

SOCIEDADE COMERCIAL ENTRE MARIDO E MULHER

CÍCERO CIDADE SEVERO

Promotor Público Assessor em Porto Alegre

1. Matéria que tem gerado perplexidade e continua se prestando a dúvidas, debates e discussões no campo do direito comercial, mesmo modernamente, é a que se refere à constituição de sociedade comercial entre marido e mulher.

2. Inicialmente cumpre ressaltar que a matéria tem enfoque diferenciado, ou seja, contrariamente à sua admissibilidade antes da vigência da Lei da Mulher Casada, e favorável, de então para cá.

É que após o advento dessa lei, ou seja, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, também chamada "Estatuto da Mulher Casada", amplas aberturas foram lançadas à situação jurídica da mulher casada, que deixou de ser relativamente incapaz, juridicamente, para determinados atos da vida civil, ocorrendo ainda a separação patrimonial de seus bens havidos com o produto de seu trabalho, e que constituem bens reservados, distintos do patrimônio comum da sociedade conjugal, nos termos do art. 246 do Código Civil brasileiro, com a nova redação dada pela precitada Lei 4.121/62.

Tais modificações na situação da mulher casada, introduzidas pela lei nova, deram ao problema "sub exame", prismas diversificados.

O entendimento predominante na doutrina, sobre a matéria, antes da Lei 4.121/62, era contrário à possibilidade de constituição de sociedade comercial entre marido e mulher.

3. Com sua indiscutível autoridade, CARVALHO DE MENDONÇA escreveu, se bem que há mais de meio século:

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

Se o casamento é sob o regime de comunhão de bens, não há vantagem na sociedade, quer relativamente aos cônjuges, quer relativamente aos credores. Quanto aos primeiros, porque o lucro dos negócios seria comum, houvesse ou não a sociedade. Quanto aos segundos, porque as suas garantias não melhorariam.

Se o casamento obedece a outro regime, a sociedade fraudaria a lei reguladora dos pactos antenupciais, tornando comuns, em virtude do contrato de sociedade, bens que o ato ante nupcial separava. Dar-se-ia, assim, ofensa à essência e irrevogabilidade desses pactos.

A sociedade entre esposos deve, pois, considerar-se nula. A nulidade é de ordem pública." (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. 3, p. 18, nº 646).

Idêntico entendimento esposava o insigne WALDEMAR FERREIRA, citado por JOÃO EUNÁPIO BORGES, e que escreveu, nas suas Instituições, v. 1, p. 180, nº 128,

que “a repugnância por sociedade entre cônjuges é justificada. Bem hajam as inúmeras decisões judiciais que as anulem.”

Cumpra considerar, todavia, que tal posicionamento é antigo, sendo a transcrição de CARVALHO DE MENDONÇA extraída de sua obra editada em 1914, dois anos antes, portanto, da edição do Código Civil Brasileiro, que é de 1º de janeiro de 1916 e que, como se sabe, entrou em vigor a 1º de janeiro de 1917, cumprida a “vacatio legis” de 1 ano, estabelecida em suas disposições finais (art. 1806).

Hodiornamente porém, a doutrina tem se mostrado favorável à possibilidade de formação de sociedade comercial entre marido e mulher.

Escrevendo em 1958, portanto antes da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, preleciona o doutor CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO:

“Não há, em nosso direito, dispositivo que proíba a sociedade entre esposos e, como as incapacidades são de direito estrito, força é concluir que a mulher pode figurar em uma sociedade com seu marido, principalmente se levarmos em conta que o marido pode autorizá-la a comerciar individualmente ou associada a terceiros.

Por outro lado, não se encontra em nossas leis dispositivo que, embora não vede, constitua, entretanto, empecilho a esta participação.

Realmente, o regime matrimonial é imodificável, mas a sociedade é distinta e independente da pessoa dos sócios, não se confundindo o patrimônio dela com o do outro. De forma que a subscrição de uma cota, em uma sociedade, constitui simples aplicação de capital, e, portanto, conserva, nas relações entre os cônjuges, os mesmos caracteres de origem. No regime de separação de bens, estes pertencem a cada um dos cônjuges, de forma que não há impedimento à formação da sociedade entre marido e mulher” (Sociedade por quotas de responsabilidade limitada, v. 1, p. 238-9, 2ª ed. Forense, Rio, 1958).

É de salientar que se trata de uma opinião emitida antes do advento da Lei 4.121, que liberalizou mais ainda situação da mulher casada.

Rebatendo o outro argumento expendido por CARVALHO DE MENDONÇA, arre-mata CUNHA PEIXOTO:

“A sociedade entre esposos também não vai de encontro ao poder marital, preceituado pelo art. 233 do Código Civil porque o marido continua a ser o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe, como tal, a representação legal.”

Uma coisa é a sociedade conjugal e outra coisa a sociedade mercantil: a família não se confunde com a pessoa jurídica da sociedade comercial.

Não há, pois, expressa ou implicitamente, dispositivo legal que proíba a sociedade entre cônjuges, mesmo comunheiros.

Conclusão: em princípio, a sociedade entre marido e mulher é válida: ela só se torna nula quando disfarça uma fraude à lei.” (obra citada, p. 239).

JOÃO EUNÁPIO BORGES por seu turno, refere a opinião de JOSÉ TAVARES (*Sociedades e Empresas Comerciais*, p. 76) de que “seriam um exagero e um erro afirmar de um modo geral e absoluto a nulidade de qualquer sociedade formada por dois esposos. Porque, se a imutabilidade do regime de bens no casamento e a autoridade do marido como chefe de família são princípios de ordem pública, não se deve esquecer que ao lado deles há um outro princípio, igualmente de ordem pública — o da liberdade das convenções, em virtude do qual podem contratar todas as pessoas não excetuadas pela lei”. (*Curso de Direito Comercial Terrestre*, p. 150, Forense, Rio, 4ª edição, 1969).

Dentre os principais comercialistas que discorrem sobre a matéria, aliás, é JOÃO EUNÁPIO BORGES, no rol dos juristas modernos, aquele que melhor examina o assunto, salvo melhor juízo, preconizando, com bom senso, a admissibilidade da sociedade comercial entre marido e mulher.

Com diversas edições publicadas após a vigência da Lei 4.121/62 escreve o renomado professor da Universidade de Minas Gerais:

“Não proibindo a lei expressamente tais sociedades, examine-se cada caso concreto a fim de se verificar se a sociedade ofende ou não qualquer dos princípios em nome dos quais ela deve ser condenada.

Exemplificando:

1) Se o regime for o de **comunhão de bens**:

.....
b) a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, também, antes da Lei 4.121, não podia ser admitida. Porque de fato, não existiam os dois patrimônios – do marido e da mulher – mas, um só, pertencente à sociedade conjugal. Esse patrimônio único respondia, ilimitadamente, pelos atos quer do marido, quer da mulher comerciante. Qualquer deles, comerciando sob firma individual, comprometeria a totalidade do patrimônio conjugal. Permitir-lhes o comércio, sob o disfarce de uma sociedade por cotas, seria o mesmo que o permitir, com limitação de responsabilidade, a um comerciante individual. Tal sociedade, é evidente, não devia ser admitida a registro.

Com a Lei 4.121 tornaram-se insubsistentes tais objeções, nada impedindo, pois, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada entre esposos.

2) Se o regime for o de **separação**:

.....
b) a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ou qualquer outra, em que não seja ilimitada a responsabilidade dos sócios, é admissível. Nem ofende o princípio da autoridade marital, nem fere o da irrevogabilidade do regime dos bens. Nada impede, pois, a sua constituição e a sua admissão ao registro do comércio.” (Obra citada, p. 151-2).

Parece pois, **data maxima venia**, que do ponto de vista doutrinário, há trânsito livre acentuado quanto à formação de sociedade comercial entre marido e mulher, após o advento da Lei 4.121/62.

4. A jurisprudência, por outro lado, mantém idêntico entendimento a respeito do assunto.

Basta ver-se, a propósito, as decisões que se seguem:

“Não existe nulidade absoluta da sociedade formada entre marido e mulher, principalmente em face da atual legislação, que tem conferido a esta última grande autonomia seja na família, seja nas atividades econômicas fora do lar.” (TJSP – Ac. un. da 3ª Cam., de 25/03/76, Agr. 249.367, Capital, Rel. Des. Young da Costa Manso, “in” Boletim de Jurisprudência ADCOAS 1977 – parte civil e comercial).

“É lícita a sociedade constituída entre marido e mulher objetivando fim econômico ou prestação de serviços já que não existe dispositivo que proíba tal sociedade, que, se atendidas as exigências legais, produz todos os efeitos de direito.” (1º TACIV SP – Ac. un. da 2ª Câm. de 16/03/1977 – Apel. nº 229.644 – S. Carlos, Rel. Juiz Oetterer Guedes, in Boletim de Jurisprudência ADCOAS, 1978 – parte civil e comercial).

“Sociedade entre cônjuges. Não merece considerada nula **pleno jure**, posto que passa ela a ser anulável, segundo as circunstâncias que levaram à sua constituição”, in RTJ v. 68, p. 247.

E, no corpo deste acórdão, remissão é feita a aresto transcrito na Revista dos Tribunais, v. 392, p. 215-7, nestes termos:

“Não é certo que, só por serem sócios marido e mulher, a sociedade se devesse considerar irregular. Não existe nulidade absoluta na constituição de sociedade por cotas de responsabilidade limitada entre cônjuges ou de sociedade de que estes participem, porque a fraude à lei não se pode presumir *juris et de jure*”. (EGBERTO LACERDA TEIXEIRA,

Sociedade por Cotas, p. 45). Admito que possa ser invalidada, porque anulável, quando provada, por exemplo, a simulação, a fraude ou sua infringência a princípio de lei."

No mesmo sentido, o acórdão unânime da Egrégia Primeira Turma do Pretório Excelso no julgamento, em 28/11/68, do RE 61.582, que manteve a decisão de primeiro grau na qual o magistrado afirmara, a certa altura do decísum, de forma lapidar, *in verbis*: "O regime de comunhão do casamento não exclui a celebração do contrato social. Inscrita a sociedade no Registro Comercial, não podia ser equiparada pelo fisco às firmas individuais. O patrimônio com que ela operou comercialmente era distinto do patrimônio dos sócios. No caso, o lucro social distinguiu-se do rendimento do casal." (RTJ v. 48, p. 254).

A posição da jurisprudência é, portanto, no sentido de admitir, modernamente, a existência de sociedade entre marido e mulher, desde que não seja formada com o propósito de fraudar a lei nem burlar terceiros.

Ora, o desvirtuamento dos fins, só a *posteriori* poderia ser apurado. Daí decorre a consequência de que, em princípio, deve ser admitida tal sociedade, embora possa ela vir a ser anulada no futuro, como anuláveis são ou podem ser os atos jurídicos em geral por vícios ou defeitos de que se revistam, mas até prova em contrário, deve prevalecer a sua constituição e validade, protegida pela presunção *juris tantum* que vigora em seu favor, ou em outras palavras, não podem tais sociedades ser condenadas desde logo, como se vigrasse presunção absoluta, *juris et de jure*, contra elas.

Essa interpretação é, salvo melhor juízo, a mais adequada à época atual, mormente a partir da vigência da Lei 4.121 e intensificada, ao depois, com as liberalizações introduzidas por leis mais recentes.

Tanto é assim, que na esteira dessa evolução, a Lei 6.515 de 26/12/1977, que implantou o divórcio no direito pátrio, alterou o art. 258 do Código Civil que previa, no silêncio das partes, o regime da comunhão universal de bens e que, atualmente é o da comunhão parcial, com a nova redação dada pelo art. 50, *in verbis*: "Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial."

5. Por fim, e em definitivo, um último argumento: a própria jurisprudência administrativa das Juntas Comerciais têm evoluído, em sua maioria, no sentido da admissibilidade das sociedades comerciais entre marido e mulher. Assim, de acordo com a Ata dos Trabalhos do Congresso dos Procuradores das Juntas Comerciais realizado em Brasília em agosto de 1976, verificou-se que o entendimento prevalente na maioria das Juntas representadas no Grupo de Procuradores é no sentido da aceitação, exceto nos Estados do Rio de Janeiro e Goiás.

Face à evolução da própria vida, o direito evolue, e com base nele, é preciso que se dê o passo à frente, corajosamente, no sentido de pôr em prática aquilo que novos textos legislativos passam a permitir.

É o que ocorre no caso.

Como diz RUTH BUENO ao defender esse mesmo ponto de vista, "o apego ao passado, aos velhos esquemas, o horror às inovações conscientes que só vêm beneficiar, é o responsável pelo prolongamento da lei ultrapassada dentro do quadro da lei nova." (*Regime Jurídico da Mulher Casada*, p. 61, 3ª ed., Forense, Rio, 1972).

Assim vista a questão e embora reconhecendo que sobre ela sempre pairou considerável divergência doutrinária, tenho para mim, contudo, que atualmente é possível a constituição de sociedade comercial entre marido e mulher, face às inovações advindas com a abertura legislativa que vem ocorrendo progressivamente, sobretudo nas duas últimas décadas, especialmente a partir da edição do "Estatuto da Mulher Casada", liberalização essa continuada pela inspiração da jurisprudência, que cada vez mais oportuniza o avanço na matéria.

Tal permissibilidade, já agora por assentar em base legal, impulsiona e continua le-

vando os Tribunais a aplicarem a lei com aquele espírito renovador do Direito, sem o qual ela seria letra morta e fria, descompassada do andar da vida, não condizente com o ideal de que deve estar impregnada, como enfatiza o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer que na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Esse modo de entender, tive oportunidade de sustentar em parecer emitido em processo administrativo submetido à apreciação da MM. Junta Comercial do Estado, na qualidade de Procurador Regional Substituto Designado, tendo a satisfação de ver acolhida a tese.

Como se trate de matéria de interesse real e objetivo, além de nova e florescente, ousei retocar e ligeiramente refundir aquele parecer, impessoalizando os interessados do caso concreto e apresentando o assunto como se versado em tese, na forma de trabalho doutrinário, de molde a ser inserto em nossa Revista, como despretençiosa colaboração e arrojada incursão em ramo do direito sobre o qual pouco se escreve, alinhando-o modestamente entre tantos outros trabalhos de vulto, brilhantes e de fôlego, da lavra de eminentes colegas de nosso prestigiado **parquet gaúcho**.