferri modernamente denomina de *iniciativa e risco*, para conceituar o empresário. A iniciativa do empresário coincide, evidentemente, com a ideia de organização, pois é devido a sua atividade ou iniciativa que consegue compor a organização dos fatores da produção.

Não podendo formular um autêntico conceito de empresa em sentido jurídico, valendo-se, pois, do conceito económico, os comercialistas desbordaram o tema para a análise do conceito de *empresário*. Foi o Código Civil italiano, de 1942, que procurou, pensando na empresa, definir legalmente o empresário como a pessoa que exerce profissionalmente atividade económica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Deduzindo, dos elementos essa definição, alguns comercialistas concluíram que a empresa, no senso jurídico, seria então uma *atividade*. E assim, na verdade, a temos considerado.

Desfazendo uma série de equívocos que embaraçam os conceitos dominantes, Brunetti chegou ao ponto de afirmar que, como atividade produtiva, a empresa seria uma abstração.

Cumpre-nos, dizia ele, com efeito, desfazer uma série de equívocos e preconceitos que perturbam a exata compreensão do fenómeno económico e jurídico, que é a empresa. A figuração que o leigo faz de empresa é no sentido de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial (*azien-da*), e, no mesmo sentido, entre *empresa e sociedade*. É comum o empre-

ir ao seu estabelecimento comercial ou a sua sociedade qual é titular ou sócio proeminente, como "a *minha* no entanto, os conceitos são inconfundíveis, como todos ciso, então, compreender que a empresa, entidade Brunetti, é "un'astrazione". A muitos tal afirmativa urda e incompreensível. Aquele condicionamento de que projeta a empresa como entidade material e visível, levou a confessar a sua abstratividade, observando que "a do lado político-econômico é uma realidade, do lado 'astrazione", porque, "reconhecendo-se como do trabalho formada das pessoas e dos bens componentes relação entre a pessoa e os meios de exercício, não podem ão a uma entidade abstrata, devendo-se, na verdade, ligar titular, isto é, ao empresário". A essa impressão chegou, urista brasileiro Prof. Walde-mar Ferreira, dizendo que a o é do mar, nem da terra. Pare-ce-nos que é do ar, por isso is, ora claro ora escuro.como nuvem". Em tese no IV Congresso Jurídico Nacional, chegou a comparar a personagem romântico de Rebeca, de quem todos falam, chegou a ver e a conhecer...

empresário e o comerciante. O Direito moderno, portanto, servir do conceito de empresário para enfrentar o problemas com os quais se envolvia. E um deles foi o a nova figura do empresário.

autores, na verdade, não distinguem o empresário antiga figura do comerciante. O Prof. da Universidade Giuseppe Valeri ensina que praticamente a figura empresário comercial coincide hoje com aquela do conhecido do velho direito. Na França, por outro lado, á tempos, a substituição do conceito de comerciante *de empresa*, coletiva ou individual, com finalidade logrou, porém, a tentativa, revê-lando-se a aversão de istas pela nova figura, tendo o Prof. Julliot de la expressado que "o nosso arsenal jurídico é te complexo para se lhe ajustar ainda uma nova

ate não se tem mais dúvida de que *empresário* expressão moderna que substituiu a expressão E essa evolução diz respeito às modernas concepções eito. As expressões são sinónimas. Em nosso "Curso mercial" (Saraiva Editora — 8a. edição. São Paulo), ao se normenor.

escrevíamos que é preciso compreender que a figura do comerciante se impregnou de um profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o Direito comercial, cujas regras eram expressão dos interesses do sistema capitalista de produção. Mas hoje o conceito social de empresa, como exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se ref letem expressivos interesses coletivos, faz com que o *empresário comercial* não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução do lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante* no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade a que serve. Nesse sentido, mais ideológico do que científico ou jurídico, é que se deve distinguir o *empresário* moderno do *comerciante* antigo. Aliás, o jurista francês Lyon Caen havia sutilmente percebido esse problema, deduzindo-o da noção de empresa, na qual vislumbrou "uma mistificação inconsciente, ou consciente, que tende a atenuar a acuidade das lutas sociais, e a fazer esquecer aos assalariados seus verdadeiros interesses..."

Não chegaríamos ao ponto de identificar a substituição do conceito de comerciante pela do empresário como uma impostura da burguesia sobre o proletariado, pois os conceitos de empresa e empresário possuem hoje, uma larga difusão política, ideológica e científica, além da econômica e jurídica, que domina vasto campo da Ética, da Sociologia, da Política, da Economia e do Direito.

5. *A dissociação entre empresário e empresa*. A verdade é que uma parcela expressiva dos juristas adotou o conceito econômico de empresa. Entre eles, além do clássico Cesare Vivante, temos o moderno Túlio Ascarelli. Conhecemos ainda Asquini e Ferri, na Itália; Georges Ripert e Hamel - Lagard, para citar os maiores da França; na Espanha, Joaquin Garrigues e Broseta Pont, todos eles aceitando o conceito econômico e ressaltam a posição do Direito perante ele. Poderíamos citar muitos outros.

Mas os conceitos a respeito continuam a evoluir. Recentemente novos horizontes se abriram, para assegurar o sentido social da empresa em face do empresário.

Há mais de dez anos o laureado jurista francês Michel Dispax, em obra premiada pelo Ministério de Educação na França, apresentou a excelente monografia "L'Entrepise et le Droit". Nela o autor adotou, com ênfase, o conceito econômico de empresa, pois é

põe essencialmente a produzir para o mercado certos bens ou e independe financeiramente de qualquer outro. A tendência, como autor, é a de dissociar a noção de empresário da noção de empresa de incertezas que cercam a noção jurídica da empresa. Ele próprio entende mais a mais, com efeito, o direito considera a empresa como entidade autónoma, distinta da pessoa do empresário, e, em certos casos, até em interesse deste ao interesse daquela".

na francesa, atualmente, se inclina para o ponto mais alto das questões jurídico-económicas da empresa, de forma a propugnar pela sua autonomia.

de, a tese da personificação da empresa ladeando a figura do empresário e a se afirmar celeremente. Com efeito, esse movimento se tem concretizado, na França, a partir do instituto de *faillencia*, com o intuito de preservá-la, precisamente em vista de sua evidente função social. A tese do Prof. Roger Houin, susten-tou-se a necessidade de, no Direito francês, dissociar a empresa do empresário, partindo da tese que era preciso a empresa, em face da incompetência ou improiabilidade deste.

comunicação feita à "Inspection des Finances", do Ministério das Finanças, em 1964, intitulada "Permanence de l'entreprise a travers la faillencia" dava aquele jurista a necessidade de reformar o instituto da falência para que se entendem-se às funções sociais da empresa. E sustentava: "É evidente que, no atual estado da legislação francesa, a declaração de falência da empresa leva fatalmente ao desaparecimento, à dispersão, ou à perda de seu pessoal e à desintegração dos elementos do ativo. Sob o pretexto de punir as faltas dos dirigentes, o legislador condena a empresa, isto é, os associados e mesmo os credores, porque estes não gozam com a empresa uma liquidação que decorre das más condições e permite favorecer os privilegiados, os melhores colocados e os mais gulosos, isto é, os que não contribuem para a Previdência Social". E, concluindo: "A vida económica tem interesses que o direito não deve desconhecer. A continuidade e a existência das empresas são um dos imperativos, pelas razões de interesse social e económico. Elas deverão poder ser asseguradas pelo Direito de falência e não por um direito que isto parecer útil. Fazendo-se assim, contribuir-se-ia para fazer a empresa, na vida jurídica". (*Aspects économiques de la faillencia judiciaire*, *Bibliothèque de Droit Commercial*, pàg. 135).

6. *A reforma da empresa e reforma da gestão.* Discute-se, atualmente, no Direito comercial, a reforma da empresa comercial, como uma nova etapa da evolução de seu estado de direito. Sem dúvida a introdução do conceito de empresa no Direito moderno modificou profundamente a estrutura do sistema capitalista clássico. O poder absoluto que o comerciante ou chefe da indústria detinha foi sendo progressivamente podado, pelas novas concepções sociais, sob o impulso progressista da luta de classes. Transigiu o capitalismo concedendo poderes à classe proletária com o advento das ideias sociais e da concepção ampla da empresa.

Não se concebe mais a empresa como propriedade individual e absoluta do empresário, mas sim como uma comunidade de trabalho e de capital. Surgiram as leis de proteção ao trabalho e à higiene; as obrigações sociais dos empresários impuseram o seguro e a previdência social. O empresário continua a sofrer os riscos, mas detém em contra

relativas ao trabalho, devendo, entretanto, os patrões e o conselho de empresa colaborarem juntos, em benefício geral.

Mas, recentemente, em 1976, o Parlamento alemão se envolveu, através de seus partidos, na reforma do sistema da co-gestão de modo a estendê-lo a todas as sociedades anônimas ou às de outro tipo que contassem com mais de 500 empregados. A acirrada luta sobre o equilíbrio da gestão de empregados e empresários empolgou os partidos políticos, repercutindo intensamente na opinião internacional, através do noticiário da imprensa. Embora todas as facções políticas acordassem em que a co-gestão se estendesse paritariamente às empresas de determinado porte, a partir das sociedades anônimas, expressão de grande empresa alemã, a luta política passou a se situar na forma de estabelecer entre elas o equilíbrio. Venceu o princípio de que, sendo paritário o Conselho de Administração, sua presidência, com o voto de qualidade, seria escolhido entre os empresários, ao contrário do que a minoria pretendia, pois sustentava que o poder decisório, em última instância, deveria caber aos trabalhadores.

O pensamento germânico da co-gestão começa atualmente a se estender pelos países da Europa Ocidental. Recentemente, lei instituído-a, foi adotada na Suécia.

Anteriormente, no primeiro governo De Gaulle, foi por ele concebida a implantação da co-gestão das empresas. Com efeito, a matéria, sob o influxo da política social daquele governo, foi inspirada pessoalmente por ele, que pretendia adotar a linha de participação dos trabalhadores na co-gestão das empresas, a partir do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos "Comités d'Entreprise", criados desde 1945. A *participacion*, segundo De Gaulle, deveria abranger três formas: a primeira preconiza ao Governo apresentar um projeto de lei sobre os direitos dos assalariados sobre o incremento dos valores do ativo, resultante do autofinanciamento *finterressement materiel directi*. Em fins de agosto de 1967 decretos-leis traduziram em números essa participação, que foi considerada decepcionante para os trabalhadores, de cuja sorte eles dependem. A terceira forma, finalmente, consistia na possibilidade de dar a conhecer e de fazer por parte dos trabalhadores suas proposições práticas no seio da empresa. (Conf. Joaquim Garrigues, "*Hacia un Nuevo Derecho Mercantil*", pág. 317).

Um evidente indício do amadurecimento da co-gestão, no Direito francês[^] foi ainda revelado pelo Deputado M. Capitant,

presidente da Comissão de Leis, no seu relatório de 8 de junho de 1965, na Assembleia Nacional, durante a apreciação do projeto convertido na Lei n.º 66.587,

além das prerrogativas já concedidas, inclusive espontaneamente pelo próprio Estado.

Toda essa evolução, e seus problemas, estão implícitos no simples enunciado do tema "*A função social da empresa no estado de direito*". Seria incidir em lugar comum reprimir o que já é conhecido, de sobejo, através da cultura jurídica dos colegas que estarão presentes à VII Conferência Nacional.

Por isso preferimos focalizar, neste trabalho, um episódio apenas da empresa comercial moderna, que se integra nas aspirações do estado de direito em outros países. O regime democrático da empresa se ressentia, em nosso país, de uma omissão ignominiosa: a falta de participação dos trabalhadores na administração das empresas que integram, já que a participação nos lucros tornou-se um impasse constitucional...

Valemo-nos, portanto, desta oportunidade que nos oferece a Ordem dos Advogados do Brasil para analisar o tema proposto, delimitando-o, porém, ao princípio da *co-gestão* da empresa. Em outras nações vem ele sendo tratado objetivamente, como ocorreu na Alemanha e na Suécia, que já o integraram em seus estados de direito.

Assim agindo, propondo o debate nesses termos, não desmerecemos a tese sobre a função social da empresa; ao contrário, nele mais profundamente nos integramos, pois a *co-gestão* constitui um dos mais palpitantes aspectos do sentido social da empresa, e do aperfeiçoamento do estado de direito.

2. *O conceito de empresa.* Ao abordar o tema devemos considerar, inicialmente, as conhecidas perplexidades que dominam o espírito dos juristas, que não puderam ainda deslindar o mistério da natureza jurídica da empresa, conformando-se apenas a se ocuparem do empresário.

A Economia assumiu o domínio dos estudos da teoria da empresa, a ponto de os juristas, sobretudo os comercialistas, adotarem o conceito económico, sobre o qual passaram a trabalhar.

Apreciando o conceito económico de empresa, o Professor Giuseppe Ferri observa que a produção de bens e serviços para o mercado não é consequência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos económicos permanentes nelas predispostos. Estes organismos económicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades humanas, e, mais francamente, das

1. *Delimitação do tema.* Honrou-nos a Ordem dos Advogados do Brasil com o convite para participar de sua VII Conferência Nacional, a instalar-se na cidade de Curitiba, em data de 07 de maio deste ano de 1978. Foi-nos proposto o tema "A Função Social da Empresa no Estado de Direito", que é objeto desta dissertação.

Entendendo que o "Estado de Direito", signo sob o qual se realizará a VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui o conjunto de regras que propiciam a liberdade e disciplinam a vida dos cidadãos, no regime democrático, sentimos desde logo a amplitude do tema e as dificuldades doutrinárias que nos assoberbariam num trabalho dessa natureza. Com efeito, a própria tese central — *a empresa* — está inçada de perplexidades e incompreensões, em virtude de sua notória indefinição jurídica.

Foi necessário, em consequência, que delimitássemos nossa contribuição, enfocando o assunto sob as luzes do Direito Comercial, matéria de nossa predileção profissional e universitária. Mas, mesmo assim, o tema "*empresa e o estado de direito*" importaria numa análise profunda, de amplo espectro teórico e ideológico, dificilmente abordável com suficiência em estudo desta natureza.

A empresa, com efeito, tem sido a cefaléia dos comercialistas, que desejariam defini-la em termos jurídicos, os quais foram, afinal, reduzidos à servidão dos conceitos económicos. Mesmo assim, o conceito económico de empresa foi modernizado, sob o fluxo das ideias jurídico-sociais, a partir do início deste século.

O estado de direito que a modelou, lenta e progressivamente, se constitui numa das mais nobres expressões da civilização moderna, com a elevação das classes trabalhadoras à condição humana. E, assim, desde então, tem sido continuamente. O Direito trabalhista, o Direito previdenciário, ao lado do Direito comercial, modelam o estado de direito da empresa moderna. A evolução, contudo, prossegue, incessantemente,

sobre a reforma da lei das sociedades comerciais. Disse aquele relator, analisando a introdução de normas sobre a administração da sociedade anónima — dividida como no sistema germânico, entre o conselho de administração e a diretoria, que essa inovação apresentaria duas vantagens: uma, a de facilitar a introdução do sistema da lei alemã, tendo em vista a unificação do Direito europeu, e a outra, de ordem social. "A nova estrutura das sociedades anónimas — dizia aquele deputado — concretiza por ela mesma o que se chama a *reforma da empresa*, mas dia virá em que as cousas estarão maduras e então a maioria desta Assembleia compreenderá que deve enfim resolver esse problema posto há muito tempo. A nova estrutura proposta esclarecerá singularmente o problema, e facilitará a sua evolução. Com efeito, do mesmo modo, como existe atualmente, o comité de direção submetido ao controle de um órgão representativo do capital, no caso os acionistas, do mesmo modo, dia virá em que o comité de empresa, já existente, e que nela constitui o órgão representativo do trabalho, receberá novos poderes de controle. E isso que se prolongue a confusão que paralisa atualmente os espíritos tornando evidente que o aumento dos poderes dos representantes do pessoal não se toma realidade senão às expensas da direção. O comité de empresa não foi feito para dirigir a empresa, nem mesmo para partilhar sua direção. Mas não se pode conceber que ele controle a direção em nome do trabalho, como o conselho de administração fará em nome do capital. Progressivamente será possível dar aos trabalhadores direitos juridicamente iguais àquele dos acionistas. Nesse dia ocorrerá um grande progresso na estrutura das empresas, não só no aspecto social, como também no da legitimidade da empresa que será reconhecida simultaneamente pelos que contribuem com o trabalho e pelos que contribuem com o capital. E um progresso realizado no plano de legitimidade das instituições, reforça finalmente a sua eficácia..." (*La Reforme des Sociétés Commerciales, II, pág. 96*).

Caindo o primeiro Governo De Gaulle, daí por diante pouco se passou a falar do tema em França, pois essa reivindicação não é do gosto revolucionário dos poderosos partidos de esquerda. Nestes dias (março de 1978), o Governo de Giscard D'Estaing venceu as eleições parlamentares. Prometeu o Governo que efetuará profundas reformas sociais e económicas para reafirmar e

consolidar os partidos do centro. Pressupomos, apenas por intuição, que o governo que se instala, nas reformas de centro-esquerda que promete, retomará os projetos da cc-gestão nas empresas francesas de maior porte, como mais uma evidente transição da burguesia.

Na Espanha, o Prof. Joaquin Garrigues estudou alguns aspectos do problema, que haviam sido objetos da política social do General Francisco Franco. Segundo aquele autor as preocupações de De Gaulle, a respeito, teriam sido inspiradas nessa política, "cujo génio político se apropriou de la participacion como mágica palabra y la convertió en un slogan de su política, habiendo de ella el eje sobre el qual habria de girar la reforma de la empresa".

Cumpramos lembrar que, nos Estados Unidos, a matéria não tem repercutido, dada a estrutura sindicalista fortemente dominante entre os trabalhadores, mais interessados nas reivindicações sociais de natureza salarial e de seguros sociais. Na América Latina, no setor ibero-americano, tem relevo especial a tentativa do General Alvarado, Chefe da revolução peruana, quando no poder, pretendendo obter a equidistância entre o sistema capitalista e o marxista, através de profunda reforma das empresas daquela nação.

O conhecido editorialista Arnaldo Pedrosa d'Horta dedicou profunda análise, numa série de reportagens-artigos, na imprensa nacional, analisando a implantação da reforma da empresa, que seu inspirador, General Velasco Alvarado, denominou de "comunidade industrial", em estilo solidarista, decretada em setembro de 1970. Explicava, então, aquele analista, ao se referir a esse novo sistema: "Resumimos os seus dispositivos: cada comunidade industrial era integrada pelo conjunto dos empregados permanentes, com horário normal de trabalho na empresa. Seu objetivo: favorecer a ação unitária dos trabalhadores na gestão, no processo produtivo, na propriedade empresarial e na reinversão dos lucros. Cumpria-lhe administrar os bens que lhe fossem atribuídos e promover o desenvolvimento social, cultural e profissional dos empregados. Cada comunidade teria em sua denominação, o nome ou razão social da firma, seria sediada no principal centro trabalhista da empresa e existiria enquanto a empresa existisse".

O sentido solidarista do sistema era posto em destaque: "A principal característica dessa lei, que em seguida se revelaria menos realista, era considerar cada empresa uma entidade estática dentro da qual devia operar-se o solidarismo de ex-patrões e empregados, ambos transformados, graças à comunhão nos lucros, em sócios de igual qualidade embora não de igual poderio económico, de modo que estariam todos semelhantemente

interessados em aumentar a produtividade, expandir a empresa e fazer com que multiplicassem os lucros".

A pretensiosa reforma não vingou. Em 1976 caiu o Governo revolucionário do General Alvarado, em razão dos enormes problemas

que criou, de natureza política e económica; A inflação monetária provocou o desassossego, deflagrando-se conflitos estudantis e de trabalhadores. Caindo o Governo, para ser sucedido pelo General Bermudes, implantou-se nova política, com um passo atrás na reforma solidarista. ("*O Estado de São Paulo*", edições de 17 de junho e seguintes, de 1971).

8. *A co-gestão no pensamento brasileiro.* Como todos os movimentos políticos e sociais se refletem no Brasil, assim, também, o sistema da co-gestão das empresas. O Prof. Alfredo Lamy Filho, um dos autores do anteprojeto da Lei das Sociedades Anónimas, em 1971, inaugurou o amplo debate da reforma, por solicitação do Instituto de Planeamento Económico e Social (IPEA). Após se referir ao palpitante problema da co-gestão, no direito estrangeiro, aquele jurista opina, em termos nacionais, que "a reforma da empresa, e, especialmente, a da grande empresa, ocorrerá em prazo curto, projetando-se sobre a sociedade anónima, que — para usarmos a expressão de Pailluseau — é "a técnica da organização da empresa". Mas os termos dessa reforma só agora começam a delinear-se, e sobre eles juristas, economistas, sociólogos e cientistas políticos, ainda não concordaram. O assunto não está, pois, suficientemente maduro entre nós, e tememos que, na fase atual de nosso desenvolvimento económico, possa provocar traumas que se refletem negativamente no processo, e terminem por comprometê-lo" (*A Reforma da Lei das Sociedades Anónimas*, Rev. Dir. Merc. fas. 7, ano XI, pág. 122).

Após esse pronunciamento, a tese tomou impulso, eclodindo no Congresso Nacional, quando começou a tramitação do ardoroso debate sobre o Projeto de Lei n.º 2.559, de 1976, de reforma da Lei das Sociedades Anónimas.

O Deputado Nina Ribeiro encaminhou, nessa oportunidade, ao Plenário da Câmara dos Deputados, as emendas n.º 113 a 120, propondo a inserção na lei de normas que instituíssem o princípio da co-gestão, tanto no conselho de administração como na diretoria. A emenda e sua justificação eram as seguintes:

"Acrescente-se ao artigo 140 o inciso seguinte:

V — Pelo menos um membro do Conselho de Administração será escolhido pelos empregados da Companhia em escrutínio secreto.

Justificação

Desde 1951 a co-gestão vem sendo aperfeiçoada na Alemanha

Na verdade, ambos são intersubstituíveis e indispensáveis na conservação do empreendimento económico. Essa tendência tão cristã exposta por exemplo na obra de Van Gestel — "A Igreja e a questão social" teve como escopo valorizar o trabalho e consequentemente o assalariado que vê aumentado o seu poder de fiscalização, bem como o senso de co

Assim, aceitamos a Emenda n.º 113 para incluir como § 4.º do artigo 140, os seguintes dispositivos:

"Artigo 140
§ 4.º — Pelo menos um membro do conselho de administração será escolhido pelos empregados da companhia em escrutínio secreto".

Mas o parecer, posteriormente, foi rejeitado, não tendo acolhida no texto legal.

O assunto, porém, como ocorreu em outros países, continua em debate. Recebeu, de certo modo, o apoio do eminente financista Professor Otávio Gouveia de Bulhões, ex-Ministro da Fazenda. Em artigo publicado na imprensa, preconizou ele, para o nosso país, um sistema que estimule a capitalização das empresas, por via do mercado de capitais. Considerando o problema do indevidamente das empresas nacionais, o Professor Bulhões entende que já se foi longe demais na concessão de créditos e, em alguns casos até mesmo a concessão de aumentos salariais sucessivos, de caráter inflacionário. E afirma que "é chegado o momento de voltarmos ao enfoque da capitalização das empresas, associadas à participação de ações pelo empregado com a finalidade de preparar um clima de segurança económica e harmonia social". Tal plano, com efeito, está a um passo do sistema da co-gestão da empresa, como se noticiou então ("O Estado de São Paulo", edição de 15.01. 1978).

Está assim, na ordem do dia, a reforma da empresa brasileira, com a atenção se voltando para o crucial problema da participação dos empregados na sua gestão.

Percebemos o interesse de certas empresas em instituir o sistema de co-gestão, acolhendo administradores recrutados entre seus empregados. Nesse propósito merece destaque a política social e administrativa do Banco do Estado do Paraná S.A., que fez incluir em seu estatuto a regra de que "pelo menos um dos diretores deverá ser escolhido entre os funcionários dos quadros de carreira do Banco" (artigo 26, § 2.º). Outras organizações vinculadas ao controle daquela instituição financeira seguiram a mesma orientação, adotando-a em seus estatutos.

9. *A discussão no plano doutrinário.* Devemos reconhecer que o conservantismo não vê com entusiasmo a reforma da gestão das empresas, para nela acolher os elementos do trabalho. Por esse motivo, e pelas dúvidas suscitadas em torno da excelência da solução, a legislação tem

sido, nos países que a adotaram, extremamente cautelosa. Na Alemanha, onde ela foi implantada, foram necessárias mais de duas décadas para ser consagrada nas empresas de maior porte. Seu início ocorreu na década dos cinquenta, de forma tentativa e tateante, e se resumiu ao setor siderúrgico e do carvão, limitada a bacia carbonífera do Ruhr e do Reno. Só mais tarde, nestes dias, é que passou a ser extensiva a outras regiões. Na Suécia os debates foram intensos e as soluções cautelosas.

Um dos aspectos curiosos que envolve o movimento da reforma com a co-gestão das empresas, é a oposição dos partidos da extrema-esquerda. Compreende-se esse desdém, e que assim seja, pois, não desejam eles, como se sabe, uma *reforma* do sistema da propriedade privada dos meios de produção, mas a sua radical extensão, por meio da *revolução*. Não desejam eles a harmonia das classes, mas, por ora, a luta de classes. Por esse motivo também o sistema tem merecido a atenção e defesa dos reformistas democráticos, que desejam a harmonia dos quadros existentes.

Esse fenómeno é posto com clareza pelo Prof. Garrigues, que, em 1969, doutrinariamente analisou a questão: "A Espanha chegou também a um movimento doutrinário, expunha ele, nascido precisamente não nos países socialistas, mas nos países capitalistas, que submetem a revisão da figura da empresa, dominada pelo capital, fruto do alto capitalismo do século passado. Esse conceito da empresa como propriedade do capitalista empresário, está em crise, porque responde a uma mentalidade hoje abandonada em quase todo o mundo. É uma concepção injusta porque a empresa não é só um conjunto de bens sobre o qual cabe exercer os direitos de propriedade, senão que antes de tudo um conjunto de atividades que se verte sobre bens de diversas índoles. Por isso todos os que contribuem com sua atividade para a empresa, parece justo que tenham alguma participação no poder de mando" (artigo publicado no diário "Ya", dezembro de 1969).

Mas as críticas que a corrente conservadora dos juristas levantaram, partem da doutrina de que o sistema da co-gestão importaria em implantar uma concepção que é estranha ao princípio da propriedade dominante, mesmo no seio da empresa. Seria uma simbiose entre os opostos. Pretender-se-ia enxertar uma concepção socialista na empresa concebida no sistema capitalista. Ora, a objeção não possui maior validade, pois assistimos a todo o instante, na evolução a tu ai do Direito, o recuo das ideias liberais -

individualistas para o avanço das soluções sociais. Assim, tem sido na propriedade fundiária, na propriedade dos imóveis comerciais e na própria sociedade anónima, defendida por muitos como *instituição* social. Afora esses, outros exemplos são por demais abundantes.

das reações doutrinárias, outras existem de natureza técnica. A que mais impressiona, aparentemente, é o obrigar as sociedades a manter no cargo administradores competentes e de duvidosa idoneidade, escolhidos pelos acionistas. Além disso, existiria o problema da responsabilidade dos administradores, pelos atos ilícitos que praticarem, dos quais não podem escapar, sabido como é do parco ou nenhum patrimônio líquido dos administradores para assegurar aquela responsabilidade.

Essas razões não convencem. Primeiro, não convencem porque a experiência demonstra que no meio capitalista a insolvência muitas vezes involuntária consome a fortuna dos proprietários. Em segundo lugar, a responsabilidade dos administradores, nas sociedades modernas, é tanto civil como criminal. Não existindo garantia civilmente a responsabilidade, ainda resta a responsabilidade criminal, pelos atos delituosos que forem praticados pelos administradores, sejam de que categoria forem.

Assim, a seleção dos administradores, sobretudo no Direito brasileiro, assegurada em várias normas de natureza preventiva e repressiva procurando-se evitar que maus elementos tenham acesso na administração das sociedades comerciais. Aliás, nesse ponto, é evidente o critério e preocupação do legislador brasileiro em dotar a administração de controle de poderes e mecanismos que evitem as falhas na gestão das empresas comerciais, que na França se chama "sistema de saneamento" da atividade econômica.

Se um administrador, seja ele de origem trabalhista ou não, não possuir recursos patrimoniais próprios, senão os de natureza jurídica resultantes de sua atividade, constitui fato grave para o sistema da co-gestão.

Conclusão. Como procuramos demonstrar, o sistema da co-gestão dos empregados na administração das empresas se encontra na evolução que empolga o Direito em várias nações, já consagrada na doutrina brasileira.

É necessário que se atente para a evolução do sistema. Como fruto de um movimento reformista, sua implantação deve ser cuidadosa, ponderada, para evitar perturbações na vida econômica. Por isso, alguns pontos desejamos ressaltar.

Primeiramente, vemos que a co-gestão na empresa brasileira deve iniciar-se nas empresas de grande porte, isto é, pelas companhias

destas, sobretudo com maior urgência, nas sociedades de economia mista. Defendemos essa posição, em virtude das companhias abertas, na concepção que ditou a recente reforma das sociedades anônimas, terem tomado o cunho de *instituição*, na doutrina oficial, de molde a entrelaçar e solidarizar os interesses privados com os interesses públicos.

As sociedades de economia mista, cujo capital é predominantemente do Estado, deve iniciar, com efeito, o sistema de reforma. Não há motivo para que sendo o capital público, não se dê ao setor trabalho participação mais ativa, em benefício da estrutura da empresa. Após a implantação do sistema, partir-se-ia, com a experiência colhida, para a extensão do sistema às companhias fechadas, para posteriormente, abranger todas as sociedades anônimas e as sociedades de responsabilidade limitada, com mais de duzentos empregados.

Por outro lado, inicialmente a co-gestão deveria abranger apenas a participação dos empregados no conselho de administração, órgão essencial da companhia aberta e da sociedade de economia mista como impõe a atual lei das sociedades por ações. Mais tarde seria instituída a co-gestão paritária, cabendo ao capital indicar o presidente do conselho, levando-se em consideração que vivemos num regime capitalista, que detém jurídica e financeiramente o controle da sociedade.

Por fim, como meta final, a co-gestão estender-se-ia à diretoria, integrando-se, assim, o fator trabalho na empresa ao lado do capital.

Estamos certos de que esse sistema, visceralmente democrático, constituiria uma importante contribuição para a paz social e um valioso incremento para a ascensão dos trabalhadores, além de consubstanciar o melhor equilíbrio e harmônico estado de direito, no seio da moderna empresa brasileira.

Não nos esqueçamos outrossim, que o direito à dignidade do trabalho constitui um dos mais importantes aspectos dos direitos humanos e do estado de direito.

Curitiba, 08 de abril de 1978

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 3.159, DE 2004

Dá nova redação ao artigo 977 da Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

Autor: Deputado Pastor Francisco Olímpio **Relator:**
Deputado Alceu Collares

I - RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de Lei que pretende modificar a redação do art. 977 do Código Civil a fim de possibilitar aos cônjuges o direito de contratar sociedade, entre si ou com terceiros, qualquer que seja o regime de bens, retirando a atual proibição relativamente aos regimes de comunhão universal e separação obrigatória.

Sustenta o autor da proposta que o mencionado dispositivo legal, inovação do Código de 2002, representa um verdadeiro retrocesso doutrinário, uma vez que já era admitida a sociedade ente cônjuges independentemente do regime de bens do casamento.

A proposição foi distribuída a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para análise conclusiva acerca de sua constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e mérito, nos termos regimentais.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Não há vícios de inconstitucionalidade, na medida em que é competência privativa da União legislar sobre direito civil (art. 22,1, c/c 48, *caput*, da Constituição Federal), legítima a iniciativa e adequada a elaboração de lei ordinária.

Também não há problemas de juridicidade, restando observados os princípios do ordenamento jurídico pátrio.

A técnica legislativa merece ser aperfeiçoada apenas para acrescentar-se um artigo primeiro que delimite o objeto da alteração legislativa, bem como para substituir-se a palavra "assegura-se" por "faculta-se" e a expressão "regime de casamento" por "regime de bens", preservando a nomenclatura técnica utilizada pelo Código Civil.

No mérito, a proposta é merecedora do nosso apoio e vem ao encontro dos anseios de grande parte da doutrina brasileira.

Com efeito, a norma do art. 977 do Código Civil é uma inovação em relação ao Código de 1916, em cuja vigência se permitia livremente as sociedades formadas entre marido e mulher. Dada a frequência dessas sociedades familiares, a atual proibição gera uma ruptura na estrutura societária que vinha funcionando razoavelmente, principalmente quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

O Código de 2002 admite que marido e mulher formem sociedade comercial quando casados sob os regimes da comunhão parcial de bens, da participação final nos aqúestos e na separação convencional; mas veda tal direito em relação aos regimes de comunhão universal de bens e separação obrigatória.

A finalidade dessa disposição legal é manter a separação entre o patrimônio familiar e o da sociedade conjugal, evitando que haja confusão entre esses patrimónios. Contudo, afirma-se que tal restrição seria um retrocesso

relativamente ao sistema anterior e viria a causar uma série de inconvenientes, como adverte o Juiz e professor de Direito Civil Pablo Stolze¹:

"Tal dispositivo, duramente criticado pela doutrina, deverá causar controvérsias e colocar em difícil situação determinadas sociedades que, há anos, atuam no mercado.

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.

O que dizer, então, daquela sociedade formada há anos por pessoas casadas em regime de comunhão universal de bens? Desfazer-se da empresa?"

No mesmo sentido, confira-se o seguinte posicionamento doutrinário²:

"A intenção da proibição da sociedade entre cônjuges casados por tais regimes é, pois, evitar a mudança do regime matrimonial. Entretanto, acreditamos que tal solução não se justifica. Há bens, que mesmo no regime da comunhão universal, não se comunicam (art. 1.668), e nem sempre é necessária a participação efetiva de todos os sócios na vida da sociedade. Além disso, para os casados no regime da separação obrigatória não se proíbe a aquisição de um bem em condomínio⁽⁵¹⁾, então por que proibir a associação entre os dois?"

A doutrina já vem inclusive preconizando que a solução seria a alteração do regime de bens, não mais imutável na sistemática do novo Código Civil (art. 1639, §2º). Assim, aqueles casados em comunhão universal ou

GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4001>>. Acesso em: 27 ago. 2004.

² TOMAZETTE, Marlon. Direito intertemporal: o Código Civil de 2002 e as sociedades já existentes. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 330, 2 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5257>>. Acesso em: 27 ago. 2004.

PROJETO DE LEI N° _____, DE 2004
(Do Sr. Pastor Francisco Olímpio)

Dá nova redação ao artigo 977 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - O art. 977 da Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 977. Assegura-se aos cônjuges o direito de contratar sociedade, entre si ou com terceiros, independentemente do regime de casamento". (NR)

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A redação dada ao art. 977 em sua forma originária propõe um verdadeiro retrocesso na evolução doutrinária e jurisprudencial de nosso país, no ponto pacífico, em admitir a sociedade entre cônjuges, independentemente do regime de casamento.

Após a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada e da nova Constituição Federal, onde homens e mulheres tornaram-se equiparados no tocante aos direitos e deveres da sociedade conjugal, a discussão sobre esse tema foi amplamente atenuada.

Ademais, a restrição imposta, notadamente aos cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens, atinge milhares de lares brasileiros constituídos, tradicionalmente, sob aquele regime.

De outro lado, a atual quadra social, de desemprego galopante, vivenciada em nosso país, tem favorecido, como meio de ganhar a vida, o aumento crescente de criação das denominadas micro empresas familiares.

Desse modo, e acreditando, ainda, que a alteração proposta vem ao encontro dos anseios de milhares de famílias brasileiras unidas em sociedade, cuja adaptação à regra originariamente imposta pelo novel Estatuto Civil Brasileiro, importará em verdadeiro risco de sobrevivência familiar, é que submetemos esta proposta aos ilustres Pares, contando com o necessário apoio.

Sala da Sessões, de de 2004.

Deputado **PASTOR FRANCISCO OLÍMPIO**
PSB/PE



MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR
SECRETARIA DO DESENVOLVIMENTO DA PRODUÇÃO
DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO

PARECER JURÍDICO DNRC/COJUR Nº 125/03

INTERESSADO: JUCILEI CIRIACO DA SILVA - ESCRITÓRIO CONTEC

ASSUNTO: Sociedade empresária entre cônjuges constituída antes da vigência do Código Civil, de 2002.

Senhor Diretor,

Jucilei Ciriaco da Silva, em razão da proibição constante do artigo 977 do novo Código Civil, consulta a este Departamento sobre qual o procedimento a ser adotado em relação àquelas sociedades entre cônjuges, casados sob os regimes da comunhão universal de bens e da separação obrigatória, constituídas anteriormente ao Código Civil de 2002, ou seja, "se haverá necessidade de alteração de sócio ou regime de casamento".

A norma do artigo 977 do CC proíbe a sociedade entre cônjuges tão somente quando o regime for o da comunhão universal de bens (art. 1.667) ou da separação obrigatória de bens (art. 1.641). Essa restrição abrange tanto a constituição de sociedade unicamente entre marido e mulher, como destes junto a terceiros, permanecendo os cônjuges como sócios entre si.

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

Brasília, 04 de agosto de 2003.

REJANNE DARC B. DE MORAES CASTRO

Coordenadora Jurídica do DNRC

De acordo com os termos do Parecer DNRC/COJUR/Nº 125/03. Encaminhe-se o presente Parecer a Sra. Jucilei Ciriaco da Silva.

Brasília, 08 de agosto de 2003.

GETÚLIO VALVERDE DE LACERDA Diretor

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. Atualização de Carlos Henrique Abrão. 7ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. **O reconhecimento legal do conceito moderno de família**: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 04 fev. 2007.

AMARAL, Hermano Villemor do. **Das sociedades limitadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. **Direito de família**. 8ª ed. Atualizada por Isaías Beviláqua. São Paulo: Freitas Bastos S.A., 1956.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais, sociedades civis e cooperativas, empresas e estabelecimento comercial**: estudos das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresas e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, análise das sociedades civis, estudo das sociedades cooperativas. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CÍCERO. Da República. *Apud* DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade Limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado das sociedades mercantis.** v. 1. 4ª ed. rev. e aum. [S.I.]: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952.

FUIZA, RICARDO. **Novo Código Civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário: teoria geral, sociedade simples, sociedade cooperativa, sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em conta de participação, sociedade limitada.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

HESPANHA, António Manoel. Panorama histórico... *Apud* STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil.** In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte Jurídica.** v. 1. Curitiba: Juruá, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. *In* ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil.** 1ª ed. São Paulo: RT, 2003.

ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais, empresas individuais & responsabilidade limitada.** Curitiba: Juruá, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: a origem e evolução do casamento.** v. 1. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1991.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa no direito comparado.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo LIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Ensaio sobre as sociedades limitadas.** São Paulo: [s.n.], 1940.

MARTINS, Fran. **Das sociedades de responsabilidade limitada no direito estrangeiro.** v. 1. [S.I.]: Editora da Universidade do Ceará, [1956?]. (Monografias: Série A – Direito).

_____. **Curso de direito comercial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. *In*: Coord. [S.I.] **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. **Curso de direito de família**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família – estruturação jurídica e psíquica. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comprado e interdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. Análise dos conceitos de *affectio societatis* e de *legabilidade* como elementos de caracterização das sociedades comerciais. **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 14, p. 87-110, abr/jun 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SAMARA, Eni de Mesquita. Patriarcalismo, família e poder na sociedade brasileira (séculos XVI-XIX) **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 11, n. 22, p 7-23, mar/ago 1991.

SILVA, José Anchieta da. Sociedade entre marido e mulher. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=741>. Consultado em 02 fev. 2007.

SILVA, De Plácido e. **Noções práticas de direito comercial**. v. 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

SPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro: casamento, relações entre os cônjuges, desquite, filiação e parentesco, regime de bens, tutela e curatela**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora S.A., 1954.

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XLI, p. 15-16, Out/Dez. 2001.

_____. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEIRA, Padre Antonio. Sermões. São Paulo: Editora das Américas, 1958.

VILELLA, João Baptista. **Liberdade e Família.** Belo Horizonte. Ed. da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: Gustavo Tepedino (Coord). **Temas de direito civil.** 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TONIN, Marta Marília. A sociedade empresarial entre cônjuges e o art. 977 da Lei 10.406/02. Exercício pleno da cidadania? In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial e cidadania:** questões contemporâneas. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)