

ano 15 - n. 2 | maio/agosto - 2018
Belo Horizonte | p. 1-269 | ISSN 1806-910X
R. de Dir. Empresarial – RDEmp

Revista de
DIREITO EMPRESARIAL

RDEmp

Revista de Direito Empresarial – RDEmp

Coordenação

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Oksandro Osdival Gonçalves

Conselho Editorial

- Dr. Fernando Araújo (Universidade de Lisboa, Lisboa, PT)
E-mail: <borgesaraujo@gmail.com>
- Dr. Jeffrey Talpis (Université de Montréal, Montréal, CA)
E-mail: <jeffrey.talpis@umontreal.ca>
- Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima (UFMG, Belo Horizonte, MG, BR)
E-mail: <brina@obcl.com.br>
- Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto (UFPR, Curitiba, PR, BR)
E-mail: <assis@agkn.com.br>
- Dr. Erasmo Valladão (USP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <erasmo@fnp.adv.br>
- Dr. Luciano Benetti Timm (PUCRS, Porto Alegre, RS, BR)
E-mail: <ltimm@cmtded.com.br>
- Dr. Ivo Gico Junior (UCB, Brasília, DF, BR)
E-mail: <gico@ghdadogados.com.br>
- Dr. Everton das Neves (UFSC, Florianópolis, SC, BR)
E-mail: <evertong@vetorial.net>

Conselho

- Dr. Aldacy Rachid Coutinho (UFPR, Curitiba, PR, BR)
E-mail: <aldacycoutinho@gmail.com>
- Dr. Alexandre Ferreira Assumpção Alves (UERJ, UFRJ, Rio de Janeiro, BR)
E-mail: <asaa@uol.com.br>
- Dr. Alexandre Bueno Cateb (FMC, Belo Horizonte, MG, BR)
E-mail: <alexandre@cateb.com.br>
- Dra. Ana de Oliveira Frazão (UnB, Brasília, DF, BR)
E-mail: <frazao@unb.br>
- Dr. Antônio Maristrello Porto (FGV-RJ, Rio de Janeiro, RJ, BR)
E-mail: <antonio.maristrello@fgv.br>
- Dr. Dennis Almanza Torres (Universidade de La Salle-Peru, PE)
E-mail: <almanzadennis@gmail.com>
- Dr. Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <fabio@ulhoacoelho.com.br>
- Dr. Ivo Waisberg (PUC-SP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <ivo@dcadv.com.br> e <ivo@waisberg.com.br>
- Dr. José Augusto Fontoura Costa (USP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <jafontouracosta@gmail.com>
- Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças (PUC-SP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <manoel-pereira@uol.com.br>
- Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro (UFPR, PUCPR, Curitiba, PR, BR)
E-mail: <mcarlaribeiro@uol.com.br>
- Dra. Márcia Diegues Leuzinger (UnICEUB, Brasília, DF, BR)
E-mail: <marcia.leuzinger@uol.com.br>
- Dr. Marco Aurélio de Castro Júnior (UFBA, Salvador, BA, BR)
E-mail: <marco@craeadogados.com.br>
- Dr. Marcos Wachowicz (UFPR, Curitiba, PR, BR)
E-mail: <marcos.wachowicz@gmail.com>
- Dra. Melina de Souza Rocha Lukic (FGV, Rio de Janeiro, RJ, BR)
E-mail: <melinarocha@hotmail.com>
- Dr. Newton Silveira (USP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <nsilveira@silveiraadvogados.adv.br>
- Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCPR, Curitiba, PR, BR)
E-mail: <oksandro@cgaadv.com.br>
- Dra. Paula Andrea Forgioni (USP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <paforgioni@forgioni.com.br>
- Dra. Paula Vaz Freire (Universidade de Lisboa, Lisboa, PT)
E-mail: <pvazfreire@gmail.com>
- Dr. Ricardo Lupion Garcia (PUCRS, Porto Alegre, RS, BR)
E-mail: <ricardo.lupion@pucrs.br>
- Dr. Ronald Otto Hillbrecht (UFRGS, Porto Alegre, RS, BR)
E-mail: <00010313@ufrgs.br>
- Me. Roseli Régo Santos Cunha Silva (UFBA, Salvador, BA, BR)
E-mail: <roselirego@gmail.com>
- Dr. Sérgio Rodrigo Martínez (Unochapecó, Chapecó, SC, BR)
E-mail: <srmartinezfilho@hotmail.com>
- Dra. Stella Maris Biocca (Universidad de Morón, Buenos Aires, AR)
E-mail: <smbiocca@hotmail.com>
- Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (Cesupa, Belém, PA, BR)
E-mail: <suzy.koury@trt8.jus.br>
- Dra. Uínie Caminha (UFC, Fortaleza, CE, BR)
E-mail: <ucaminha@gmail.com>
- Dra. Viviane Muller Prado (FGV-SP, São Paulo, SP, BR)
E-mail: <viviane.prado@fgv.br>

Pareceristas Ad Hoc

- Dr. Auer Baptista Freire Junior (PUC Minas, Belo Horizonte, MG, BR)
Dr. Gustavo Saad Diniz (USP, São Paulo, SP, BR)
Dr. João Glicério de Oliveira Filho (UFBA, Salvador, BA, BR)
Dr. Luiz Geraldo Gomes (Unicesumar, Maringá, PR, BR)
Dr. Ricardo Luiz Sichel (Unirio, Rio de Janeiro, RJ, BR)
Dr. Rodrigo Magalhães (PUC Minas, Belo Horizonte, MG, BR)
Dr. Saulo Mendonça (UERJ, Rio de Janeiro, RJ, BR)
Dr. Sérgio Henrique Zandona Freitas (Unisinus, São Leopoldo, RS, BR)

Editores Gerais

Lara Bonemer Rocha Floriani e Antonio Bazílio Floriani Neto

© 2018 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

R454 Revista de Direito Empresarial: RDEmp. – ano 15, n. 2, (maio/ago. 2018) . – Belo Horizonte: Fórum, 2012-

Quadrimestral
ISSN 1806-910X

Publicada do v. 1, 2004 ao v. 15, 2011 pela Editora Juruá, Curitiba.
Publicada a partir do ano 8, n. 2, jul./dez. 2011 pela Editora Fórum, Belo Horizonte.

1. Direito empresarial – Periódicos. 2. Sociedades. 3. Atividade econômica. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira (Coord.). II. Gonçalves, Oksandro (Coord.). III. Fórum.

CDD: 346.07
CDU: 347.7

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Sumário

Apresentação	7
--------------------	---

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Compliance: contribuição ao desenvolvimento social por meio da *Foreign Corrupt Practices Act*

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, André Luís Cateli Rosa	13
Introdução	13
1 <i>Compliance</i>	15
2 <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> – FCPA	16
2.1 A extraterritorialidade	17
2.2 Críticas à FCPA	19
3 Breves considerações sobre a análise econômica do direito: externalidades, racionalidade e indução de condutas	20
3.1 Externalidades pela análise econômica do direito	21
3.2 Escolha racional	22
3.3 O direito como indutor de condutas	23
3.4 Custos de transação	23
4 <i>Compliance</i> : contribuição ao desenvolvimento social por meio da <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>	24
Conclusão	27
Referências	29

O papel do código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica

Luiz Fernando Demeterco, Vivian Amaro Czelusniak	33
1 Introdução	33
2 O código de ética e conduta	35
3 Motivações para a criação de um código de ética e conduta	37
4 O papel do código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica	40
4.1 Conformidade com a legislação	43
4.2 A evolução do código de ética e conduta	49
5 Conclusão	51
Referências	52

Hermenêutica das escolhas e a função legislativa do Judiciário

Ivo Teixeira Gico Junior	55
Introdução	55
1 A natureza da função legislativa	56
2 A função legislativa do Judiciário	59
2.1 Da integração jurídica e da vedação ao <i>non liquet</i>	60
2.2 Do controle de constitucionalidade de normas	67
2.3 Do problema jurídico da indeterminação e da competência interpretativa	70
3 Da hermenêutica das escolhas e do diagrama hermenêutico	77
Conclusões	82
Referências	83

DOUTRINA

Sociedades empresárias entre cônjuges e o princípio da autonomia privada: um estudo comparado Brasil – Argentina

Ivanna Pequeno dos Santos, Antonio Jorge Pereira Júnior	87
1 Introdução	87
2 Panorama histórico da sociedade entre os cônjuges, no direito brasileiro	88
3 Da autonomia da vontade	93
4 Autonomia como princípio jurídico: a autonomia privada	96
5 Princípiologia do direito empresarial: a função social e a livre iniciativa e do trabalho	98
6 Sociedades empresárias familiares no direito argentino	100
7 Conclusão	101
Referências	102

Das razões para o raro enfrentamento de mérito na ação social *ut singuli* no Brasil

Thiago Salles Rocha, Alexandre Bueno Cateb	105
1 Introdução	106
2 Da parca jurisprudência com enfrentamento do mérito nas ações de responsabilidade de administradores de sociedade anônima no Brasil	106
3 Das peculiaridades da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas	108
3.1 Classificação doutrinária das espécies de ações de responsabilidade, segundo a legitimidade ativa	109
3.2 Da necessidade de prévia deliberação da assembleia-geral para a propositura da ação social	109
3.3 Do litisconsórcio necessário de no mínimo 5% dos acionistas na ação social <i>ut singuli</i> , prevista no art. 159, §4º, da Lei de SAs	112
3.4 Da discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos efeitos da aprovação de contas dos administradores sem reservas e necessidade de anulação da assembleia viciada	114
4 Conclusão	120
Referências	121

Cédula de crédito bancário: polêmicas e aplicação cambial

Aluer Baptista Freire Júnior, Rodrigo Almeida Magalhães	123
1 Introdução	123
2 Histórico	124
3 Conceito e princípios cambiários	125
4 Requisitos de emissão	127
5 Cédula de crédito bancário e sua observância ao princípio cambiário e à declaração cambial	132
5.1 Possível não observância ao princípio cambial da literalidade	133
5.2 Endosso e não aplicação de suas finalidades cambiais	134
5.3 Protesto de cédula de crédito bancário	137
6 Conclusão	138
Referências	139

Algumas ponderações após mais de uma década desde a publicação da Lei de Recuperação de Empresas e Falência

Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana	143
1 Introdução	143
2 Contextualização e justificativa do tema.....	144
2.1 Função social e a preservação da empresa: inafastável abordagem reflexiva	145
2.2 A necessidade de aperfeiçoamento: uma reflexão construtiva, doutrinária e jurisprudencial	154
2.3 Informações empíricas sobre o atual cenário da recuperação judicial: apontamentos práticos e fáticos	161
3 Conclusão	169
Referências	170

A Lei de Recuperação Judicial e o crédito público: princípio da preservação da empresa e a impossibilidade de concessão sem apresentação da certidão de regularidade fiscal

Felipe Viana de Araujo Duque, Daniel Francisco Nagão Menezes	179
Introdução	180
1 Compreensão do crédito tributário na recuperação judicial	181
2 Do entendimento anterior à Lei nº 13.043, de 13.11.2014, quanto à necessidade de apresentação da certidão negativa de débitos	185
3 Da vigência da Lei nº 13.043, de 13.11.2014, e a continuidade da mácula ao princípio da indisponibilidade do interesse público.....	187
Conclusão	190
Referências	191

Empresas transnacionais e o serviço de transporte: como adequar o ordenamento da matriz às exigências legais brasileiras

Luís Alexandre Carta Winter, Lucas Bueno do Valle Ribeiro	193
1 Introdução	193
2 As empresas multinacionais	195
3 Nacionalidade e adequação legal	199
4 Serviço de transporte particular individual de pessoas no Brasil.....	202
5 Considerações finais.....	205
Referências	207

A eficiência das pessoas com deficiência: paternalismo ou realidade lucrativa empresarial?

Renata Albuquerque Lima, Daniela Montezuma da Silva	209
1 Introdução	209
2 A função e responsabilidade social da empresa	210
3 O trabalho como elemento da dignidade e superação das pessoas com deficiência.....	212
4 O sistema de reserva legal de vagas e o olhar do empresário	215
5 Dados estatísticos sobre a atuação das pessoas com deficiência nas empresas.....	217
6 Considerações finais	224
Referências	225

ARTIGOS CONVIDADOS

Vers un rééquilibrage des fonctions de la responsabilité civile française?

Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile

Rémi Dalmau	231
Introduction	231
I La confirmation de la fonction principale d'indemnisation	233
A. La consolidation des responsabilités sans faute.....	233
1 Responsabilité du fait des choses	233
2 Responsabilités du fait d'autrui	235
B. La rénovation de la réparation du préjudice corporel.....	237
1 Faveur en cas de dommage corporel.....	237
2 Protection spéciale du dommage corporel	237
II Le retour de la fonction normative	239
A. La moralisation des comportements	239
1 Place et définition de la faute.....	239
2 Renforcement de la fonction de moralisation	240
B. L'apparition de la fonction punitive	241
1 Amende civile - 1266-1	241
2 Régime de l'amende civile	242
Referências	243

La réforme du droit des contrats français

Garance Cattalano	245
Introduction	245
I La lisibilité du droit des contrats	247
A. Pédagogie	247
B. Codifications	248
II L'équilibre du droit des contrats	249
A. Les innovations ponctuelles	250
1 Violence par abus de dépendance	250
2 Révision pour imprévision	251
B. La révolution structurelle : la consécration du contrat d'adhésion.....	252
III L'efficacité du droit des contrats	253
A. Le développement de l'unilatéralisme	254
B. Création de nouveaux mécanismes	256
Conclusion	257
Referências	257

Normas Técnicas	259
-----------------------	-----

Normas Técnicas	263
-----------------------	-----

Technical Standards	267
---------------------------	-----

Sociedades empresárias entre cônjuges e o princípio da autonomia privada: um estudo comparado Brasil – Argentina

Ivanna Pequeno dos Santos

Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri (Urca). Fortaleza/CE – Brasil. *E-mail:* <ivannapequeno@yahoo.com.br>.

Antonio Jorge Pereira Júnior

Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Fortaleza/CE – Brasil. *E-mail:* <antoniojorge@unifor.br>.

Resumo: O artigo tem o escopo de analisar as sociedades empresárias entre cônjuges, com o objetivo de discutir a restrição contida no art. 977 do Código Civil brasileiro, que veda a constituição de sociedade entre cônjuges casados nos regimes da comunhão universal e da separação obrigatória de bens. A hipótese é de que essa restrição fere a autonomia privada e a principiologia do direito empresarial, mormente os princípios da função social da empresa, da livre iniciativa e do trabalho. Faz-se um breve panorama das sociedades entre cônjuges, no direito argentino, tendo em vista que a constituição de sociedades familiares não é uma realidade só brasileira. Verifica-se, no entanto, que a Lei das Sociedades Comerciais do Direito argentino não se ocupa de nenhuma restrição semelhante à da lei brasileira. Dentro dessa linha de argumentação, a presente pesquisa é bibliográfica, exploratória e interpretativa. Como problemática de investigação, indaga-se se a vedação contida no art. 977 do CCB é juridicamente aceitável. Nesse contexto, o estudo visa a contribuir para a discussão da alteração do art. 977 do Código Civil brasileiro.

Palavras-chave: Sociedade entre cônjuges. Autonomia da vontade. Restrições. Direito argentino.

Sumário: 1 Introdução – 2 Panorama histórico da sociedade entre os cônjuges, no direito brasileiro – 3 Da autonomia da vontade – 4 Autonomia como princípio jurídico: a autonomia privada – 5 Principiologia do direito empresarial: a função social e a livre iniciativa e do trabalho – 6 Sociedades empresárias familiares no direito argentino – 7 Conclusão – Referências

1 Introdução

A sociedade familiar, notadamente a sociedade constituída entre cônjuges, é questão ainda controversa no direito brasileiro, dada a restrição contida no art. 977 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10.1.2002). O referido dispositivo legal estabelece a possibilidade de cônjuges celebrarem contrato de sociedade

entre si, ou com terceiros, salvo se casados no regime de comunhão de bens ou no da separação obrigatória.

O teor do presente dispositivo motiva a discussão sobre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia privada é observada na constituição de negócios jurídicos, proporcionando às partes a liberdade de celebração de todo tipo de negócio, respeitados os limites legais. Dentro desse contexto, cabe o debate sobre os princípios aplicáveis à atividade empresarial, que são mitigados com a aplicação do art. 977 do Código Civil de 2002.

A compreensão da sociedade entre cônjuges e seu tratamento, em outros países, faz-se necessária para este estudo, tendo em vista que, se, no direito brasileiro a formação de sociedades entre cônjuges sempre foi alvo de controvérsia, no direito argentino esse tema não mais suscitado discussões, em face da modificação sofrida pela Lei nº 19.550, alterada com a aprovação da Lei Nacional nº 26.994.

O trabalho insere-se no ramo das ciências jurídicas e sociais, entre outras, nas áreas do direito de família, direito empresarial e civil. Uma breve abordagem no direito comparado, com ênfase no direito argentino, objetiva verificar o tratamento legal dado à sociedade entre cônjuges, naquele país.

Nessa conjuntura, indaga-se se o teor do comando normativo do art. 977 do Código Civil, de 2002, cria um entrave à constituição e desenvolvimento de atividades econômicas entre cônjuges, se há uma limitação legal ao princípio da autonomia privada. A hipótese é de que a restrição não se coaduna com a autonomia privada e a princiologia do direito empresarial, mormente os princípios da função social da empresa e da livre iniciativa e do trabalho. A posição assumida pelo Código Civil brasileiro, de 2002, não foi a mais adequada, em um contexto em que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são fundamentos da República.

Objetiva-se a alteração ou revogação do dispositivo legal brasileiro, permitindo-se aos cônjuges celebrarem contrato de sociedade, independente do regime de casamento. Para tanto, como metodologia, o trabalho é eminentemente bibliográfico, de natureza exploratória e interpretativa.

Assim, inicialmente, expõe-se o histórico do tema, com base nas leis e jurisprudências de cada época. Em seguida, discute-se a autonomia da vontade, a autonomia privada e os princípios da atividade econômica empresarial. Por fim, trata-se das sociedades entre cônjuges, no direito argentino.

2 Panorama histórico da sociedade entre os cônjuges, no direito brasileiro

Com o objetivo de sistematizar o estudo do referido tema, optou-se por um recorte, tomando como referenciais: primeiro, o período anterior à entrada em

vigor da Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada); em seguida, durante o período em que a Lei nº 4.121/1962 esteve em vigor; e, por fim, o advento da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil de 2002).

Assim, em 1914, já se discutia a questão da sociedade entre cônjuges. Nesse período, a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 1º, inc. 4, do Código Comercial (Lei nº 556/1850),¹ indeferiu arquivamento de contrato societário entre cônjuges. Alegou-se que a mulher casada não poderia celebrar referido negócio jurídico, sem autorização do seu marido. Tal decisão era referendada por doutrinadores da época, como J. X. Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira.

Os debates em torno da validade de tal sociedade foram revitalizados em 1927, quando a Junta Comercial do Distrito Federal recusou registro de sociedade entre cônjuges. Argumentou-se que a celebração de tal espécie contratual configurar-se-ia fraude ao regime de bens de casamento. Nessa ocasião, o caso foi levado à análise do Instituto dos Advogados do Brasil. Constituiu-se comissão formada por Isidoro Campos, Antônio Magarinos Torres e Antônio Pereira Braga. A comissão posicionou-se pela impossibilidade da sociedade, alicerçada nos seguintes argumentos:

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

Isidoro Campos e Antônio Margarino Torres fundamentaram seu posicionamento no Código Comercial vigente, art. 1º, inc. IV. Em voto vencido, Antônio Pereira Braga defendeu que o referido dispositivo legal aplicar-se-ia tão somente ao exercício do comércio individual, não abrangendo a contratação de sociedade entre marido e mulher. Concluiu sua defesa, no sentido de que não havia qualquer disposição legal que expressamente proibisse marido e mulher de contratar sociedade, razão pela qual sua constituição deveria ser aprovada pelas Juntas Comerciais (ZORTÉA, 1981, p. 148-152).

¹ “Art. 1º Podem comerciar no Brasil: [...] 4. As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização dos seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização”.

Ressalte-se que, no período anterior à entrada em vigor da Lei nº 4.121/1962, a doutrina e a jurisprudência, no Brasil, posicionavam-se a favor da impossibilidade de constituição de sociedade entre cônjuges. Entretanto, não havia, na época, qualquer dispositivo normativo que proibisse expressamente marido e mulher de constituírem sociedade entre si (CARNEIRO, 2008, p. 80).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), destacam-se dois julgamentos, em que o tribunal se manifesta sobre o tema. O primeiro data de 1937, em sede de Mandado de Segurança nº 258, de relatoria do Ministro Aulpho de Paiva. O segundo, em 1947, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 9.903, que teve como relator o Ministro Hahnemman Guimarães.

No primeiro julgamento, o STF entendeu pela não admissão de sociedade comercial entre cônjuges, e que qualquer entendimento em contrário iria de encontro à tradição brasileira e às relações morais e patrimoniais do casamento.

Segundo Rafael Carneiro (2008, p. 82), as decisões que recusavam legitimidade à sociedade constituída entre cônjuges se baseavam nos argumentos de que a referida personalidade jurídica equiparava o homem à mulher, ferindo o poder marital, independentemente do regime de bens adotado; sob o regime da comunhão de bens, prejudicava os credores, já que os bens sociais passariam a se confundir com os bens do casal; e, por último, sob o regime da separação de bens, nula seria a sociedade, pois sua constituição alteraria o regime matrimonial escolhido pelos cônjuges, unindo bens que não deveriam se comunicar.

Em 25.11.1947, o STF proferiu decisão, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 9.903, que se tornou o posicionamento majoritário sobre a questão. Decidiu que a sociedade entre cônjuges só se tornaria nula quando constituída com o intuito de alterar o regime matrimonial ou retirar do marido a direção da sociedade. (FREITAS; URBANO, 2014, p. 169).

Assim, de acordo com a referida manifestação do STF, a sociedade entre cônjuges “passava a ser permitida *a priori*, pois a má-fé não seria mais presumida e passaria a ser analisada no caso concreto” (FREITAS; URBANO, 2014, p. 169). Não obstante, os tribunais estaduais continuaram decidindo de forma divergente. Havia decisões proibindo a constituição de sociedades entre cônjuges e outras permitindo, dada a não existência de proibição legal expressa.

A entrada em vigor da Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) gerou mudanças significativas no direito de família, entre as quais destaca-se a alteração do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º.1.1916), no que dispunha a respeito do exercício de profissão lucrativa pela mulher. O art. 246 do Código Civil de 1916 passou a permitir o livre exercício de profissão lucrativa por parte da mulher, distinta da do marido. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal, foi estabelecida a incomunicabilidade dos bens e rendimentos da mulher, para pagamento de dívidas do marido, exceto aquelas revestidas em prol da família.

Essas mudanças, ocasionadas pela entrada em vigor da Lei nº 4.121/1962, influenciaram o regime jurídico do contrato de sociedade entre cônjuges. Segundo Marília Tonin (2004, p. 288), passou a preponderar, nas decisões jurisprudenciais, o entendimento de que a constituição de sociedade entre cônjuges era anulável, quando provada simulação, fraude ou infringência a preceito de lei.

Nesse sentido, destacam-se duas decisões do STF. Uma proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 61.582, em 28.11.1968, no qual o Relator Ministro Victor Nunes Leal entendeu que, a partir do estabelecimento de patrimônio da mulher em separado, frente ao do marido, a existência de fraude na celebração da sociedade dependeria da análise de cada caso. Assim, a simples existência de sociedade celebrada entre cônjuges não constituiria, por si só, violação da lei. Era necessário que se tivesse por objetivo a alteração do regime de bens.

Entendimento semelhante foi exposto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 76.953. O Relator Min. Thompson Flores decidiu que a sociedade entre cônjuges não era nula, pois nenhum texto assim a considerava, nem ilícito o seu objeto. Destacou, no entanto, que poderia ser anulável, quando provada simulação, fraude ou infringência a preceito de lei.

Segundo Rafael Carneiro (2008, p. 92), o advento da Lei nº 4.121/1961 ocasionou o assentamento jurisprudencial em favor da livre constituição de sociedade entre os cônjuges, no Brasil. De igual modo, passou a posicionar-se a doutrina nacional.

Em sede constitucional, a Constituição de 1988, ao consagrar, no seu art. 226, §5º,² a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, reforçou o posicionamento jurisprudencial e doutrinário em favor da possibilidade da sociedade entre cônjuges (FREITAS; URBANO, 2014, p. 172).

Na contramão da evolução doutrinária e jurisprudencial em favor da livre constituição de sociedades entre cônjuges, o Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406, de 10.1.2002, restringiu a atividade empreendedora entre marido e mulher, facultando aos cônjuges contratar sociedade entre si ou com terceiros, salvo se casados: no regime universal de bens; ou no regime de separação obrigatória. Nesse sentido, preleciona o art. 977: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si, ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.

Nesse sentido, é a ementa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.058.165-RS, em 14.4.2009 (data do julgamento), que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi:

² “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Direito Empresarial e Processo Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Ofensa ao art. 5º da LICC. Ausência. Ausência de prequestionamento. Violação aos arts. 421 e 977 do CC/02. Impossibilidade de contratação de sociedade entre cônjuges no regime de comunhão universal de bens ou separação obrigatória. Vedação legal que se aplica tanto às sociedades empresárias quanto às simples.

- Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado. Súmula 284/STF.

- Inviável a apreciação do recurso especial quando ausente o prequestionamento do dispositivo legal tido como violado. Súmula 211/STJ.

- A liberdade de contratar a que se refere o art. 421 do CC/02 somente pode ser exercida legalmente se não implicar a violação das balizas impostas pelo próprio texto legal.

- O art. 977 do CC/02 inovou no ordenamento jurídico pátrio, ao permitir expressamente a constituição de sociedades entre cônjuges, ressalvando essa possibilidade apenas quando eles forem casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória.

-As restrições previstas no art. 977 do CC/02 impossibilitam que os cônjuges casados sob os regimes de bens ali previstos contratem entre si tanto sociedades empresárias quanto sociedades simples.

Os fundamentos da restrição, contida no art. 977 do CCB, seriam basicamente: em relação ao regime universal de bens (art. 1.667, CC), para evitar confusão patrimonial e proteger o patrimônio familiar de uma suposta má administração da sociedade; quanto ao regime de separação obrigatória, para impedir que a sociedade entre cônjuges fosse usada com o objetivo de fraudar o regime de bens imposto pela lei (OLIVEIRA, 2009, p. 11).

O referido comando normativo não encontra correspondente no Código Civil de 1916. O diploma legal de 1916 não fazia qualquer restrição, quanto ao regime de bens, para a constituição de sociedades entre cônjuges.

Registre-se, no entanto, o Projeto de Lei nº 276/2007, de autoria inicial do falecido Deputado Ricardo Fiúza³, que altera o Código Civil de 2002. Entre as várias alterações previstas consta a modificação do art. 977 do CCB, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiro”. Assim, a sociedade entre cônjuges passaria a ser amplamente permitida, independentemente do regime de bens.

No Senado Federal, Projeto de Lei nº 611/2011 propõe alteração do art. 977 do CC, para facultar aos cônjuges contratar sociedade, independentemente do regime de bens adotado no casamento. O projeto apresenta a seguinte justificativa:

³ O projeto depois passou para a autoria do Deputado Léo Alcântara (PR/CE).

O art. 977 do Código Civil, na redação vigente, impede os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de contratar sociedade, entre si ou com terceiros. Trata-se de verdadeiro retrocesso, uma vez que, antes da entrada em vigor do novo Código Civil, tanto a doutrina como a jurisprudência haviam consolidado o entendimento de não haver impedimento para a sociedade entre cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens adotado no casamento. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário RE 104597/PR, julgado pela Primeira Turma em 10 de maio de 1985, no qual foi o relator o Ministro Rafael Mayer, cuja ementa estabelece que é legítima a sociedade por cotas que tenha como sócios exclusivos marido e mulher, tendo em vista que *sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos defeitos invalidantes de sua formação.* [...] Esta proposição tem por finalidade extinguir a vedação contida na legislação, que tem levado, inclusive, os cônjuges casados no regime da comunhão universal que queiram participar conjuntamente de uma sociedade a requerer preliminarmente a alteração do regime de bens, como autoriza o § 2º do art. 1.639 do Código Civil, único modo de viabilizar a sociedade entre eles. (BRASIL, 2011b)

As objeções apresentadas à mudança do art. 977 do CCB são basicamente de duas ordens. Primeira, para a sociedade de cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens, o §2º do art. 1.639 possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial. Segunda, quanto à sociedade entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, seria a permissão uma burla à própria lei (BRASIL, 2002, p. 17).

Dentro desse contexto, registre-se o teor normativo do PL nº 1.572/2011 que, segundo sua emenda, institui o Novo Código Comercial. O projeto trata do tema da sociedade entre cônjuges, no seu art. 121, sem nenhuma objeção ao regime de bens do casamento: “os casados podem ser sócios independentemente do regime de bens do casamento”.

O projeto do Novo Código Comercial se alinha com a doutrina e jurisprudência, anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002. Com isso, as sociedades voltariam a ser permitidas *a priori*. Em casos de atos ilícitos, como simulação ou fraude, a sociedade e/ou os seus sócios sofreriam as sanções cabíveis, como a invalidação da sociedade ou a desconsideração da sua personalidade jurídica (FREITAS; URBANO, 2014, p. 215).

3 Da autonomia da vontade

No que tange às sociedades entre cônjuges, o Novo Código Civil brasileiro criou uma regra que restringe a autonomia privada, em relação ao direito de associar-se. Destarte, a limitação da autonomia privada deve ser exceção e não regra,

no direito privado. Assim, os sujeitos de direito, respeitadas as limitações legais, podem fazer tudo quanto desejarem, celebrando todo tipo de negócio jurídico, que não lhe seja vedado (FREITAS; URBANO, 2014, p. 180-181).

Segundo Lucas de Oliveira (2016, p. 249), ter autonomia “é ter a possibilidade de desenvolver uma personalidade [...], é emergir como ser pensante”. Nesse sentido, a concepção de autonomia está entrelaçada à concepção de pessoa livre, criativa e em eterna construção. Para Hilton Japiassú e Danilo Marcondes (2006, p. 22), autonomia traduz-se na “liberdade política de sua sociedade capaz de governar-se por si mesma e de forma independente, quer dizer, com autodeterminação”.

O conceito de autonomia não é um conceito linear. Abrange abordagens filosóficas, sociológicas e jurídicas, havendo, no entanto, conexão entre essas diversas abordagens. A princípio, será dado um enfoque filosófico, realizado em dois períodos históricos: Antiguidade e Modernidade; para, em seguida, adentrar-se a discussão jurídica.

Na Antiguidade grega, o termo *autonomia* fazia referência, inicialmente, às cidades-estados. Como a própria etimologia do termo indicava (*autos*: a si; *nomos*: regra ou lei), a cidade teria autonomia, quando aos seus cidadãos fosse dada a capacidade de se atribuírem suas próprias leis. Ser governado por sua própria lei pode simbolizar tanto um individualismo exacerbado, quanto o respeito pelo desenvolvimento da pessoa, por meio do contexto da relação com os outros. Ressalte-se, no entanto, que o sentido literal da palavra faz referência à capacidade de viver em harmonia com suas próprias leis (GUSTIN, 1999, p. 44).

Destaca Lucas de Oliveira (2016, p. 251) que a característica peculiar da Antiguidade era a inserção do homem no meio em que vivia. Por isso, o homem aristotélico desenvolvia suas virtudes na *polis*. Na comunidade política, o ser individual aprendia a realizar sua natureza e alcançar seu verdadeiro fim.

Não obstante, a Antiguidade não se concentrava em um só período. Com isso, a noção de autonomia não é homogênea, ou única, nesse período. Para Miracy Gustin (1999, p. 45-45), não é possível referir-se a um ser autônomo, nas chamadas sociedades heroicas da Antiguidade, pois as estruturas de referência eram o parentesco e a esfera doméstica. Um homem só se distinguia quando entendia e desenvolvia seu papel na ordem familiar. O homem dessa fase não julgava, nem se afastava de seu meio. Nesse contexto, a liberdade e a autonomia do ser humano derivavam da liberdade e da autonomia de sua comunidade social.

Pondera Lucas de Oliveira (2016, p. 252) que, com Aristóteles, há maior espaço para o homem considerado em sua individualidade, ainda dentro da coletividade, que determina uma ordem moral objetiva e social. Assim, a autonomia, na obra de Aristóteles, é considerada em termos relativos. O conteúdo da consciência

humana não depende apenas do sujeito, mas também das possibilidades e circunstâncias objetivas.

Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), na sua *Ética a Nicômaco* (1973), considera imprudente considerar voluntárias somente as boas obras ou ações. A vontade e o desejo estão presentes tanto no bem quanto no mal. O homem deve ser sempre responsabilizado por seus atos, se é capaz de praticá-los com autonomia e deliberação. Essa abordagem da virtude de Aristóteles, como eleição da vontade, deu à autonomia um grande enfoque, pois a virtude é escolha, exercício. Mesmo assim, o homem ainda se encontrava ligado às estruturas coletivas (OLIVEIRA, 2016, p. 252).

Conclui Lucas de Oliveira (2016, p. 252): “o homem na antiguidade é um ser, antes de mais nada, social”. No entanto, houve um ganho de autonomia na fase homérica, aristotélica e também epicurista. Epicuro (341 a.C. – 270 a.C.) volta-se ao *factum*, procurando libertar o homem da fatalidade; com isso, propõe a ideia do desvio, professando a liberdade da vontade.

Atribui-se a Immanuel Kant (1724-1804) a moderna ideia de autonomia individual. Em diversas formulações, Kant caracteriza a autonomia como autolegislação, que implica a ideia de que os destinatários da norma é que devem decidir sobre sua validade. Ao mesmo tempo, Kant sustenta a existência de um imperativo categórico, ou seja, de uma lei moral que não depende da autolegislação, já que é considerada necessária e universal (SIECKMANN, 2008, p. 465).

Assim, o conceito de autonomia de Immanuel Kant (1960, p. 119) consiste na sujeição do indivíduo à sua vontade, à sua própria legislação, que é, ao mesmo tempo, individual e universal. É, a partir da vontade, que Immanuel Kant chega ao conceito de autonomia. Uma autonomia que só se determina em virtude de sua própria lei, e não por um interesse externo.

Nesse contexto, deve-se observar que, para distinguir moral e direito, Immanuel Kant define dois tipos de imperativos: o primeiro, que prescreve determinada ação considerada boa por si, ou seja, objetivamente necessária por si mesmo, por isso categórica e de cumprimento incondicional, o chamado imperativo categórico; o segundo, que prescreve uma ação que não é boa por si mesma, em sentido absoluto, e cujas ordens destinam-se a alcançar determinado fim, imperativo hipotético (GUSTIN, 1999, p. 60).

Sobre o imperativo categórico, Immanuel Kant (1960, p. 46-47) explica “que a ação é representada como boa em si, por conseguinte, como necessária numa vontade em si, conforme a razão como princípio dessa vontade”. Já no imperativo hipotético, “representa a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer”.

Com isso, quando Immanuel Kant trata do problema de como o imperativo obriga, ele aborda a questão da vontade. O fato é que um imperativo categórico

não pode nos obrigar por interesses externos, senão ele se torna hipotético. Suas ideias, quando contestadas, apresentam os seguintes argumentos:

[...]alguns autores rechazanla existência de normas morales vinculantes, precisamente, como consecuencia de la ideia de auto-legislacao individual. Por ejemplo, G.RADBRUCH propone una concepción de lalibredad que sólo permite justificar las normas de laprópia consciência de cada cual, pero no normas vinculantes para otros. R. P. WOLF piensa que los principios morales universalmente válidos no se pueden justificar sobre la base de la autonomia individual, y que lasnormsmoralessólo pueden resultar de lasobligacioneslibremente assumidas. De maneira semejante, R. BITTNER entende que la autonomia individual y laobligatoriedade moral sonincompatibles. Y. P. BAUMANN considera equívoca la ideia de autonomia como auto-legislación individual, y concluye que no deberíaseguirse. (SIECKMANN, 2008, p. 468-469)

Ressalte-se que a liberdade em Immanuel Kant é a liberdade de agir segundo leis. As leis descrevem relações de causa e efeito, e os homens são livres, quando causados a agir. Nos seres racionais, a causa é o próprio arbítrio. Mesmo nas ações causadas, obedece-se à lei, que é a condição limitante da liberdade de ação. Assim, a liberdade tem leis. É este o conceito positivo de liberdade. [...] “Designa a liberdade como autonomia; ou a propriedade dos seres racionais de legislarem para si próprios” (ANDRADE, 2006, p. 54).

A partir do pensamento de Immanuel Kant, o homem apresenta-se como um ser detentor de autonomia, adquirida por meio da razão soberana, que possibilita, ao mesmo tempo, uma legislação individual e universal.

4 Autonomia como princípio jurídico: a autonomia privada

De acordo com Lucas de Oliveira (2016, p. 257), a abordagem jurídica de autonomia deu-se com o advento do Estado Liberal. Sem esquecer que a noção de autonomia entrelaça várias concepções. Foi a partir do Estado Liberal que se desenvolveu o pensamento jurídico mais sistematizado sobre esse instituto. Assim, passa a autonomia da vontade a exercer importante função no modelo jurídico ocidental.

Segundo Ana Prata (1982, p. 76-78), o conceito de liberdade individual possui uma justificação ideológica de ruptura com a ideologia feudal e as necessidades de produção, em termos capitalistas. Essa concepção levou à formulação de um pensamento de liberdade extremamente amplo. Partia-se do pressuposto de que todos eram iguais, em face da lei e entre si. No entanto, a liberdade não foi capaz de aplacar a figura do abuso de direito. De tal sorte que a ação do Estado,

de incentivadora passou a interventora, com funções claras de regulamentação do negócio jurídico.

A autonomia encontra-se no campo da mais ampla liberdade de deliberação, possibilitando aos indivíduos se autorregular em na esfera particular. No entanto, o negócio jurídico, ao moldar seus efeitos, reduz a liberdade. Autonomia da vontade, quando adentra o sistema jurídico, transforma-se em autonomia privada que, para Ana Prata (1982, p. 10-25), traduz-se em uma questão de limites. Limites que são reflexos de normas jurídicas. Contudo, a autonomia privada designa apenas um aspecto da liberdade: a liberdade negocial. A autonomia privada é instrumento de atuação e/ou concretização de tutela ou defesa de interesses privados.

Segundo Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2004, p. 122, citando Ferri, 1959, p. 255), “a autonomia privada estaria situada no âmbito de criação das normas jurídicas pelo particular, sempre atribuído pelo ordenamento”. Sob a escusa de afastar a visão de autonomia, do aspecto individualista, recorre-se ao intervencionismo legal do Estado, com o objetivo de coibir abusos pelos particulares.

É nas relações contratuais que o princípio da autonomia privada encontra sua melhor expressão. A regra é que, nas relações contratuais, os particulares podem agir de forma autônoma. Os limites impostos pela lei seriam exceções, por mais que, atualmente, essa exceção venha virando regra, dado o aumento de limites impostos pela lei. A ideia é que a intervenção pública não deve alterar a natureza da autonomia privada. A função do Estado é dirigir e tutelar a dinâmica do ordenamento privado, principalmente nas situações de abuso, nas relações de consumo, empresarial e trabalhistas (PRATA, 1982, p. 37-45).

Dentro dessa óptica, Otávio Luiz Rodrigues (2004, p. 122) aponta o exagero da visão normativa, contida no art. 421 do Código Civil de 2002. Segundo o autor, o dispositivo sujeita a autonomia privada da vontade não somente aos limites, mas à interpretação do que venha a ser a função social do contrato. Conclui que o condicionamento do exercício da autonomia privada à função social opera um giro radical: “do abuso do individualismo passa-se à opressão do estatismo”.

O acentuado papel do Estado, no domínio dos sujeitos privados, deve cessar, quando desnecessário. Não obstante, o interesse público deve ser um elemento intrínseco do negócio jurídico, já que a vontade está subordinada à lei, havendo, portanto, sempre uma mediação legal na conformação de interesses das partes (PRATA, 1982, p. 42-52).

Para Ana Prata (1982, p. 43), a intervenção do Estado na economia pode operar-se de duas formas: negando eficácia jurídica à vontade privada, quando resultarem consequências nefastas para o bem-social; ou conformando os efeitos jurídicos desencadeados pela manifestação de vontade. Nesse caso, a regulamentação do negócio jurídico pelo Estado apresenta limites negativos, ligados à eficácia do negócio jurídico; e limites positivos, ligados à validade.

Antônio Junqueira de Azevedo (1986, p. 77), ao abordar a autonomia e questionar o que ela vem a ser, discorre sobre a visão que denomina de “francesa”, correspondente à noção de liberdade ou de possibilidade de a pessoa agir ou não agir, de um modo ou de outro; [...] “é uma esfera de autodeterminação individual que pode, ou deve, ser maior ou menor, segundo a maneira de ver dos vários autores”. Pondera que a questão principal consiste na fixação dos limites da autonomia individual, diante do Estado, e no alcance das normas de ordem pública.

Concebida “à italiana”, a autonomia, para Antônio Junqueira de Azevedo (1986, p. 77-80), vem relacionada com o seu significado de dar normas para si mesmo; aí surge o negócio jurídico, como exercício do poder, dado ao particular de autorregular os seus interesses. Observa o autor que “tanto num caso quanto noutra, há conotações que levam a julgar imprópria a expressão para significar os fundamentos do negócio jurídico”. Em síntese, conclui que a autonomia de vontade concebida como liberdade de agir é excessivamente individualista para fundamentar o negócio jurídico.

5 Principiologia do direito empresarial: a função social e a livre iniciativa e do trabalho

A conceituação de função social é alvo de controvérsias na doutrina brasileira, e, por isso, assume várias formas, com diversos posicionamentos. Nota-se, no entanto, que a ideia de função social coincide com o momento em que a autonomia da vontade, no sentido de liberdade simples, privada, adentra o sistema jurídico.

Raquel Sztaján e Vera Helena Franco (2008, p. 269) enumeram várias correntes de pensamento, pelas quais a função social pode apresentar-se. A primeira delas defende que a função social, aplicada à propriedade dos meios de produção, consiste em uma abstenção do dever de exercer a atividade econômica, de forma não prejudicial aos interesses da coletividade.

A segunda teoria, juntamente com a primeira, é chamada de clássica, e entende a função social como compreensiva de comportamentos positivos, cuja realização consiste: ora no dever de organizar, explorar e dispor; ora na realização de interesses externos, coletivos, cuja acepção pode variar de autor para autor (SZTAJAN; FRANCO, 2008, p. 269).

Além dessas doutrinas clássicas, pode-se citar a teoria da função social com conteúdo metajurídico. Nesse caso, a função social confundir-se-ia com caracteres políticos, ao invés de jurídicos. Isso ocorre quando a função social se confunde com os interesses do Estado. Ressalte-se, ainda, a teoria que conceitua a função social, de acordo com o princípio da solidariedade, buscando o equilíbrio entre o econômico e o social (SZTAJAN; FRANCO, 2008, p. 273).

A teoria da função social pela livre entrada no mercado baseia-se na ausência de intervenção estatal. Consiste em um duplo dever de agir; que pode ser resumido: primeiro, no dever de colaborar com a realização do bem-comum; e, segundo, prover ao que se chama de responsabilidade social interna, que consiste em atender às necessidades dos que trabalham na empresa, promovendo o seu aperfeiçoamento físico, técnico e moral (SZTAJN; FRANCO, 2008, p. 275).

O Código Civil de 2002, ao trazer a figura da função social do contrato, assim o fez como cláusula geral. A ausência de um limite claro, para a aplicação da cláusula geral da função social, deu azo a várias posições. Segundo Rodrigo Rebouças (2011, p. 215), a função social do direito obrigacional e, em especial, do contrato deve estar ligada ao bem comum e por este limitada. Assim, buscam-se evitar aplicações abusivas que poderão trazer prejuízos econômicos para o país e agentes econômicos.

No entanto, isso não significa que os direitos e deveres das relações empresariais e/ou obrigacionais devem ser afastados, sob a alegação de que a função social, à busca do bem comum, é superior ao direito obrigacional, sob pena de desestabilização do sistema jurídico e econômico de uma nação (REBOUÇAS, 2011, p. 215).

A função social, como cláusula geral, deve garantir ao juiz, na análise de um caso concreto, certa dose de liberdade para decidir. Assente-se que essa liberdade não é absoluta. Ao aplicar a função social, deve-se observar o bem comum a ser alcançado, a justiça ao caso concreto, ponderando os limites da adequação, necessidade e proporcionalidade. “A função social acaba cumprindo verdadeiro papel limitador de atuação do direito obrigacional, alterando o antigo conceito de autonomia da vontade para o contemporâneo conceito de autonomia privada” (REBOUÇAS, 2011, p. 218).

A ideia de função social, no direito privado, desenvolveu-se no sentido de se alcançar um objetivo: os interesses coletivos e/ou o bem comum. Com isso, no entanto, não se deve esquecer de que os contratos, a propriedade e, especificamente, a empresa são instituições sociais que possuem, por seu dinamismo e importância, uma enorme função social.

O sistema econômico de mercado ou capitalista, adotado pela Constituinte de 1988, elevou, a princípio, a liberdade econômica ou livre iniciativa. Este princípio traduz a liberdade de atuar e de participar do mercado, como espaço de troca, produzindo, vendendo, fazendo a circulação de bens e serviços. A livre iniciativa, bem como a liberdade econômica, também encontra limites de atuação, que são verdadeiros limites constitucionais à atividade privada como um todo. Tais limites consistem na defesa do consumidor, na defesa do mercado, no repúdio à concorrência desleal, entre outros. Esses limites devem ter como parâmetro situações de abuso por parte do agente econômico.

O princípio da livre iniciativa encontra ressonância no mandamento constitucional da função social. Como consequência, exige-se que a autonomia privada atenda aos ditames da função social, por isso decretam-se medidas de proteção aos “chamados” mais fracos, como os consumidores (REBOUÇAS, 2011, p. 227). Assim, o fato é que, embora a livre iniciativa seja um dos fundamentos da República Federativa brasileira, tal princípio encontra uma limitação na função social, entendida como uma garantia prestada pelo Estado, no sentido de fiscalizar as atividades empresariais, com o objetivo de preservar a sociedade de abusos.

6 Sociedades empresárias familiares no direito argentino

As sociedades comerciais, na Argentina, encontram-se reguladas pela Lei nº 19.550. A referida lei sofreu modificações, com o Novo Código Civil e Comercial Unificado, Lei nº 26.994. No que tange às sociedades entre cônjuges, a antiga redação facultava a constituição de sociedades, independentemente do regime de casamento, havendo, no entanto, uma restrição, quanto aos tipos societários aplicáveis. Conforme a Lei nº 19.550, só poderiam ser constituídas sociedades entre cônjuges, as que adotassem a forma de sociedade anônima ou de responsabilidade limitada.

Artículo 27. Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Cuando uno de los cónyuges adquiriera por cualquier título localidad de snociodel outro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá conformarse en el plazo de seis (6) mese o cualquiere de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un terceiro en el mismo plazo.

A sociedade constituída com violação desse dispositivo era considerada nula, segundo art. 29 da Lei nº 19.550:

Artículo 29. Es nula la sociedad que viole el artículo 27. Se liquidará de acuerdo con la Sección XIII. La infracción del artículo 28, sin perjuicio de la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado, hace solidaria e ilimitadamente responsables al representante del menor y a los consocios mayores de edad, por los daños y perjuicios que sufra el menor.

Se a sociedade fosse nula, deveria ser liquidada. No entanto, a lei não mencionava a produção de efeitos retroativos e, com isso, entendia-se que a sociedade careceria de personalidade, durante o processo de liquidação (DINIZ, 2012, p. 103). Esse dispositivo causava divergência dentro da doutrina. Para Guillermo Las Cuevas (1997, p. 137-138), as sociedades deveriam ser anuláveis, como forma

de preservar os efeitos das relações jurídicas já firmadas, em benefício dos sócios e de terceiros de boa-fé.

De acordo com o art. 29, se um cônjuge adquirir a qualidade de sócio de outro, de forma derivada (após a constituição), em alguns dos tipos societários vedados pela lei, a sociedade deverá se transformar em um dos tipos permitidos, dentro do prazo de 6 (seis) meses, ou um dos cônjuges deverá ceder sua parte a outro sócio ou a terceiro, em igual prazo.

A Lei Nacional nº 26.994, que sancionou o Novo Código Civil e Comercial, alterou o nome da Lei nº 19.550, Lei das Sociedades, para “Empresas Lei Geral 19.550, de 1980”, que passou a vigorar, a partir de 1º.8.2015. Quanto à sociedade entre cônjuges, o seu conteúdo também foi alterado:

Artículo 27. Los cónyges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV.

Portanto, com a nova redação da Lei nº 19.550, as sociedades constituídas entre cônjuges podem adotar qualquer tipo de sociedade, não havendo mais nenhuma restrição quanto à forma societária. A mudança trouxe clareza ao dispositivo, acabando com as controvérsias, em relação à nulidade da sociedade constituída em desobediência à norma 27, além de privilegiar a autonomia das partes, quanto à escolha do tipo societário.

7 Conclusão

A partir das considerações apresentadas, pode-se concluir:

- a) O preceito do art. 977, do Código Civil de 2002, veio na contramão da evolução doutrinária e da jurisprudência a favor da livre constituição de sociedades entre cônjuges. Reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) já tinham se posicionado, no sentido de atribuir validade às sociedades constituídas entre marido e mulher, máxime após a promulgação do Estatuto da Mulher Casada.
- b) A vedação da sociedade entre cônjuges, no direito brasileiro, é norma restritiva de direitos, devendo ser aplicada sempre de forma limitada, observando-se o caso concreto e o princípio da autonomia privada.
- c) O teor do art. 977, do Código Civil brasileiro de 2002, cria um entrave ao desenvolvimento da atividade empresarial e da livre iniciativa. O direito à livre iniciativa, consagrado constitucionalmente, consagra a liberdade de lançar-se à atividade econômica. O Estado só deve interferir em casos de abuso econômico.
- d) A sociedade empresária exerce uma função social. Assim, as restrições à atividade empresarial devem ser sempre sopesadas, no sentido de não

gerarem incertezas às relações de mercado, que atendem à função de geração de riquezas.

- e) O legislador, ao aprovar a redação do art. 977, do Código Civil brasileiro, criou uma presunção de fraude e má-fé, em vez de privilegiar a autonomia das partes e o princípio da boa-fé.
- f) No direito argentino, a recente alteração da Lei nº 19.550 pelo Novo Código Civil e Comercial argentino (Lei nº 26.994) acabou com a divergência doutrinária, quanto ao conteúdo da norma do art. 29 da Lei das Sociedades Comerciais, que determinava a nulidade da sociedade que violasse o art. 27. A nova redação da Lei nº 19.550 facultou aos cônjuges a adoção de qualquer tipo de sociedade, não havendo nenhum tipo de restrição, quanto à adoção da sua forma.

Entrepreneurial societies between spouses and the principle of private autonomy: a comparative study between Brazil and Argentine

Abstract: The article has the scope to analyze the business partnerships between spouses, with the purpose of discussing the restriction contained in art. 977 of the Brazilian Civil Code which prohibits the constitution of a partnership between married spouses in the regimes of universal communion and compulsory separation of assets. The hypothesis is that this restriction violates private autonomy and the principles of business law, especially the principles of the social function of business, free initiative and work. A brief overview of the societies between spouses in Argentine law, with a view to the constitution of family societies is not just a Brazilian reality. However, it is verified that the Law of Commercial Societies of Argentine law does not deal with any restriction similar to that of Brazilian law. Within this view of argument, the present research is bibliographic, exploratory and interpretative. As a research problem, it is asked if the seal contained in art. 977 of the CCB is legally acceptable. In this context, the study aims to contribute to the discussion of the amendment of article 977 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Partnership between spouses. Autonomy of the willing. Restrictions. Argentine law.

Summary: **1** Introduction – **2** Historical panorama of partnership between spouses, in the Brazilian Law – **3** Of the autonomy of the will – **4** Autonomy as a legal principle: private autonomy – **5** Principle of business law: social function and free initiative and work – **6** Family business associations in Argentine – **7** Conclusion – References.

Referências

ANDRADE, Regis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 11 ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 2.

ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley 26.994. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ARGENTINA. *Ley de Sociedades Comerciales*. Lei n. 19.550, T.O 1984. Disponível em: <servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/texact.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Edições do Autor, 1986.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.572/2011*. Institui o Novo Código Comercial. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 276, 1 de março de 2007*. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 611, de 2011*. Altera o artigo 977 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília: Senado Federal, 2011b. Disponível em: <www25.senado.leg.br/web/atividade/matérias/-/matéria/102587>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CABENELLAS LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho societário. Parte general- sociedades nullas, irregulares y de hecho. Buenos Aires: Heliasta, 1997.

CARNEIRO, Rafael Jabur. *Sociedade entre cônjuges no Código Civil (Artigo 977)*. 2008. 139 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2008.

DINIZ, Fernanda Paula. *Sociedades empresariais entre cônjuges e os instrumentos de combate e prevenção à fraude*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FREITAS, Bernardo Vianna; URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Velhos e novos pensamentos sobre a sociedade entre cônjuges. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

KANT, Emanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Coimbra: Instituto de Alta Cultura, 1960.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Reflexões sobre o princípio da autonomia privada. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (Org.). *Direito civil na contemporaneidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Maria Clara Galacho Quesada de. *Sociedade empresária entre esposos*. Artigo Científico (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/mariaclaraoliveira.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Uma análise dos mandamentos constitucionais que influem no direito obrigacional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 14, v. 28, p. 203-235, jul./dez. 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, jul./set. 2004.

SIECKMANN, Jan-R. El concepto de autonomía. *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 465-484, 2008.

SZTAJN, Raquel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação de empresa em crise*. São Paulo: Elsevier, 2008.

TONIN, Marta Marília. Sociedade empresarial entre cônjuges e o art. 977 da lei 10.406/02: exercício pleno da cidadania? In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Org.). *Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

ZORTÉA, Alberto João. *A sociedade comercial entre marido e mulher no sistema nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Ivanna Pequeno dos; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Sociedades empresárias entre cônjuges e o princípio da autonomia privada: um estudo comparado Brasil – Argentina. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 87-104, maio/ago. 2018.

Data de recebimento: 20.06.2018

Data de aprovação: 10.07.2018