

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 977 DO CÓDIGO CIVIL

Thelma Utsch Oliveira Valle

Advogada, pós-graduanda em Direito Empresarial
com ênfase no novo Código Civil pelo Centro
Universitário Newton Paiva- Belo Horizonte/MG-
Março de 2006.

Resumo: Desde a vigência do novo Código Civil, e mesmo, até antes disso, juristas, advogados, enfim, pessoas do meio jurídico travam forte discussão sobre a constitucionalidade ou não do famigerado art. 977 do N.C.C. Não se pretende com este artigo repetir posições já amplamente discutidas, mas fornecer uma nova visão, baseada em princípios jurídicos e constitucionais, a respeito do tema. Atualmente, já está certa a interpretação das normas jurídicas em respeito aos preceitos constitucionais, vale dizer, a constitucionalização das normas jurídicas. Diante disso, e analisando o art. 977 do N.C.C. à luz dos princípios, não sobram dúvidas mais algumas a respeito da inconstitucionalidade do artigo em discussão.

Palavras chaves: princípios constitucionais, presunção de fraude por parte dos cônjuges, ingerência nos negócios jurídicos por parte do Estado.

Introdução

Não se questiona mais a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras. Cada vez mais os magistrados têm aplicado os princípios, principalmente os constitucionais ao solucionarem uma demanda, tornando os princípios fonte primária, à qual deve o intérprete recorrer antes de qualquer outra.

Ademais, normas foram criadas em respeito aos princípios e não o contrário, motivo pelo qual os princípios situam-se no ápice do ordenamento jurídico. São os princípios que dão coerência às normas e que exprimem os grandes valores éticos, em função dos quais deve ser feita a interpretação das leis.

Assim entendido, os princípios permitem o sobejejar de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes, não valendo tão somente o que dispõe a lei; já as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra existe e possui validade tem que ser cumprida na exatidão das suas disposições, nem mais nem menos.

Nesta linha de raciocínio pode-se afirmar, com segurança, que o art. 977 do N.C.C. que veda a possibilidade da constituição da sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, ou no regime da separação obrigatória, é inconstitucional. Soma-se a isso o fato do artigo 2031, do mesmo diploma legal (modificado pela Lei 11.127/05), decretar que associações, sociedades, fundações e empresários, constituídos na vigência do antigo Código, deverão se adaptar ao que regula o então N.C.C. até a data limite de 11 de janeiro de 2007.

Verdadeira ingerência na vida privada ao voltarmos os olhos para a problemática do art. 977 do N.C.C., além do desrespeito aos princípios constitucionais.

Podemos trazer em defesa da inconstitucionalidade supramencionada o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que foi um marco nos direitos das mulheres e na proteção de seu patrimônio estipulou:

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.

Percebe-se que este dispositivo legal consagrou o patrimônio separado da esposa e do marido, mesmo que o regime de bens fosse o da comunhão universal.

Quando a questão é o caso da separação obrigatória, não podemos esquecer a incidência da Súmula 377 do STF: no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. A Súmula não dispõe que tipos de bens são esses, e há vários julgados do STJ que, por sinal, não cogitam do tão falado ‘esforço comum’ dos cônjuges, muito pelo contrário, o esforço comum é presumido, sendo este o entendimento pretoriano majoritário (p.ex:Resp nº 154.896-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 20.11.03).

O Tribunal de Justiça/MG chega a considerar até os valores individuais existentes em conta corrente de cada cônjuge como se advindos do esforço comum, mesmo que a separação seja a legal (vide Apelação Cível nº 1.0491.04.911595-0, Rel^a Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 29.03.05).

O fato do art. 977 do novo código civil vedar a possibilidade da constituição da sociedade entre cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal de bens e o da separação legal, não faz com que estas empresas constituídas anteriormente à entrada em vigor do novo código civil tenham que alterar seu quadro social, mesmo levando em consideração o art. 2031 do mesmo diploma legal posto tratar-se da emanação do

preceito previsto no art. 5º, II da Constituição Federal brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

As mesmas sociedades formadas anteriores ao N.C.C. são legais, desnecessitando de qualquer alteração, sob pena de afrontar outro princípio constitucional, ou seja, o princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica (art.5º, XXXVI da Constituição Federal). Em outras palavras, dizer que "a lei não olha para trás" é aplicável no caso concreto, isto sem falar na máxima do direito que dispõe que ato é regido pelo tempo em que foi feito (tempo rege o ato)

Assim, percebe-se mais uma vez, que as sociedades comerciais constituídas anteriormente à vigência do novo código civil devem ser regidas pela lei da época de sua constituição, qual seja, o código civil de 1916, sem se falar em qualquer ilegalidade.

O grande Hans Kelsen ¹ entende da mesma forma:

As leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque fere nosso sentimento da justiça infligir uma sanção, especialmente uma punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber que se vincularia tal sanção.

Os contratos das sociedades comerciais entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens é considerado ato jurídico perfeito e o direito deste casal de ter a empresa de que são proprietários regida pela legislação da época em que foi constituída denomina-se direito adquirido.

O Código Civil que atualmente abarca grande parte da legislação comercial não pode retroagir, conforme se percebe das palavras de Antônio Jeová dos Santos²:

Nada disso, porém, pode servir como pretexto de se emprestar efeito retroativo às regras do Código Civil de 2.002, porque a insegurança seria muito mais deletéria do que eventual imobilismo e estratificação do Direito. Os jurisdicionados necessitam estar seguros e terem certeza de que a lei posterior em nada modificará sua vida de relação e seus negócios, desde que tenham sido concretizados à época da lei revogada. Como é notório no âmbito jurídico, as normas legais infraconstitucionais (mesmo que de ordem pública) não podem retroagir para alcançar contratos, como por exemplo, de constituição de sociedade comercial estabelecidos antes de sua vigência, sob pena de afrontar os *princípios da irretroatividade da lei, segurança jurídica, estabilidade e paz social*.

Luiz Antônio Rizzato Nunes³ arremata:

¹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; pg. 61.

² SANTOS, Antonio Jeová. Direito intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10406/2002 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; pg.51.

³ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 171

..tem havido certa confusão, especialmente em decisões judiciais, relativamente ao aspecto da retroatividade da norma jurídica, pelo fato de ela ser pública ou privada. Mas acontece que não é a qualidade da lei que faz com que ela possa ou não retroagir. A Constituição Federal não deixa margem a dúvidas: as garantias estabelecidas contra a retroatividade das leis (o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, aplicam-se indistintamente contra qualquer espécie de lei. Não é porque uma lei é de ordem pública que ela pode retroagir, ferindo aquelas garantias. A Carta Constitucional fala apenas em 'lei', donde se deve inferir que está tratando de 'toda espécie de lei.

A aplicação do art. 2.031 do CC aos efeitos dos contratos constituídos anteriormente ao novo código civil seria o que a doutrina e a jurisprudência chamam de 'retroatividade mínima ou retroatividade injusta', expressamente vedada quando se tratar de lei infraconstitucional. Querer aplicar a previsão do art. 2.031 do N.C.C. e o art. 977 do mesmo código aos contratos de sociedade anteriores ao Código Civil atual, geraria hipótese de retroatividade máxima, que é inadmissível no Brasil por afrontar o art. 5º, XXXVIII da CF.

Se a retroatividade mínima para normas infraconstitucionais já é vedada, com mais razão se dá a impossibilidade de 'retroatividade máxima' também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao *status quo ante*, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados.⁴

A retroatividade máxima ocorre quando atinge o próprio fato consumado, a sua própria natureza.

Já Sérgio Campinho⁵ defende que a impossibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges sob o regime da comunhão de bens somente se aplica às sociedades criadas após a entrada em vigor do novo código civil:

Porém a nova ordem só se aplica às sociedades que venha a se constituir após a vigência do novo Código, não se fulminando de nulidade as sociedades validamente contratadas segundo as regras contemporâneas ao seu surgimento, nas quais não havia a restrição ora traçada. E isso se faz em atenção ao princípio constitucional que garante não poder a lei prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI).

Por mais respeito que o grande comercialista anteriormente mencionado mereça, não deve prosperar a tese de que os art. 977 e 2031 do Código Civil de 2002 se

⁴ MATOS PEIXOTO. Limite temporal da lei. Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Vol. IX. pgs. 9 a 47.

⁵ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; pg. 56.

aplicarão somente às novas sociedades, ou seja, àquelas formadas depois da vigência do diploma legal.

Isto porque ele, ao afirmar o acima exposto, o fez somente baseado na ‘letra da lei’, a exemplo dos ‘civilistas puros’, não levando em consideração os princípios constitucionais que protegem as empresas após o advento da lei.

Como bem salienta em sua obra, Alfredo de Assis Gonçalves Neto enfatiza que as legislações ordinárias estão subordinadas e devem observar os princípios constitucionais, posto que ao respeitá-los têm papel decisivo no alcance e interpretação dos mesmos. Pontua ele⁶:

Nossa Lei fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art. 1º, inc. IV), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5º, incs. XIII e XVII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos).

O que quer o artigo 977 do Código Civil de 2002? Atentar contra princípios constitucionais restringindo a livre iniciativa, a liberdade de exercer trabalho, e a liberdade de associação? Quer aniquilar de vez com a autonomia da vontade das pessoas? Quer passar por cima do direito pleno à cidadania? Não há que se falar em efetiva democracia quando nova lei fere princípios constitucionais e fundamentais, sem falar na agressão ao princípio maior da CF, aquele do qual todos derivam, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, tudo isso não foi respeitado porque o legislador ‘quis crer’ que estaria protegendo a sociedade ao colocar os cônjuges, *a priori*, como se estivessem se associando (melhor dizendo, em verdadeira formação de conluio) para fraudar terceiros caso o regime de casamento sejam os do art. 977 do N.C.C.

O desrespeito é flagrante, não se pode ‘presumir’ fraude, e tão pouco o que quer o artigo mencionado vem proteger terceiros. Isso por quê? O Código Civil de 2002 perdeu uma excelente oportunidade de introduzir no país a limitação da responsabilidade do empresário individual como forma de incentivo à exploração da atividade econômica de menor vulto mediante a limitação dos riscos do negócio. Essa ausência fez foi criar empresas de fachada, melhor dizendo, empresas nas quais há um dos cônjuges como sócio detendo 99% do capital e um terceiro com apenas 1% da

⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Manual de Direito Comercial: Apontamentos. 2 ed. 2. tir. Curitiba:Juruá Editora, 2002. p. 61-62.

sociedade. Na verdade, os sócios, em sua grande maioria, continuam sendo apenas os cônjuges.

Formou-se no país sociedade empresária *pro forma*, na qual uma pessoa decidida a explorar uma atividade econômica constitui uma sociedade limitada juntamente com um sócio engajado para não se submeter, de forma ilimitada, aos riscos inerentes da atividade empresarial. É comum encontrar no Brasil sociedades limitadas constituídas somente por marido e mulher com a finalidade exclusiva de obter a limitação da responsabilidade na exploração da atividade econômica (o Código Civil de 2002, no art. 977, faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não estejam casados sob o regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória).

Há mais um motivo para questionar-se a proibição do artigo 977: as esposas dos sócios podem, elas mesmas, constituírem uma sociedade, já que não são marido e mulher, e com isso, não interessa à lei o regime de casamento delas com os respectivos maridos. Assim ocorrendo, ambas podem ser casadas em regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória com seus cônjuges e serem sócias de forma regular, mas na verdade, quem vai estar gerindo aquela sociedade ‘de amigas’ será apenas um dos casais, e não as mulheres.

Tema de grande relevância para o direito comercial encontra-se previsto no art. 50 do novo Código Civil e que faz com que a existência do artigo 977 do N.C.C. não se justifique. Trata-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), que pode ser definida como a teoria destinada ao aperfeiçoamento da pessoa jurídica, permitindo que o juiz ignore a personalidade jurídica da sociedade empresária nos casos concretos de fraude e de abuso de direito para atingir os bens pessoais do sócio que agiu de forma indevida.

A finalidade da teoria da desconsideração é possibilitar a coibição de fraude e de abusos, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica e sem questionar a regra da separação da personalidade e do patrimônio da sociedade empresária em relação aos de seus sócios.

A teoria objetiva preserva a pessoa jurídica e a sua autonomia, sem deixar desamparados terceiros que possam vir a ser vítimas de fraude. A personalidade jurídica da sociedade é desconsiderada apenas para o caso concreto em que foi utilizada de forma indevida, permanecendo válida e eficaz para todos os demais atos não relacionados com o ilícito praticado.

A aplicação da teoria não significa a nulidade ou a extinção da personalidade jurídica, mas apenas a sua suspensão episódica.

A grande vantagem da desconsideração em relação aos demais mecanismos de coibição de fraude previstos pelo Direito é a preservação da pessoa jurídica naquilo que não se relaciona com o ilícito praticado, preservando a sociedade empresária e os legítimos interesses envolvidos, como são os dos demais sócios, empregados e da própria comunidade.

Atualmente, o art. 50 do novo Código Civil prevê:

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

Ao elaborar o ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante opções possíveis: ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas, ou, por fim, ordena as relações privadas baseando-se, sobretudo, nos princípios constitucionais. Não há dúvida que essa terceira opção não foi respeitada pelo legislador do Código Civil de 2.002.

Ademais, não é o regime de casamento dos cônjuges que traz validade e eficácia para os negócios jurídicos efetuados por uma sociedade empresária, sendo a reunião de marido e mulher mera formação da sociedade empresária. E não se pode deixar de considerar a proteção dada à família pelo art. 226 da CF. Proteção esta que incentiva tanto a vida em sociedade, tanto quanto a sociedade empresarial familiar, e por que não dizer proteção à própria família que pode obter frutos da sociedade empresária para manter-se na medida em que propiciam, os cônjuges, auxílio mútuo.

O Novo Código Civil não foi feliz na redação do artigo 977. Desrespeitou princípios constitucionais que são mais cogentes que qualquer lei possa querer ser, e vale até parafrasear Ripert nas palavras de Maria Berenice Dias⁷: “A lei não está imitando a vida. E, quando ocorre esse desrespeito, é necessário olvidar o que a lei diz,

⁷ DIAS, Maria Berenice. Filhos, bens e amor não combinam! Ou A concorrência sucessória. *Intelligentia Jurídica*. Ano IV – n.41 – março 2004. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br>. Acesso em 01 de março de 2006.

pois, quando o direito ignora a realidade, a realidade se volta contra o direito, ignorando o direito (lembrando Ripert)”

Os princípios traduzem os valores mais caros à sociedade organizada e se prestam a orientar o legislador na elaboração de leis, bem como servem para o juiz na leitura e aplicação da lei. Daí sua importância primacial, não permitindo assim que o legislador possa agir com ingerência sobre as relações privadas na feitura de leis.

Aliás, vale lembrar que para o jurista norte-americano Dworkin os princípios, além de diferentes das regras do ponto de vista estrutural e lógico, representam um ponto de aproximação entre o Direito e a Moral. Para ele, um princípio é um *standard* que deve ser obrigatoriamente observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas, primordialmente porque é uma exigência de justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.

Referências Bibliográficas:

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; pg. 56.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos, bens e amor não combinam! Ou A concorrência sucessória**. *Intelligentia Jurídica*. Ano IV – n.41 – março 2004. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br>. Acesso em 01 de março de 2006.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de Direito Comercial: Apontamentos**. 2 ed. 2. tir. Curitiba:Juruá Editora, 2002. p. 61-62.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; pg. 61.

MATOS PEIXOTO. **Limite temporal da lei**. *Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*. Vol. IX. pgs. 9 a 47.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 171

SANTOS, Antonio Jeová. **Direito intertemporal e o novo Código Civil: aplicações da Lei 10406/2002** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; pg.51.