

Anotações sobre o ‘contrato consigo mesmo’ e a ‘disregard doctrine’¹

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça.
Advogado em Porto Alegre e Brasília

I

Analisando o chamado ‘contrato consigo mesmo’, é necessário de início precisar que não se cuida da hipótese, de todo impossível, de contrato *entre uma pessoa e a própria pessoa*.

Assim, a respeito, manifestou-se Giovanni Balbi:

“Quando si domanda se una persona possa concludere, da sola, un contratto, non si domanda se essa possa formare un vincolo tra sè e sè, il che è evidentemente impossibile, poichè diritti e doveri si stringono tra soggetti giuridici differenti, e nessuno può vantare un diritto verso se stesso cui egli abbia il dovere di ottemperare.

Non si tratta di vedere se Tizio possa legarsi le mani da solo, ma se egli possa legare, colla sua sola forza, la sua mano con quella di Caio, o la mano di Caio con quella di Sempronio” (“La Stipulazione del Contratto ad Opera di una Sola Persona”, in *Studi di Diritto Privato*, sob direção de Mario Rotondi, vol. XXII, Cedam, Padova, 1936, ps. 2-3) (grifamos).

Em suma, duas são as hipóteses: ou uma pessoa contrata sendo ela mesmo parte no negócio e ao mesmo tempo representante da outra parte, ou contrata como representante de ambas as partes (usada a palavra ‘parte’ em sentido material). E prossegue o aludido autor:

“Mentre nella prima ipotesi si trovano di fronte il rappresentante ed il rappresentato, nella seconda il contratto si perfeziona tra due persone estranee l’una all’altra, quantunque per mezzo di un rappresentante comune” (ob. cit., p. 3).

Esta distinção é igualmente explicada pelo Prof. Francisco de Assis Bomfim Viana, em artigo de doutrina onde refere a *autocontratação*, em que uma das partes “assume concomitantemente as vestes de representante e titular de interesses concorrentes”, e a *dupla representação*, em que os vínculos criados afetarão os patrimônios dos representados (RF, vol. 261, pp. 394-400).

II

Embora o tema suscite as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais (vide, v.g., exposição no voto do Rel. Min. Cláudio Santos, no R. esp. nº 1.294 – Lex – STJ, vol. 11, p. 62), parece majoritário o entendimento de que o contrato nessas condições é *admissível* quando, *rigorosamente afastado o ‘conflito atual ou virtual de interesses’*, houver *expressa permissão* conferida ao representante pela lei ou pelo representando, para concluir consigo mesmo, ou com outro representado, o negócio jurídico; ou ainda quando o negócio consistir *unicamente* no cumprimento de uma *obrigação anterior* (vide José Paulo Cavalcante, *Contrato Consigo Mesmo*, Freitas Bastos, 1956, nº 38).

1 Anotações extraídas de parecer oferecido em 1994 à Fundação Bradesco e à Nova Cidade de Deus Participações S.A.

E é doutrina prevalectente:

“In ogni modo vienne ammesso da quasi tutti, che una stessa persona possa contrattare per i suoi due mandanti purchè non vi sia conflitto di interessi. È vietato però in genere dal codice ogni acquisto da parte del tutore e del rappresentante dei beni dei rappresentati” (Giovanni Scarano, *Il Contrato con se Stesso*, Ed. Humus, Napoli, p. 16).

Finaliza este autor:

“Ricapitolando quindi il contratto con se medesimo è validamente possibile ogni qualvolta non vi è conflitto di interessi e la volontà delle parti vi autorizzi” (ob. cit., ps. 44-45).

Na precisa definição de José Paulo Cavalcanti, chama-se “contrato consigo mesmo aos negócios jurídicos nos quais o representante obriga o representado, para com ele, representante, ou para com outro representado” (ob. cit., nº 10).

III

Vejamos, a seguir, em que casos poderá aplicada a *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, conhecida por *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* no direito anglo-americano; teoria do *superamento della personalità giuridica* na doutrina italiana; teoria da ‘penetração’ – *“Durchgriff der juristischen Personen”* germânica; o *“abus de la notion de personnalité sociale”* ou *“mise à l’écart de la personnalité morale”* do direito francês.

Em demanda em que oferecemos parecer, na petição inicial a demandante expressamente invocou a *disregard, verbis*: “A propósito, para o caso em exame devemos fazer apelo à teoria da ‘desconsideração da pessoa jurídica’, quando esta é utilizada para fraudar a lei, praticar abuso de direito ou lesar terceiros”.

No arrazoado recursal, embora ao início afirmasse que “as teorias da desconsideração da pessoa jurídica ou do ‘contrato consigo mesmo’ eram meros adminículos a roborar os diversos fundamentos da total nulidade do negócio jurídico, da recompra das ações” (*sic*), mais adiante a recorrente proclama que “a teoria da desconsideração

da pessoa jurídica, embora não precise ser invocada, constitui um suporte doutrinário e legal para o deslinde da presente demanda”. E seguem-se alentadas citações jurisprudenciais e de doutrina a respeito, inclusive com menções à obra clássica de Rolf Serick e ao magistério, no Brasil pioneiro, de Rubens Requião.

Interessou, portanto, verificar se realmente as peculiares circunstâncias da demanda indicavam a possibilidade de ‘desconsideração’ da personalidade das pessoas jurídicas envolvidas nas transações, ou seja, nas palavras do próprio Rolf Serick, se no caso concreto era possível “prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros.”

IV

Mais especialmente, fora invocada contrariedade ao art. 1.133, II, do Código Civil, *verbis*:

“Não podem ser comprados, ainda em hasta pública:

II – pelos mandatários, os bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados”.

Clóvis Beviláqua justificou o preceito:

“As proibições deste artigo têm um fundamento moral transparente: manter a isenção de ânimo naqueles a quem se confiam interesses alheios. A lei quer impedi-los de sucumbir, como diz Huc, à tentação de sacrificar o seu dever ao que considerem seu interesse” (*Código Civil Comentado*, Ed. Francisco Alves, vol. IV, 1943).

E em Caio Mário da Silva Pereira o asserto de que as proibições do art. 1.133 respondem ao “objeto moral de manter a isenção necessária em quem, por dever de ofício ou profissão, tem de velar ou zelar pela fazenda alheia” (*Instituições de Direito Civil*, Forense, 5ª ed., vol. III, nº 220, p. 161).

Segundo alegações da demandante, “a operação é considerada no seu todo, mesmo que haja, no meio, negócio de compra e venda com terceiro, e mesmo que haja decurso de tempo” (*sic*).

V

A recorrente fundamentou seu raciocínio – de que teria havido *compra pelo mandatário* e, portanto, transação nula de pleno direito, embora a interposição de pessoa –, na premissa de que a primeira aquisição, feita pela Família BN, apresentasse “objetivamente desconsiderada pela sistemática legal” (*sic*). Destarte, em seu entendimento, “a relação que interessa seria apenas a proibição de negócios entre mandante e mandatário, envolvendo os bens da mandante”. Concluiu a apelante, assim, que:

“... tendo ocorrido esse fato, N.N. comprando, para si mesmo, ações que eram da mandante, mesmo com a interposição de terceiro ou mesmo mediante operação com terceiro, fica totalmente maculada e nula a operação, como um todo, incluídas as parciais operações com as pessoas jurídicas apeladas, que também são partícipes do negócio e não terceiros, muito menos de boa-fé” (*sic*).

Em suma, a apelante anunciava uma *tese radical*: a aquisição feita pelo mandatário, de bens de cuja alienação esteve encarregado, será nula, *pleno iure*, ainda que, *de intermédio*, tenha havido *outras transações* dos mesmos bens com *outras pessoas*, e que entre tais transações haja mediado *ponderável lapso de tempo*.

Ora, esta proposição da autora, sob tal amplitude, não corresponde ao Direito, máxime relativamente aos negócios em que os adquirentes finais não sejam o próprio ex-mandatário, mas sim *empresas cuja personalidade jurídica, por 'n' razões, não pode ser desconsiderada*.

Com efeito, *a aplicabilidade do art. 1.133, II, do Código Civil ao caso dos autos necessariamente dependeria*:

a) de que a Família BN, através as empresas à mesma pertencentes – Rio e, depois, Copa –, fosse considerada simples ‘testa de ferro’ do mandatário N.N., quando da aquisição, em 1983, de ponderabilíssimo percentual das ações da Comercial (dos quais apenas 1,4% eram de nua-propriedade da Autora), agindo os BN em conluio com o mandatário;

b) de que a incorporação, em 1986, da Copa pela *holding*, a Comercial, fosse igualmente considerada como atentatória aos interesses da Autora (que aliás foi conconde com a incorporação);

c) de que os integrantes da Família BN, nominados no item 23, ao alienarem, em 1988, 18,6% do capital da Comercial, já então Cidade de Deus (sendo aproximadamente à Fundação – 12% –, à Nova Cidade – 5,5%, e ao próprio N.N. – 0,8%), se mantivessem agindo não no interesse mercantil deles alienantes, mas sim como meros ‘intermediários’ a serviço dele, voltados assim à fraude à lei e à proteção de interesses ilegítimos de N.N.;

d) de que a Fundação e a Nova Cidade fossem em verdade *alter ego* de N.N., de forma a que o patrimônio destas entidades pertencesse ou estivesse a serviço dele, e assim as aquisições feitas por estas entidades pudessem ser tidas como sendo aquisições feitas pelo antigo mandatário.

VI

Com inteira precisão expôs então o eminente Prof. Arnoldo Wald:

“A doutrina é unânime em afirmar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity; disregard doctrine*, na terminologia anglo-saxã), tem como pressupostos o *abuso de direito*, o *desvio de poder*, a *fraude* e os *prejuízos a terceiro*, em virtude de *confusão patrimonial* ou *desvio dos objetivos sociais da empresa*.

Estes aspectos são de extrema importância para ensejar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. É fundamental que haja e seja demonstrado o abuso de direito, ou o desvio de poder, assim como estejam evidenciados os prejuízos, causados a terceiros, em virtude da *confusão patrimonial entre o controlador (pessoa física ou jurídica) e a empresa controlada (pessoa jurídica)*. É preciso que tenha havido uma *fraude contra terceiros*, praticada pelo controlador, *utilizando-se da pessoa jurídica como uma espécie de véu, que venha a acobertá-lo, ou de biombo que dissimule a efetiva atuação da pessoa física*,

ensejando, por parte do Poder Judiciário, o levantamento do véu e o afastamento do biombo”.

Aliás, na apreciação do *abuso da pessoa jurídica* como pressuposto da incidência da *teoria da desconsideração*, cumpre ressaltar que o instituto da personificação societária parte exatamente da distinção entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio pessoal do sócio; em consequência, certos malefícios decorrentes da personificação, relativamente, v.g., aos credores do sócio, “são assumidos pelo direito como necessários e inafastáveis, perante os benefícios que decorrem de sua consagração”.

Somente se poderá falar em *abuso*, portanto, nos casos em que a sociedade passa a desempenhar “atividade atípica, descontrolada e insuportável, não prevista e, até mesmo, imprevisível, ocorrente na utilização pelo particular desse instrumental” ... “A desconsideração será aplicável quando houver abuso na utilização da sociedade, vale dizer, quando a ofensa a regras jurídicas tiver ultrapassado o limite do previsto e do assumido pelo direito e pela comunidade” (Marçal Justen Filho, *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, Ed. RT, 1987, ps. 121-122).

VII

Sublinhou Fábio Ulhoa Coelho que “o instituto da pessoa jurídica, e especialmente o princípio da autonomia patrimonial, representam elementos típicos de um direito inserido no sistema de livre iniciativa”, de importância basililar para a ordem jurídica do capitalismo. Todavia, essa autonomia patrimonial pode “dar ensejo à realização de fraudes, em prejuízo de credores ou de objetivos fixados por lei”. Em tais casos, “a teoria da desconsideração suspende a eficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica, para fins de responsabilizar direta e pessoalmente aquele que perpetrar um ato fraudulento ou abusivo de sua autonomia patrimonial” (“Lineamento da Teoria da Desconsideração da Pessoa jurídica”, *Rev. do Advogado*, AASP, 1992, nº 36, p. 38).

Fábio Konder Comparato sustenta a relevância do *poder de controle* do sócio relativamente à sociedade:

“Um dado, porém, é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita *em função do poder de controle societário*. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes” (in *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, Ed. RT, 1976, 1ª ed., p. 295) (grifo nosso).

Tivemos pessoalmente oportunidade, em sede jurisprudencial, relatando acórdão no TJ-RS, de invocar o ensino de Konder Comparato – cuidava-se, então, de ‘sociedade’ por quotas em que um dos sócios detinha 99,2% do capital social –, constando da ementa que “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico básico, não um tabu, e merece ser desconsiderada quando a ‘sociedade’ é apenas um *alter ego* de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual” (*Rev. Jurisp. do TJ-RS*, vol. 115, p. 301; no mesmo sentido, vol. 118, p. 258).

VIII

Magnífica síntese encontra-se na obra monumental de J. Lamartine Corrêa de Oliveira, com a proposição de que as questões qualificadas como de ‘desconsideração’ envolvem frequentemente um problema de *imputação*:

“O que importa basicamente é a verificação da resposta à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ele mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos, os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às

coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência. Nesse sentido, tinha razão Antunes Varela quando, em trecho citado no texto, afirmava visar a desconsideração o corrigir a contradição entre aparência e realidade na constituição e no funcionamento da pessoa jurídica.

Uma pessoa jurídica pode ser, essencialmente, uma mera fachada, pessoa jurídica aparente.

Mas ela pode ser verdadeira, válida e eficaz pessoa jurídica, dotada de vontade e interesse distintos dos seus sócios, e ser, a partir de determinado momento, desviada por sua direção de suas finalidades normais e da busca coerente de seus interesses. Realidade analógica como é a pessoa jurídica, a resposta ao problema de impugnação pode ser obtida sempre através do ponto de comparação com a pessoa natural. Uma pessoa natural que buscasse seus interesses agiria como age essa pessoa jurídica?

Quando a sociedade é controlada por um grande sócio majoritário, quando é unipessoal em sentido amplo, a manutenção do escrupuloso respeito à separação de bens, negócios e esferas patrimoniais, significa que a pessoa jurídica é ainda, apesar de tudo, centro autônomo de interesses. Na medida em que deixa de o ser, pode suceder que seja o sócio – e não mais a pessoa jurídica – que está a agir” (A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, Ed. Saraiva, 1979, p. 613) (grifos nossos).

Nesses termos, sustentei ser inadmissível houvesse N.N. utilizado a Fundação e a

Nova Cidade como “escudo”(no dizer de Lamartine Corrêa) a fim de obter um “resultado contrário à lei”.

Sobremodo não era cabível sequer suspeitar de *confusão patrimonial* entre N.N. e tais entidades. O patrimônio da Fundação – aliás a segunda maior acionista da Cidade de Deus, com 32,28% em 04.03.91 –, nada tinha a ver com o patrimônio pessoal do cidadão N.N., sendo despiendo fosse N.N. um dos presentantes da entidade. O patrimônio da Nova Cidade pertencia e pertence aos seus sócios, altos executivos do Bradesco, e nesta sociedade, como igualmente reiterado, a participação de N.N. nunca chegou sequer a 1% do respectivo capital.

“Liderança pessoal”, derivada de um longo passado de trabalho, dedicação e espírito empreendedor, não é equiparável a “controle acionário” e não implica em ‘confusão de patrimônio’.

Como bem referiu mestre Arnoldo Wald, a aplicação da teoria da desconsideração no Direito brasileiro deve ser *seletiva*, “só podendo ser aplicada quando houver comprovada fraude ou abuso de poder”.

Vale, por fim, a remissão ao ensinamento de Rubens Requião:

“Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da *disregard doctrine*, tantas vezes ressaltada em seus julgados, que tem ela aplicação nos casos realmente excepcionais” (“Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, *in RT*, vol. 410).