

nem sempre fácil de apurar e de efetivar-se.”

Assim, mesmo que o Decreto-lei n. 254 de 1967, tivesse revogado na sua

totalidade o Código de 1945, seria cabível a ação proposta pela recorrida.

Newton Silveira

SOCIEDADE COMERCIAL — Marido e mulher — Nulidade — Embargos de terceiro — Improcedência — Recurso provido.

A sociedade civil ou comercial entre marido e mulher não é legal, sendo nula a sua inscrição no Registro Civil ou na Junta Comercial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 140.261, da comarca de São Paulo, em que é apelante Nações Unidas — Empreendimentos Comerciais e Imobiliários Ltda. e apelado Supermercados Angélica Ltda.: Acordam, em Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Civil por votação unânime, adotado o relatório de fls. como parte integrante dêste, dar provimento ao recurso.

Os embargos de terceiro apresentados pela apelada, na ação executiva que a apelante move a Michel Jorge Gorissalti, foram julgados procedentes e insubsistente a penhora, sob o fundamento de que a penhora recaiu em bens pertencentes à embargante, que, como personalidade jurídica distinta, não se confunde com as pessoas dos sócios que a compõem.

Tal princípio, no caso, não pode prevalecer, pois a embargante é constituída por 2 únicos sócios que são entre si, marido e mulher, casados pelo regime de comunhão de bens, sociedade esta que é nula, de pleno direito.

Tem aplicação, neste caso, a lição expendida pelo acórdão da Terceira Câmara dêste Tribunal, publicado no vol. II/79, dos *Julgados* dêste Tribunal, que, textualmente, ensina: “A sociedade civil ou comercial, formada apenas por duas pessoas, que sejam marido e mulher, não pode ser tida como legal e existente, sendo nula, absolutamente, sua inscrição no Registro Civil ou na Junta Comercial, seja qual fôr o regime de bens do casamento, mas, sobretudo, quando êste fôr o da comunhão de bens.” “Isso porque tal sociedade visa a modificação do estado que a lei estabelece para a própria sociedade conjugal, entre marido e mulher, com o objetivo de não envolver

todo o patrimônio do casal nos azares do comércio.”

Assim, inadmissível a sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada entre marido e mulher, porque salienta Anacleto de Oliveira Faria, “estar-se-ia adotando o princípio da limitação da responsabilidade do comerciante individual”, que a lei não prevê (*Julgados*, vol. II/79).

Conseqüentemente, a embargante, ora apelada que é constituída por 2 únicos sócios que são marido e mulher, não pode ser tida como existente e a penhora impugnada deve subsistir, pois, no caso, o patrimônio da embargante se confunde com o patrimônio do executado, de vez que a sociedade comercial constituída entre marido e mulher, por cotas de responsabilidade limitada, tem apenas existência fictícia, não tendo o condão de impor qualquer limitação da responsabilidade de comerciante individual, que outro não é o marido, sócio da mulher, numa sociedade por cotas de responsabilidade limitada fictícia.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de, reformada a decisão recorrida, julgar os embargos improcedentes e subsistente a penhora, respondendo a embargante, ora apelada, pelas custas do processo e os honorários de advogado da parte contrária, êstes arbitrados em 15% sobre o valor atribuído aos embargos. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento o Juiz Pinheiro Franco.

São Paulo, 13 de agosto de 1970 — *Alves Barbosa*, pres. com voto — *Moreno Gonzalez*, relator.

(Apelação Cível n. 140.261 — TACivSP — Pub. RT, vol. 418/213).

COMENTÁRIO

Insidiosa tentação do magistrado é a de se tornar legislador por conta própria, induzindo o litígio submetido ao seu julgamento uma norma geral de vida em sociedade, válida para todos os casos futuros, análogos ou semelhantes. Num momento em que, sob o excelente pretexto de se aprimorar o Poder Legislativo, obtém-se de fato a supressão dos últimos vestígios da representação popular, nunca é demais lembrar a juizes e tribunais, sobretudo os melhores — como é o caso vertente — os limites formais de um ato de julgamento em regime democrático.

Não se põem em dúvida as razões de fato que levaram o Tribunal a se convencer de que uma das litigantes — sociedade por cotas de responsabilidade limitada entre marido e mulher — não passava de uma grosseira fraude à lei, não podendo por conseguinte merecer a proteção judicial. O que se contesta é a necessidade em que se sentiram os magistrados de justificar essa decisão pela peremptória afirmação de uma regra geral mais do que discutível no estado atual do nosso Direito.

Como é sabido, a doutrina jurídica nacional mais autorizada condenava sem apêlo, no passado, as sociedades comerciais entre cônjuges. Segundo J. X. Carvalho de Mendonça, elas feriam não apenas o princípio do poder marital, como também o da imutabilidade do regime de bens no casamento, consagrado pelo art. 230 do CC. Escrevendo anteriormente ao Decreto n. 3.708, de 1919, o grande comercialista raciocinava unicamente com base nas sociedades comerciais ditas solidárias. Evitando a objeção de que, em se tratando de casamento pelo regime da comunhão universal, a constituição pelos cônjuges de uma sociedade em nome coletivo em nada alteraria aquêle regime, acrescentou ao seu raciocínio argumento de outra ordem:

a atividade de uma sociedade comercial entre cônjuges constituiria uma perpétua fonte de enganos para os credores sociais, que acreditariam sempre na existência de mais um sócio, oculto sob a firma social (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3.º vol. n. 646).

Sem discutir a qualidade dêste último argumento, convém no entanto assinalar desde logo que êle, só por si, não autorizaria a conclusão da nulidade da sociedade comercial entre cônjuges; pois a mera possibilidade de ludíbrio a terceiros não constitui nem mesmo, a rigor, um caso de simulação, que em qualquer hipótese não induz nulidade absoluta em nosso Direito.

O acórdão, ora examinado, ainda apresenta mais outra razão, sem dúvida a pior de tôdas, para justificar a nulidade das sociedades de responsabilidade limitada entre cônjuges: tratar-se-ia de uma forma tortuosa de se evitar a aplicação do princípio da ilimitação da responsabilidade do comerciante individual. O argumento é daqueles que tipicamente provam demais. Por que não declarar nulas então, de modo geral, as sociedades limitadas de reduzido capital entre sócios de patrimônio individual opulento?

Na verdade, quando Carvalho de Mendonça escrevia o seu *Tratado*, tinha os olhos postos no direito francês, que pelo seu prestígio influenciou largamente os nossos juristas daquela geração.

É sabido que no curso do Século XIX a jurisprudência francesa firmou de modo absoluto o princípio da nulidade das sociedades comerciais de pessoas entre cônjuges, invocando não só os dois primeiros argumentos acima mencionados — a irrevogabilidade do regime de bens no casamento, e o princípio do poder marital — como ainda vários outros: o fato de que tais sociedades constituiriam um risco permanente para o pa-

trinhão familiar; a proibição legal das vendas entre cônjuges (Código de Napoleão, art. 1.595); o princípio da revogabilidade das doações entre esposos (idem, art. 1.096); a necessidade de se defender o princípio majoritário no funcionamento das sociedades, dada a existência de dois sócios com uma única vontade (cf. Ripert e Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, tomo I, 6.^a ed., n. 729).

Mas já de há muito a doutrina submetia tais argumentos, naquele país, a uma crítica esclarecedora. Quanto à irrevogabilidade do regime de bens no casamento, lembrava-se que o princípio não podia se considerar ofendido nas hipóteses em que a constituição da sociedade comercial precedia o casamento, e não lhe sucedia. No que se referia ao princípio da chefia da família pelo marido, a doutrina francesa sublinhava que ele nunca impediu pudesse o marido autorizar a mulher a praticar atos de alienação de bens ou de assunção de responsabilidades; ademais, toda a evolução do direito civil moderno, neste particular, vai no sentido do superamento do poder marital pelo princípio da colaboração entre os cônjuges em benefício da família. No que se referia ao risco excepcional que as sociedades comerciais entre cônjuges acarretariam para o patrimônio familiar, lembrou-se que a partir da introdução da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, no direito francês, esse risco tornara-se muito relativo. Finalmente, quanto aos demais argumentos, replicava-se que a simples possibilidade de fraude não poderia fundamentar um regime de nulidade absoluta e geral, produzindo conseqüências de todo injustas, em casos particulares, como por exemplo a dissolução forçada de uma sociedade constituída entre sogro e genro, quando pela morte daquele a sua parte social é recolhida integralmente pela filha. Ademais, se essa possibilidade de fraude existe nas sociedades entre côn-

juges, estará ela porventura ausente das demais sociedades familiares, como aquelas formadas entre pais e filhos?

Tais críticas absolutamente sensatas, encontraram repercussão cada vez maior na jurisprudência francesa posterior a 1945, e acabaram sendo acolhidas pelo legislador. O art. 1.841 do CC, referente à sociedade particular, modificado pela ordenação de 19.12.1958 e pela Lei n. 538, de 24.7.1966, passou a conter a seguinte disposição:

“Deux époux peuvent, seuls ou avec d'autres personnes, être associés dans une même société et participer, ensemble ou non, à la gestion sociale. Toutefois, cette faculté n'est ouverte que si les époux ne doivent pas, l'un et l'autre, être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.”

Com a promulgação entre nós do chamado estatuto da mulher casada (Lei n. 4.121, de 27.8.1962), os termos do problema alteraram-se profundamente em nosso direito positivo, como salienta João Eunápio Borges (*Curso de Direito Comercial Terrestre*, 3.^a ed., n. 150). Em primeiro lugar, excluiu-se a mulher casada do rol das pessoas incapazes, e deu-se-lhe a função de colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, incumbida de velar, juntamente com este, pela direção material e moral da família. Ademais, introduziu-se o princípio legal da limitação da responsabilidade do patrimônio conjugal pelas dívidas firmadas por um só dos esposos, qualquer que seja o regime de bens no casamento (art. 3.^o).

Tem-se daí que os dois principais argumentos expendidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras para declarar nulas as sociedades entre cônjuges deixaram praticamente de existir. A regra do poder marital na chefia da família, como salientavam de há muito os juristas franceses, não autorizava por si só a conclusão de que a constituição de tais

sociedades importasse em ofensa à lei. Com o advento da Lei n. 4.121, essa interpretação é singularmente reforçada pelo fato de que a mulher passou expressamente de subordinada à condição de colaboradora do marido na chefia da família, podendo até mesmo exercer profissão fora do lar sem necessidade de autorização marital.

Por outro lado, firmado o princípio da limitação legal da responsabilidade do patrimônio familiar, independentemente do regime de bens adotados pelos cônjuges, a invocação do art. 230 do CC tornou-se incabível na maior parte dos casos. Assim, se o regime de bens é o da comunhão, as sociedades de responsabilidade limitada entre marido e mulher podem, tal o seu capital, representar até mesmo um reforço da responsabilidade individual de cada um dos cônjuges, e de qualquer modo não podem ser tidas como incompatíveis com aquele regime matrimonial de bens. O mesmo se diga, com maioria de razão, das sociedades chamadas solidárias.

Se, ao contrário, o casamento foi celebrado sob o regime da separação de bens, nada impede logicamente que os cônjuges associem seus recursos próprios num empreendimento comum, com limitação de sua responsabilidade individual pelas dívidas sociais. Não se pode *a priori* pretender que, pelo simples fato de se constituir sociedade, houve infringência ao regime da separação de bens no casamento, pois se assim fôsse dever-se-ia também, na mesma linha de princípio, proibir a outorga de pro-

curação de um cônjuge a outro para a alienação de bens.

Resta, portanto, uma única hipótese em que se pode reconhecer em tese que a constituição de uma sociedade entre marido e mulher representa violação do princípio de imutabilidade do regime matrimonial de bens: é a da sociedade solidária (por exemplo: em nome coletivo) entre cônjuges casados sob o regime da separação (sic, João Eunápio Borges, op. cit., *ibidem*). Mesmo nesta hipótese, porém, e seguindo o ensinamento da doutrina francesa, acrescento que a nulidade não pode ser invocada quando o casamento sucedeu à existência da sociedade entre os cônjuges.

Dito isto, é mister lembrar que os direitos dos credores não ficam por isso ao desamparo diante de sociedades fraudulentamente constituídas entre marido e mulher. Tais sejam as circunstâncias de cada caso concreto, é de se reconhecer a existência de uma *simulação* no contrato social (CC, arts. 102 e segs.), tornando-o por conseguinte anulável.

De qualquer modo, ainda que nulas tais sociedades, não se pode passar em silêncio a afirmação absolutamente inadmissível do acórdão de que elas "não podem ser tidas como existentes". Não é preciso invocar a teoria da inexistência, como fenômeno distinto da nulidade *lato sensu* (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 2.^a ed., n. 112), para se saber que nenhum ato nulo, e *a fortiori* anulável, pode ser tido por juridicamente inexistente.

Fábio Konder Comparato